

LEXNET

EUROPEAN INFORMATION - SIA

---

# PUBLIC PROCUREMENT

## SWEDISH GUIDELINES 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](mailto:pgj@lexnet.dk)  
Website: [www.lexnet.dk](http://www.lexnet.dk)  
Member: [www.eurolex.com](http://www.eurolex.com)



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

## *nämndsammanträden*

### **2003**

[Januari](#)

[Februari](#)

[Mars](#)

[April](#)

[Maj](#)

[Juni](#)

[Augusti](#)

[September](#)

[Oktober](#)

[November](#)

[December](#)

### **2004**

[Januari](#)

[Februari](#)

[Mars](#)

[April](#)

[Maj](#)

[Juni](#)

[Augusti](#)

[September](#)

[Oktober](#)

[November](#)

[December](#)

### **2005**

[Januari](#)

[Februari](#)

[Mars](#)

[April](#)

[Maj](#)

[Juni](#)

[Augusti](#)

[September](#)

[Oktober](#)

Protokollen redovisas i PDF-format. För att läsa dem behövs en PDF-läsare. Ladda hem [Acrobat Reader](#)

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

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

[registrator.nou@nou.se](mailto:registrator.nou@nou.se)

## Nämndsammanträde

Tid	Måndagen den 17 oktober 2005, kl. 9.30 – 13.20
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Börje Hed Dan Holke Eva Sveman Anna Lefevre Skjöldebrand, närvarande vid alla punkter utom §§ 10-14
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, föredragande § 5 Johanna Persson, föredragande § 6 Kristian Pedersen, föredragande § 7 Magnus Nilsson, föredragande § 8 Christoffer Stavenow och Kristian Pedersen , föredragande § 9 Camilla Graf Morin, föredragande § 10 Clifford Landin, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

#### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att Riksarkivet påföljande vecka kommer att inspektera NOU:s arkiv och arkivhållning. Ärendet (dnr. 2005/0187-21) handläggs av Monica Bjurler.
- att NOU från Justitiedepartementet har mottagit remiss angående Tillträde till Förenta Nationernas konvention mot korruption, Ds 2005:38. Ärendet (dnr. 2005/0195-22) handläggs av Camilla Graf Morin.
- att NOU fått fråga från Finansdepartementet om Sverige bör yttra sig i EG-domstolens mål C-286/05 och C-295/05. Ärendet (dnr. 2005/0193-29) är expedierat och har handlagts av Michael Slavicek.
- att NOU har ställt en förfrågan till Posten AB huruvida de följer LOU. Ärendet (dnr. 2005/0192-21) handläggs av Michael Slavicek.
- att NOU:s förutsättningar att genomföra sina uppgifter under 2006 ytterligare försämrats på grund av urholkat anslag. En (förestående) avgång från en tillsvidare tjänst kan nu inte återbesättas.

#### § 5 Beslut om remissyttrande över Slutbetänkandet Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (bilaga 1).

#### § 6 Beslut om remissyttrande över Betänkandet Det blågula glashuset

Johanna Persson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (bilaga 2).

#### § 7 Beslut om yttrande över om kommunala bostadsföretag är upphandlande enhet

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (bilaga 3).

**§ 8 Beslut om yttrande över modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling**

Magnus Nilsson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (bilaga 4).

**§ 9 Diskussion om NOU:s rättsfallsanalys**

Christoffer Stavenow och Kristian Pedersen föredrar rättsfallsanalysen. Nämnden diskuterar rättsfallsanalysen och beslutar att diskussionen lämpligen återupptas i samband med kommande remissyttrande avseende nya rättsmedel.

**§ 10 Diskussion om problem som uppstår i och med att direktiv inte införlivas i tid**

Camilla Graf Morin lämnar exempel på problemställningar som kan uppkomma med anledning av att direktiven inte införlivas inom utsatt tid och meddelar att information härom troligtvis kan lämnas i NOU info december –05. Nämnden diskuterar problemställningarna.

**§ 11 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- NOU:s upphandlingskonferenser 19-21 oktober 2005 och att NOU:s nyligen framtagna broschyr om antidiskrimineringsklausuler och NOU info kommer att delas ut till konferensdeltagarna.

Michael Slavicek informerar om:

- att Statskontoret och NOU med flera har ett gemensamt uppdrag från Regeringen att ta fram en nationell handlingsplan om elektronisk handel.
- att NOU efter uppdrag av Regeringen tillställt Regeringen en uppdaterad lista över upphandlande enheter. Uppdateringen har skett efter krav från den Europeiska kommissionen på aktuella direktivbilagor.

PROTOKOLL 2005:9  
2005-10-31

- att SJ AB i strid med NOU:s uppfattning inte anser sig vara en upphandlande enhet enligt LOU (dnr. 2003/0285-29) men kommer att tillskrivas av NOU.

**§ 12 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman delar ut ytterligare exemplar av SKL:s skrift "Kvalitetssäkring av upphandlingsprocessen" till nämndledamöterna och NOU:s kanslipersonal.

Hans Ekman informerar om att SKL samarbetar med Finansdepartementet beträffande föreskrifter och information till den offentliga förvaltningen i fråga om mutor och bestickning bland annat med anledning av synpunkter och information från OECD.

Bengt Agild informerar om att även Kommerskollegium är involverat i OECD:s informationssamarbete kring mutor och bestickning.

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegium erhållit ett utredningsuppdrag från Utrikesdepartementet gällande svenska företags engagemang och framgång på den europeiska upphandlingsmarknaden. Detta utredningsarbete sker i dialog med Exportrådet.

Dan Holke informerar om Europeiska kommissionens ställningstagande i det så kallade Vaxholmsmålet.

**§ 13 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 14 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Clifford Landin

PROTOKOLL 2005:9  
2005-10-31

Justeras

Lisbet Edlund

Dan Holke

**Bilagor:**

1. Remissyttrande över SOU 2005:51 Slutbetänkandet Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (dnr. 2005/0163-22)
2. Remissyttrande över SOU 2005:56 Betänkandet Det blågula glashuset (dnr. 2005/00148-22)
3. Yttrande över om kommunala bostadsföretag är upphandlande enhet (dnr. 2003/0306-29, 2003/0307-29, 2003/0308-29, 2003/0309-29, 2003/0310-29 och 2004/0075-29)
4. Yttrande över modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling (dnr. 2004/004-26)

## Nämndsammanträde

Tid	Tisdagen den 20 september 2005, kl. 9.30 – 11.30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman Börje Hed Dan Holke Lisbeth Johnson, närvarande vid alla punkter utom § 11 Eva Sveman Anna Lefevre Skjöldebrand
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, föredragande § 5 och 6 Camilla Graf Morin, föredragande § 11 Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Förslag till dagordning har skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet. Nämnden beslutar om annan ordningsföljd vilken framgår av protokollet.

### § 3 Val av justeringsman

Börje Hed utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att Kristian Pedersen från och med den 24 oktober 2005 är tjänstledig från NOU.



PROTOKOLL 2005:8  
2005-09-27

- att regeringen nu har tillsatt en ny ledamot i nämnden. Den nya ledamoten heter Anna Lefevre Skjöldebrand och är chefsjurist på Sjukvårdens Leverantörsförening.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över Delbetänkande Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över Rapportering av regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Diskussion om rättsfallsanalys**

Diskussionen bordläggs för att återupptas vid nämndsammanträdet i oktober 2005.

**§ 8 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- NOU:s konferenser i oktober 2005.
- att NOU deltagit i det Nordiska mötet i Finland den 15-16 september 2005.
- de andra nordiska ländernas implementering av EG-direktiven om offentlig upphandling samt om Sveriges problem att bli klara i tid.

Michael Slavicek informerar om att de nya annonseringsblanketterna för offentlig upphandling kommer att gälla från och med den 1 februari 2006 trots att de nya direktiven inte kommer att vara implementerade i Sverige vid tiden för ikraftträdandet. Sverige har en skylighet att följa de nya blanketterna samt de regler om offentlig upphandling som har direkt effekt. Diskussion följer i nämnden avseende förseningen av införlivandet av de nya lagarna om offentlig upphandling.

Michael Slavicek informerar dessutom om LOU-utredningens arbete.

**§ 9 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om att SKL:s årliga tävling 'Bästa förfrågningsunderlag' ställs in nästa år. Vidare informerar Hans Ekman om att SKL har tagit fram två skrifter om offentlig upphandling, nämligen 'Bästa förfrågningsunderlag – Erfarenheter från utmärkelsen Bästa förfrågningsunderlag' samt 'Kvalitetssäkring av upphandlingsprocessen'.

Bengt Agild initierar diskussion kring ramavtal.

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegium har begärt ett klargörande från NOU avseende en upphandling i Polen där ett krav ställts på utdrag ur belastningsregistret beträffande styrelseledamöter. I Sverige finns inte möjligheten för en juridisk person att begära ut ett sådant utdrag. Det är oklart huruvida det kan krävas att varje styrelseledamot och VD m.fl. begär ut ett utdrag som privatperson.

**§ 10 Övriga frågor**

Hans Ekman efterfrågar kansliets inställning till Kommissionens upplysning i Official Journal C-206/9 avseende en anbudsinfordran om bedrivande av lufttrafik i Finland som innehåller en klausul om ändring och upphävande av kontrakt. Kansliet pekar på vissa skillnader mellan ärendena och nämnden beslutar inte att ändra sitt ställningstagande i fråga om överlåtelse av kontrakt.

**§ 11 Beslut om yttrande till Länsrätten i Stockholms län i mål mellan Flygtaxi Sverige AB och Försvarsmakten**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 3).

**§ 12 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Börje Hed

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över SOU 2005:42 Delbetänkandet Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik (dnr 2005/0141-22)
2. Remissyttrande över Rapportering av regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition m.m. (dnr 2005/00150-22)
3. Yttrande till Länsrätten i Stockholms län i mål mellan Flygtaxi Sverige AB och försvarsmakten (dnr 2005/0172-29)

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 24 augusti 2005, kl. 9.30 – 13.30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Lisbeth Edlund, närvarande per telefon vid § 5, 6 och 7 Hans Ekman Börje Hed Dan Holke
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef samt föredragande § 5, 7, 8 och 9 Michael Slavicek, chefsjurist Johanna Persson, protokollförare samt föredragande § 6

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Förslag till dagordning har skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet. Nämnden beslutar om annan ordningsföljd vilken framgår av protokollet.

### § 3 Val av justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU från Försvarsdepartementet har mottagit remissen Delbetänkande säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik. Ärendet (dnr 2005/0141-22) handläggs av Charlotte Brunlid och skall behandlas på nämndsammanträdet i september.
- att NOU från Näringsdepartementet har mottagit remissen Rapportering av regeringsuppdrag att vidareutveckla miljöbilsdefinitionen. Ärendet

PROTOKOLL 2005:7  
2005-08-24

(2005/0150-22) handläggs av Charlotte Brunlid och skall behandlas på nämndsammanträdet i september.

- att NOU från Jordbruksdepartementet har mottagit remissen Slutbetänkandet Bilen, Biffen och Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (2005:51). Ärendet (2005/0163-22) handläggs av Charlotte Brunlid och skall behandlas på nämndsammanträdet i oktober.
- att NOU från Justitiedepartementet har mottagit remissen Betänkandet Det blågula glashuset (SOU 2005:56). Ärendet (2005/0148-22) handläggs av Johanna Persson och skall behandlas på nämndsammanträdet i oktober.
- att NOU av Finansdepartementet anmodats att skriva en komplettering av svar på formell underrättelse om offentlig upphandling av konsulttjänster för vissa kärnkraftsoperatörer - klagomål nr 2003/5205. Ärendet (2005/0162-29) har handlagts av Kristian Pedersen och skickades till Finansdepartementet den 16 augusti 2005.

**§ 5 Beslut om innehåll i broschyr om antidiskrimineringsklausuler att utgöra svar till RK om informationsinsats**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över PTS slutrapport: ENUM**

Johanna Persson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om bemyndigande för kansliet att återkalla begäran till regeringskansliet angående allmänna leveransbestämmelser**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att bemyndiga kansliet.

**§ 8 Redovisning av rättsfallsanalys november 2004 och diskussion om eventuella åtgärder**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Diskussionen bordläggs för att återupptas på nämndsammanträdet i september.

**§ 9 Verksamhetsuppföljning för första halvåret**

Margareta Hentze redogör för NOU:s verksamhet under första halvåret 2005.

§ 10 **Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att från och med den 1 september 2005 börjar Clifford Landin som vikarierande jurist på NOU för Linda Dahlström.
- att Merit Israelsson inte längre är ledamot av nämnden. Ny ledamot kommer att utses av regeringen inom kort.
- att regeringen beslutat att NOU:s myndighetschef Lisbeth Edlund ingår som ledamot i arbetsgivarkollegiet.
- NOU:s budget.

Michael Slavicek informerar om att NOU inbjöds till Posten AB för att informeras om de ändringar som skett angående huruvida Posten AB är en upphandlande enhet.

§ 11 **Nämndledamöterna informerar**

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegiums webbsida om allmänt tillgängliga databaser kommer att avvecklas. Den anställda som har haft hand om uppdateringarna av sidan avslutar nämligen snart sin tjänst och därefter kommer ingen annan att överta ansvaret.

§ 12 **Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

§ 13 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Hans Ekman

**Bilaga:**

1. Broschyr om antidiskrimineringsklausuler (dnr 2005/0016-29)
2. Remissyttrande över PTS slutrapport ENUM (dnr 2005/0110-22)

## Nämndsammanträde

Tid Torsdagen den 16 juni 2005, 9.30 – 14.30

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter Lisbeth Edlund, ordförande  
Bengt Agild  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän Margareta Hentze, kanslichef  
Michael Slavicek, chefsjurist och föredragande §§ 6 och 7  
Andrea Sundstrand föredragande § 5  
Camilla Graf Morin, föredragande § 5  
Charlotte Brunlid, föredragande § 8  
Christoffer Stavenow, föredragande § 9  
Magnus Nilsson, föredragande §10  
Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Lisbeth Johnson utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att hon inte innehar och inte heller under 2004 innehaft några bisysslor vid sidan av sin anställning som kanslichef på NOU.



PROTOKOLL 2005:6  
2005-06-22

- att NOU från Länsrätten i Stockholms län har erhållit en begäran om yttrande i mål nr 7844-05 angående Telge AB:s upphandling alt. parkeringsöverlåtelse. Ärendet (dnr 2005/0121-29) har handlagts av Kristian Pedersen. Ärendet skall behandlas på dagens nämndsammanträde (§ 6) och föredras av Michael Slavicek.
- att NOU från Näringsdepartementet har mottagit remissen PTS slutrapport: ENUM. Ärendet (dnr 2005/0110-22) handläggs av Johanna Persson och skall behandlas på nämndsammanträdet i augusti eller september.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över Delbetänkandet av Upphandlingsutredningen**

Camilla Graf Morin och Andrea Sundstrand (beträffande försörjningssektorerna) föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande till Länsrätten i Stockholms län angående Telge AB:s upphandling alt. parkeringsöverlåtelse**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över Sjöfartsverkets rapport Konsekvenser för sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 3).

**§ 8 Beslut om remissyttrande över Handlingsplan för goda matvanor och ökad fysisk aktivitet i befolkningen**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Beslut om remissyttrande över Bilstöd till personer med funktionshinder**

Christoffer Stavenow föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 5).

**§ 10 Diskussion om broschyr om antidiskrimineringsklausuler**

PROTOKOLL 2005:6  
2005-06-22

Magnus Nilsson presenterar NOU:s broschyr om antidiskrimineringsklausuler (bilaga 6). Diskussion följer. Nämndledamöterna ska lämna synpunkter per e-post för att få dessa med innan broschyren översänds till de myndigheter som ingår i samrådsgruppen. Slutligt beslut om broschyren tas på nämndens sammanträde i augusti.

§ 11 **Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att NOU hade en resultat- och måldialog med Finansdepartementet den 17 maj 2005. Från NOU medverkade kanslichef Margareta Hentze och nämndens vice ordförande Bengt Agild.
- att NOU har mottagit Riksrevisionens rapport om inköpssamordning.
- att NOU:s SIDA-projekt i Montenegro är avslutat och att utsatta mål har uppnåtts.
- intresset för NOU:s konferens i höst.
- rättsfallsstatistiken för de fem första månaderna under 2005. Antalet inkomna mål var totalt 488 stycken och antalet avgjorda var 489 stycken.

Michael Slavicek informerar om det senaste mötet med Advisory Committee i Bryssel.

§ 12 **Nämndledamöterna informerar**

Ingen information lämnas.

§ 13 **Övriga frågor**

Nämnden beslutar att delegera till kanslichef Margareta Hentze att anställa en ny tjänsteman till kansliet.

§ 14 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Lisbeth Johnson

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004, SOU 2005:22 (dnr 2005/0066-22).
2. Yttrande till Länsrätten i Stockholms län angående Telge AB:s upphandling alt. parkeringsöverlåtelse (dnr 2005/0121-29).
3. Remissyttrande över Sjöfartsverkets rapport Konsekvenser för sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut (dnr 2005/0097 –22).
4. Remissyttrande över Underlag till Handlingsplan för goda matvanor och ökad fysisk aktivitet i befolkningen (dnr 2005/0078-22).
5. Remissyttrande över Bilstöd till personer med funktionshinder (SOU 2005:26) (dnr 2005/0082-22).

## Nämndsammanträde

Tid Onsdagen den 11 maj 2005, kl 09.30 – 13.45

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter Bengt Agild, ordförande  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Merit Israelsson  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän Margareta Hentze, kanslichef  
Michael Slavicek, chefsjurist  
Kristian Pedersen, föredragande § 6  
Andrea Sundstrand, föredragande §§ 5 och 7  
Camilla Graf Morin, föredragande § 7  
Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Förslag till dagordning har skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet. Nämnden beslutar om annan ordningsföljd vilken framgår av protokollet.

### § 3 Val av justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

PROTOKOLL 2005:5  
2005-05-24

- att NOU från Finansdepartementet har mottagit betänkandet (SOU 2005:32) Regeringens stabsmyndigheter. Ärendet har handlagts av Margareta Hentze. Hearing hölls i Finansdepartementet den 2 maj 2005. Yttrandet har expedierats samt därefter översänts till nämnden för kännedom.
- att NOU från Näringsdepartementet har mottagit Sjöfartsverkets rapport Konsekvenser av sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut. Ärendet handläggs av Kristian Pedersen och skall behandlas på nämndsammanträdet den 16 juni 2005. Uppskov med tiden för inlämnande har beviljats.
- att NOU från Socialdepartementet har mottagit remissen Mobil med bil - bilstöd till personer med funktionshinder. Ärendet handläggs av Christoffer Stavenow och skall behandlas på nämndsammanträdet den 16 juni 2005.
- att NOU från Socialdepartementet har mottagit underlag till Handlingsplan för goda matvanor och ökad fysisk aktivitet i befolkningen. Ärendet handläggs av Charlotte Brunlid och skall behandlas på nämndsammanträdet den 16 juni 2005.
- att NOU från Kammarrätten i Stockholm har erhållit en begäran om yttrande i mål nr 1903-05 angående proportionalitetsprincipen och kvalificeringskrav vid överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Ärendet handläggs av Kristian Pedersen och skall behandlas på dagens nämndsammanträde.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över betänkandet Postmarknad i förändring**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag. (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande över Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Diskussion om remissyttrande över delbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004**

Diskussion förs avseende NOU:s inriktning av remissyttrandet som skall behandlas på nämndsammanträdet den 16 juni 2005. Yttrandet utformas av Camilla Graf Morin och Andrea Sundstrand.

§ 8 **Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att NOU skall ha en resultat- och måldialog med Finansdepartementet den 17 maj 2005. Från NOU medverkar kanslichef Margareta Hentze och nämndens vice ordförande Bengt Agild.
- resultatet av rättsfallsstatistiken från Länsrätterna under det första kvartalet 2005. 268 mål inkom och 255 avgjordes.
- att NOU:s rättsfallsanalys är försenad. Den kommer att redogöras för på sammanträdet i juni.
- att NOU kommer att ha upphandlingskonferens den 19, 20 respektive 21 oktober 2005.

§ 9 **Nämndledamöterna informerar**

Ingen information lämnas av nämndledamöterna.

§ 10 **Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

§ 11 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Dan Holke

**Bilagor:**

1. Remissyttrande över betänkandet (SOU 2005:5) Postmarknad i förändring (dnr 2005/0044-22).
2. Beslut om yttrande till Kammarrätten angående Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (dnr 2005/0088-22).

## Nämndsammanträde

Tid	Tisdagen den 12 april 2005, kl 09.30 – 13.40
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman Börje Hed Dan Holke Merit Israelsson Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef samt föredragande §§ 8 och 9 Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, föredragande §§ 5 och 6 Charlotte Brunlid, föredragande § 7 Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Börje Hed utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU från Finansdepartementet har mottagit delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22) Nya upphandlingsregler för remissbehandling. Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand (försörj-



ningssektorerna) och Camilla Graf Morin (klassiska sektorn). Ärendet skall behandlas vid två nämndsammanträden, den 11 maj och den 16 juni 2005. Till mötet den 11 maj skall en uppställning över vad kansliet föreslår skall behandlas i yttrandet presenteras.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över betänkandet Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag. (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över departementspromemorian Kungörande i PoIT**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med de direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om yttrande till HD angående Göteborgs stad med motpart Rederi AB Ishavet**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Beslut om internbudget för 2005**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Beslut om skrivelse till regeringen angående representation i Arbetsgivarkollegiet**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att skrivelsen skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 5).

**§ 10 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

PROTOKOLL 2005:4  
2005-04-18

- att regeringen har fattat beslut om tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen.
- att utredningen om regeringens stabsstöd har överlämnat sitt betänkande Regeringens stabsmyndigheter (SOU 2005:32). I förslaget föreslås bl.a. att Statskontorets uppgifter skall renodlas och att Ekonomistyrningsverket skall överta ansvaret bl.a. för den övergripande statliga inköpssamordningen och inköpssamordningen inom informations- och kommunikationsteknikområdet (IKT).
- rättsfallsstatistiken för det första kvartalet under 2005. Antalet inkomna mål var totalt 268 stycken och antalet avgjorda var 255 stycken.
- att NOU:s webbplats samt NOU info kommer att utvecklas under 2005.
- hur NOU avser genomföra uppdraget En informationsinsats om antidiskrimineringsklausuler.
- att nämndsammanträdet som tidigare faststälts till den 20 oktober 2005 flyttas till den 17 oktober 2005.
- NOU:s konferens om de nya upphandlingsreglerna som kommer att äga rum hösten 2005.

**§ 11 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om SKL:s cirkulär 2005:17 avseende Blockader vid byggnadsentreprenader. Diskussion följer i nämnden.

Lisbeth Jonsson informerar om SOI:s upphandlingskonferens som ägde rum den 5-7 april 2005.

**§ 12 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 13 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Börje Hed

**Bilagor:**

1. Remissyttrande över betänkandet (SOU 2004:131) Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell (dnr 2004/0028-22).
2. Remissyttrande över departementspromemorian (Ds 2005:2) Kungörande i PoIT (dnr 2005/0039-22).
3. Beslut om yttrande till HD angående Göteborgs stad med motpart Rederi AB Ishavet (dnr 2004/0261-22).
4. Interbudget (dnr 2005/0073-10)
5. Beslut om skrivelse till regeringen angående representation i Arbetsgivarkollegiet (dnr 2005/0068-11).

## Nämndsammanträde

Tid	Tisdagen den 15 mars 2005, kl 09.30 – 13.15
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild, närvarande vid §§ 5-8 samt § 12 Hans Ekman Börje Hed Dan Holke, närvarande vid §§ 1-9
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist samt föredragande § 8 Camilla Graf Morin, föredragande § 5 Magnus Nilsson, föredragande § 6 Johanna Persson, protokollförare samt föredragande § 7

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU från Justitiedepartementet har mottagit departementspromemorian Kungörande i Post och Inrikes Tidningar (Ds 2005:2). Ärendet handläggs av Kristian Pedersen och skall behandlas på nämndsammanträdet den 12 april 2005.

PROTOKOLL 2005:3  
2005-03-15

- vikten av att nämnden får ta ställning till om Sverige bör ge in skriftligt yttrande till EG-domstolen.
- att NOU från Näringsdepartementet har mottagit Post- och kassaserviceutredningens (N 2003:09) slutbetänkande Postmarknad i förändring (SOU 2005:5). Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand och skall behandlas på nämndsammanträdet den 11 maj 2005.
- att NOU har fått i uppgift av Regeringen att yttra sig avseende ett klagomål från Europeiska kommissionen om offentlig upphandling av konstnärliga tjänster gällande Statens konstråd.
- att NOU mottagit ett förordnande av Regeringen angående deltagande i en arbetsgrupp till Europeiska kommissionens rådgivande kommitté avseende statistikfrågor om offentlig upphandling. Magnus Nilsson är utsedd att representera NOU.
- att Sverige givits möjligheten att inge ett skriftligt yttrande i EG-domstolens mål nr C-6/05 ERS2005/37.
- att NOU genom Kristian Pedersen kommer att medverka i NUTEK:s utredning om små företags deltagande i offentlig upphandling.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över betänkandet Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag. (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över departementspromemorian Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa**

Magnus Nilsson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag. (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över Mottagande av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare**

Johanna Persson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3). Det ändrade förslaget skall dessförinnan presenteras för nämndledamöterna.

**§ 8 Beslut om yttrande angående Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör samt beslut om yttrande i det bordlagda ärendet från november 2004 om skrivelse till AMS avseende överlåtelse av ett avtal till ny leverantör.**

PROTOKOLL 2005:3  
2005-03-15

Michael Slavicek föredrar ärendena. Nämnden BESLUTAR att yttrandena skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag. Hans Ekman reserverar sig i båda ärendena. (bilagor 4 och 5).

**§ 9 Diskussion angående yttrande till HD**

Diskussion fördes avseende NOU:s inriktning av yttrandet som skall beslutas på nämndmöte i april.

**§ 10 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om att NOU den 15 mars 2005 skall träffa biträdande finansministern Sven-Erik Österberg.

Michael Slavicek informerar om:

- arbetet i den Rådgivande kommittén i Bryssel.
- att nya annonseringsblanketter för offentlig upphandling inom EU är framtagna.
- att Skatteverket håller på att ta fram nya skatteblanketter för offentlig upphandling. Skatteverket har samrått med Statskontoret och Sveriges kommuner och landsting.

**§ 11 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om att SKL tillsammans med Almega utrett ett förslag till material om kvalificering av entreprenörer som skall delges NOU för eventuella synpunkter.

**§ 12 Övriga frågor**

Beslut om nya stadgar för Arbetsgivarverket kommer att fattas av arbetsgivarvarkollegiets utsedda ledamöter vid årsmötet den 26 maj 2005. Enligt den nu gällande instruktionen är samtliga myndighetschefer och chefer för icke-obligatoriska medlemmar i Arbetsgivarverket ledamöter i arbetsgivarvarkollegiet. NOU:s nämnd delegerar till kanslichef Margareta Hentze att vara NOU:s representant i kollegiet.

**§ 13 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Hans Ekman

**Bilagor:**

1. Remissyttrande över betänkandet (SOU 2004:75) Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete (dnr 2004/0270-22).
2. Remissyttrande över departementspromemorian (Ds 2004:52 del 1-4) Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (dnr 2004/0279-22).
3. Remissyttrande över betänkandet (Ds 2004:54) Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (dnr 2005/0004-22).
4. Yttrande över Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör (dnr 2003/0328-26)
5. Yttrande över skrivelse till AMS avseende överlåtelse av avtal till ny leverantör (dnr 2004/0034-29).

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 17 februari 2005 kl. 09.30 – 14.00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Börje Hed Dan Holke, närvarande §§ 1-13 Merit Israelsson, närvarande §§ 5-16 Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef och föredragande §§ 5, 6, 11 och 12 Michael Slavicek, chefsjurist Linda Dahlström, föredragande § 7 Camilla Graf Morin, föredragande §§ 8 och 9 Kristian Pedersen, föredragande § 10 Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Bengt Agild utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:



PROTOKOLL 2005:2  
2005-02-23

- att NOU har mottagit betänkandet Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell (SOU 2003:131) Ärendet handläggs av Kristian Pedersen och skall behandlas på nämndsammanträdet den 12 april 2005.
- att NOU granskas av Riksrevisionen i samband med Riksrevisionens tillsyn över upphandling av statliga bolag och stiftelser.
- att NOU nu formellt erhållit uppdraget – en informationsinsats om antidiskrimineringsklausuler.

**§ 5 Fastställande av NOU:s årsredovisning för 2004**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om NOU:s budgetunderlag för 2006-2008**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om Remissyttrande över SOU 2004:119 Delbetänkande Hållbara laster - konsumtion för en ljus framtid**

Linda Dahlström föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 3).

**§ 8 Beslut om Tillsynsutredningens slutbetänkande över SOU 2004:100 Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Beslut om Betänkandet över SOU 2004:107 Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 5).

**§ 10 Beslut om Remissyttrande över SOU 2004:102 Ekonomisk brottslighet inom taxinäringen**

PROTOKOLL 2005:2  
2005-02-23

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 6).

**§ 11 Beslut om NOU:s verksamhetsplan för 2005**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 7).

**§12 Beslut om NOU:s internbudget för 2005**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att bordlägga ärendet till den 15 mars 2005.

**§ 13 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att NOU den 28 februari 2005 skall ha ett möte med budgethandläggare på Finansdepartementet och rättssekretariatet.
- att den biträdande finansministern Sven-Erik Österberg vill träffa alla sina myndigheter. Datum för möte med NOU är inte bestämt ännu.

Michael Slavicek informerar om det Nordiska mötet i Oslo den 28 januari 2005 samt om LOU-utredningens arbete.

**§ 14 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman och Eva Sveman informerar om att de, som en följd av att Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet bytt namn till Sveriges Kommuner och Landsting, har nya e-postadresser, nämligen @skl.se (de gamla adresserna fungerar dock under en övergångsperiod).

På fråga från Margareta Hentze informerar Hans Ekman om att ALOS är ute på remiss och att den skall skickas till NOU.

Han Ekman informerar vidare om att projektet med Almega om leverantörs-kvalificering pågår.

**§ 15 Övriga frågor**

PROTOKOLL 2005:2  
2005-02-23

Nämnden diskuterar på initiativ av Margareta Hentze Kommerskollegiums avvecklande av Gränslösa affärers förteckning över ”allmänt tillgängliga databaser”.

Nämnden beslutar om att ett extra nämndsammanträde skall äga rum den 31 maj 2005 om det behövs med anledning av remissen på upphandlingsutredningen.

§ 16 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Bengt Agild

**Bilagor:**

1. Årsredovisning för 2004 (dnr 2005/0024-10)
2. Budgetunderlag för 2006-2008 (dnr 2005/0023-10)
3. Remissyttrande över SOU 2004:119 Delbetänkandet Hållbara laster – konsumtion för en ljus framtid (dnr 2005/0005-22)
4. Remissyttrande över SOU 2004:100 Tillsynsutredningens slutbetänkande Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (dnr 2004/0259-22)
5. Remissyttrande över SOU 2004:107 Betänkandet Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting (dnr 2004/0268-22)
6. Remissyttrande över SOU 2004:102 Ekonomisk brottslighet inom taxinäringen (dnr 2004/0267-22)
7. Verksamhetsplan för 2005 (dnr 2005/0036-10)

## Nämndsammanträde

Tid Fredagen den 21 januari 2005, 09.30 – 12.30

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter Lisbeth Edlund, ordförande  
Bengt Agild  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän Margareta Hentze, kanslichef  
Michael Slavicek, chefsjurist  
Andrea Sundstrand, föredragande §§ 5 och 6  
Kristian Pedersen, information §§ 7 och 8  
Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Förslag till dagordning har skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet. Nämnden beslutar om annan ordningsföljd vilken framgår av protokollet.

### § 3 Val av justeringsman

Eva Sveman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU har mottagit delbetänkandet Hållbara laster - Konsumtion för en ljusare framtid (SOU 2004:119). Ärendet handläggs av Linda Dahlström och skall behandlas på nämndsammanträdet den 17 februari 2005.

PROTOKOLL 2005:1  
2005-01-28

- att NOU har mottagit betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (Ds 2005:54). Ärendet handläggs av Johanna Persson och skall behandlas på nämndsammanträdet den 15 mars 2005.
- att NOU den 7 januari 2005 erhållit regleringsbrevet för budgetåret 2005 från Finansdepartementet.
- att det till Sverige överlämnats en formell underrättelse från Europeiska kommissionen om offentlig upphandling av konsulttjänster som gjorts av Forsmarks Kraftgrupp AB, Ringhals AB och Barsebäck Kraft AB. Finansdepartementet har gett NOU i uppdrag att yttra sig över underrättelsen senast den 7 februari 2005. Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand.
- att Finansdepartementet har beslutat att NOU skall medverka i Statskontorets tilläggsuppdrag att arbeta för en ökad användning av elektronisk upphandling.
- att NOU har mottagit departementspromemorian Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (Ds 2004:52 del 1-4). Ärendet handläggs av Magnus Nilsson och beräknas behandlas på nämndsammanträdet den 15 mars 2005
- att NOU från Finansdepartementet har erhållit beslut om förordnande av ledamöterna i nämnden för offentlig upphandling.
- att Finansdepartementet den 16 december 2004 hemställt om yttrande från NOU över EU-kommissionens utredning 2001/4424 av Kalmar länstrafiks AB upphandling av busstransporttjänster. NOU skall efter beviljat anstånd yttra sig senast den 31 januari 2005. Ärendet handläggs av Kristian Pedersen.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över Statskontorets rapport Bättre konkurrens med kommunala bussbolag?**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden **BESLUTAR** att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Diskussion angående Concordiadomen**

Frågan om vilket direktiv som skall tillämpas diskuteras. Diskussionen bordlägges och beräknas återupptas på nämndsammanträdet den 15 mars 2005.

**§ 7 Diskussion angående NOU:s stöd till Regeringskansliet**

**§ 8 Övriga frågor**

PROTOKOLL 2005:1  
2005-01-28

Nämnden diskuterar på initiativ av Hans Ekman frågan om hur LOU skall tolkas i bostadsanpassningsärenden samt om ändring av skrivelse i NOU info december 2004.

Nämnden diskuterar på initiativ av Lisbeth Jonsson varför krav på kollektivavtal inte får ställas i samband med offentlig upphandling.

Nämnden diskuterar på initiativ av Börje Hed partsbyte av upphandlingskontrakt.

**§ 9 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- NOU:s inflyttningsfest fredagen den 25 februari 2005 klockan 14.00-17.00.
- NOU:s flytt till Vasagatan 44 vid årsskiftet 04/05 samt om vilka som gjort stora insatser för NOU under flytten.
- att NOU nu erhållit uppdrag om informationsinsats avseende antidiskrimineringsklausuler.
- NOU:s planeringsdagar den 1-2 februari 2005. Verksamhetsplanen för 2005 kommer att diskuteras och den skall behandlas på nämndsammanträdet den 17 februari 2005.
- NOU:s tillsynsinsatser.
- innehållet i NOU:s regleringsbrev för budgetåret 2005.

**§ 10 Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om att Sveriges Kommuner och Landsting skall hålla en konferens den 17 mars 2005 om antidiskrimineringsklausuler i offentlig upphandling.

**§ 11 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Eva Sveman

**Bilagor:**

1. Remissyttrande över Statskontorets rapport 2004:24 Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? (dnr 2004/0213-22).

## Nämndsammanträde

Tid Onsdagen den 15 december 2004, 10.30 – 12.15

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter

Bengt Agild, ordförande  
Hans Ekman, närvarande vid §§ 5-9  
Börje Hed  
Dan Holke  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän

Margareta Hentze, kanslichef  
Camilla Graf Morin, föredragande § 5  
Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Lisbeth Johnson utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU har mottagit remissen Insyn och sekretess i statliga företag – i internationellt samarbete (SOU 2004:75). Ärendet handläggs av Camilla Graf Morin och skall behandlas på nämndsammanträdet den 15 mars 2005.
- att NOU har mottagit betänkandet Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting (SOU 2004:107). Ärendet handläggs av Camilla



PROTOKOLL 2004:11  
2004-12-15

Graf Morin och skall behandlas på nämndsammanträdet den 17 februari 2005.

- att NOU har mottagit betänkandet Ekonomisk brottslighet inom taxinär-ingen (2004:102). Ärendet handläggs av Camilla Graf Morin och skall behandlas på nämndsammanträdet den 15 mars 2005.
- att NOU har mottagit remissen Tillsynsutredningens slutbetänkande: Till-syn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (SOU 2004:100) Ärendet handläggs av Camilla Graf Morin och skall behandlas på nämndsammanträdet den 17 februari 2005.
- att Högsta Domstolen har förordnat NOU att avge yttrande i mål nr T 2883-04, dnr 2004/0261-22. Ärendet handläggs av Charlotte Brunlid och skall behandlas på nämndsammanträdet den 17 februari 2005.

**§ 5 Beslut om yttrande över frågan om EG kommissionens grönbok om försvarsupphandling**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden **BESLUTAR** att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att Jens Henriksson fortfarande har det kompletta ansvaret för LOU och NOU.
- NOU:s budget, redovisning och preliminära regleringsbrev.

**§ 7 Nämndledamöterna informerar**

Lisbeth Johnson initierar diskussion om problematiken kring Samhalls sär-ställning i upphandlingssammanhang.

Lisbeth Johnson informerar om att Riksrevisionen granskar statliga myndig-heters upphandlingar samt inköpsamordningen.

Dan Holke informerar om byggblockaden och kollektivavtalstvisten mellan Byggnads och ett lettiskt bolag. Det lettiska bolaget tilldelades ett byggentre-prenadkontrakt i en upphandling gjord av Vaxholms kommun.

**§ 8 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

§ 9 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Lisbeth Johnson

**Bilagor:**

1. Yttrande över frågan om EG kommissionens grönbok om försvarsupphandling (dnr 2004/0249-29).

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 18 november 2004, 09.30 – 13.30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande samt protokollförare § 13 Bengt Agild Hans Ekman, närvarande vid alla punkter utom § 7 Börje Hed, närvarande vid §§ 1-9 Dan Holke Lisbeth Jonsson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist och föredragande §§ 8 och 10 Kristian Pedersen, föredragande § 5 Andrea Sundstrand, föredragande § 7 Johanna Persson, protokollförare på alla punkter utom § 13

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Förslag till dagordning har skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet. Nämnden beslutar om annan ordningsföljd vilken framgår av protokollet.

### § 3 Val av justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU har mottagit remissen Tillsynsutredningens slutbetänkande: Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (SOU

PROTOKOLL 2004:10  
2004-12-02

2004:100) Ärendet handläggs av Camilla Graf Morin. Svar skall lämnas senast den 10 februari 2005.

- att NOU har erhållit en protestlista med namnunderskrifter för barnens rätt att äta svenskt kött i bespisningen. Ärendet besvaras av Michael Slavicek och översänds tillsammans med namnunderskrifterna till Finansdepartementet.
- att Finansdepartementet har begärt yttrande av NOU över EG-kommissionens grönbok om försvarsupphandling. Ärendet handläggs av Camilla Graf Morin. Yttrandet skall behandlas på nämnsammanträdet den 15 december 2004.
- att det till Sverige (samt ytterligare tre medlemsstater) överlämnats en formell underrättelse om hur fyra upphandlande enheter gått tillväga. Finansdepartementet har gett NOU i uppdrag att utreda frågan och komma med sin bedömning senast den 3 december. Ärendena handläggs av Charlotte Brunlid.

**§ 5 Beslut om yttrande över frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om förslag till ny logotyp för NOU**

Tommy Sävlund presenterar förslag till ny logotyp för NOU. Nämnden BESLUTAR att fastställa den nya logotypen i enlighet med presentatörens förslag.

**§ 7 Beslut om yttrande över landstingets Värmland avbrytande av upphandling**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

NOU skall efter nyår informera övriga kommuner och landsting, som tecknat avtal med bolaget utan offentlig upphandling, om beslutet. Hans Ekman kommer att ta kontakt med bolaget.

**§ 8 Beslut om skrivelse till AMS avseende överlåtelse av ett avtal på ny leverantör**

PROTOKOLL 2004:10  
2004-12-02

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att tillsvidare bordlägga ärendet.

**§ 9 Beslut om förslag till 2005 års datum för nämndsammanträden**

Nämnden BESLUTAR följande datum för nämndsammanträden under år 2005: 21/1, 17/2, 15/3, 12/4, 11/5, 16/6, 24/8, 20/9, 20/10, 15/11 och 14/12. Den preliminära starttiden för respektive möte är klockan 09.30.

**§ 10 Beslut om remissyttrande över Departementspromemorian Byggentreprenadavdrag samt omvänd skattskyldighet (moms)**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3).

**§ 11 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att Stockholms läns landsting har beslutat att direktupphandla primärvård och ignorerar uttryckligen att tillämpa LOU.
- att Region Skåne och Västra Götalands regionen medvetet struntar i domstolsutslag, nu även på kammarrättsnivå.
- att Stockholms stad föreslagit antidiskrimineringsklausuler som enligt NOU:s bedömning går längre än vad LOU tillåter.
- att Riksdagen den 24 november 2004 behandlar de motioner som rör offentlig upphandling.
- att det preliminärt kommer att vara en hearing om offentlig upphandling i Finansutskottet den 10 februari 2005.
- att NOU ännu inte har erhållit regleringsbrev för 2005.
- de konsekvenser för telefon- och IT-system som NOU:s flytt till Vasagatan 44 medför under december.

Kristian Pedersen informerar om att det i senaste numret av Norsk Lysingsblad presenterades statistik från den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Diskussion i nämnden följer härefter. Önskemål om att information om statistiken lämnas i kommande NOU info framförs.

**§ 12 Nämndledamöterna informerar**

Nämnden diskuterar på initiativ av Hans Ekman utlokalisering av myndigheter.

§ 13 **Övriga frågor**

Nämnden BESLUTAR att fastställa kanslichefens lön och chefsjuristens lön i enlighet med bilaga 4.

§ 14 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Dan Holke

**Bilagor:**

1. Yttrande över frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet (dnr 2004/0106-26).
2. Yttrande över landstingets i Värmland avbrytande av upphandling (dnr 2004/0105-26)
3. Remissyttrande över Ds 2004:43 Departementspromemorian Byggentreprenadavdrag samt omvänd skattskyldighet (moms) (dnr 2004/0210-22)
4. Beslut om löner för kanslichefen och chefsjuristen.

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 21 oktober 2004, 09.30 – 12.00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman, närvarande vid §§ 5 och 6 Börje Hed Dan Holke Merit Israelsson, närvarande vid §§ 5 och 6
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef och föredragande § 6 Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, föredragande § 5 Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Börje Hed utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU har fått i uppdrag av Finansdepartementet att yttra sig över en formell underrättelse om upphandling. Ärendet (dnr 2004/0227-28) handläggs av Charlotte Brunlid.
- att NOU mottagit Departementspromemorian ”Byggentreprenadavdrag samt omvänd skattskyldighet” (Ds 2004:43). Ärendet (dnr 2004/0210-22) handläggs av Michael Slavicek.
- att NOU mottagit Statskontorets rapport 2004:24 Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken. Ärendet (2004/0213-22) handläggs av Andrea Sundstrand.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över Ds 2004:33 Ändringar i Arbetsgi-  
varverkets instruktion**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 10 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att myndigheterna enligt uppgift sannolikt inte får disponera eventuellt anslagssparande för 2004 under 2005 och inte heller erbjuder kreditrymme på anslaget för 2005.
- att NOU den 21 oktober skall skriva på hyreskontraktet för lokalen på Vasagatan 44.
- att NOU kommer att få omfattande utgifter som en följd av att Statskontoret efter årsskiftet inte längre kommer att lämna något administrativt stöd till NOU. Det gäller bland annat it-lösningar, telefoni, arkiv, postgång, avfallshantering, bokbeställningar och städning.
- att NOU inte kommer att ha någon boxadress efter flytten till Vasagatan 44.
- att NOU tilldelats en ny revisor.
- att RegR lämnat prövningstillstånd i fallet om Stockholms stads upphandling av trängselavgifter.
- att det kommit nya domar om ramavtal.
- att NOU deltagit i upphandlingskonferens i Oslo.
- att NOU besökt Montenegro inom ramen för SIDA-projektet.
- att NOU tisdagen 26 oktober får besök av LOU-utredningen.
- att NOU deltagit i GRECO:s möte angående antikorrupktion.

**§ 15 Nämndledamöterna informerar**

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegium fått en anmälan från Skogsägarna om att ett förslag om miljömärkning av trävaror vid offentlig upphandling i Storbritannien riskerar att skapa handelshinder.

**§ 16 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.



**§ 17 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Bengt Agild

Börje Hed

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling (dnr 2004/0170-22).
2. Remissyttrande över Ds 2004:33 Ändringar i Arbetsgivarverkets instruktion (dnr 2004/0165-22)

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 23 september 2004, 12.30 – 14.00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Börje Hed Dan Holke Merit Israelsson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist och föredragande §§ 6, 7 och 8 Camilla Graf Morin, föredragande § 5 Kristian Pedersen, föredragande § 9 Johanna Persson, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Eva Sveman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- remissen Förslag till förordning om upprättandet av ett frivilligt system med FLEGT-licenser för import av timmer.

### § 5 Beslut om remissyttrande över Förtroendekommissionens betänkande Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47)

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över Handikappolitisk samordningsorganisation för strategi och genomförande**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över Remittering av rapporter med anknytning till kontrollstationen för klimatpolitiken**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 3).

**§ 8 Beslut om remissyttrande över Förslag till förordning om upprättandet av ett frivilligt system med FLEGTlicenser för import av timmer**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Beslut om remissyttrande över promemorian Reglering av ledarhundverksamheten**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 5).

**§ 10 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- hur regeringens budgetproposition påverkar NOU:s ekonomi. Tillfälliga medel för information om antidiskrimineringsklausuler m. m. har föreslagits tillföras NOU för 2005,
- att NOU:s registrator är sjukskriven p. g. a. operation. Under tiden som hon är frånvarande ansvarar Johanna Persson för hennes arbetsuppgifter,
- NOU:s flytt vid årsskiftet till Vasagatan 44. Hyresvärden AFA Fastigheter och NOU är överens om avtal. Kontrakt skrivs inom kort,
- NOU:s flyttkostnader, och om
- NOU:s behov av arkivutrymme.

**§ 15 Nämndledamöterna informerar**

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegium den 2 november 2004 är inbjudna till den interdepartementala gruppen för intresseområdet offentlig upphandling hos Regeringskansliet.

**§ 16 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

§ 17 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Johanna Persson

Justeras

Lisbeth Edlund

Eva Sveman

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över Förtroendekommissionens betänkande Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47) (dnr 2004/0148-22).
2. Remissyttrande över Handikappolitisk samordningsorganisation för strategi och genomförande (dnr 2004/0150-22).
3. Remissyttrande över Remittering av rapporter med anknytning till kontrollstationen för klimatpolitiken (dnr 2004/0167-22).
4. Remissyttrande över förslag till förordning om upprättandet av ett frivilligt system med FLEGTlicenser för import av timmer (dnr 2004/0189-22).
5. Remissyttrande över Reglering av ledarhundverksamheten (dnr 2004/0156-22).

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 25 augusti 2004, 9.30 – 14.00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman Börje Hed Dan Holke Merit Israelsson Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef och föredragande § 5 Michael Slavicek, chefsjurist och föredragande § 10 Linda Dahlström, föredragande §§ 6 och 7 Camilla Graf Morin, föredragande §§ 9 och 12 Kristian Pedersen, protokollförare och föredragande § 8 Andrea Sundstrand, föredragande § 11

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Merit Israelsson utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU mottagit Ds 2004:37 Samordnad upphandling, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0170-22) handläggs av Kristian Pedersen. Nämndledamöterna kommer att via e-post tillställas information om den webbplats från vilken promemorian kan laddas ned,
- att NOU från Naturvårdsverket mottagit några rapporter med anknytning till kontrollstationen för klimatpolitiken. Ärendet (dnr 2004/0167-22) handläggs av Linda Dahlström,

PROTOKOLL 2004:7  
2004-08-25

- att NOU mottagit Ds 2004:33 Ändringar i Arbetsgivarverkets instruktion, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0165-22) handläggs av Margareta Hentze. En sammanfattning av ändringarna delas ut,
- att NOU mottagit promemorian Nya EG-regler om förvaltningsberättelsens innehåll, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0163-22) handläggs av Margareta Hentze,
- att NOU mottagit Promemoria om överlämnande av ansvaret för driften av sjukhus till privata entreprenörer, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0158-22) handläggs av Michael Slavicek,
- att NOU mottagit promemorian Ledarhundar, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0156-22) handläggs av Kristian Pedersen. En sammanfattning av promemorians innehåll delas ut, och
- att NOU mottagit SOU 2004:54 Handikappolitisk samordning - organisation för strategi och genomförande, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0150-22) handläggs av Linda Dahlström. En sammanfattning av utredningen delas ut.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över promemorian Nya EG-regler om förvaltningsberättelsens innehåll**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande över Naturvårdsverkets rapport Mynigheternas miljöansvar**

Linda Dahlström föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp – redovisning av regeringsuppdrag**

Linda Dahlström föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Beslut om yttrande i Göteborgs tingsrätts mål nr T 8481-02 mellan ICA Menyföretagen AB och Göteborgs Stads Upphandlings AB**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 4).

**§ 9 Beslut om remissyttrande över Samhällets behov av betaltjänster, delbetänkande från Post- och kassaserviceutredningen**

PROTOKOLL 2004:7  
2004-08-25

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 5).

**§ 10 Beslut om remissyttrande angående Promemoria om överlämnande av ansvaret för driften av sjukhus till privata entreprenörer**

Micael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 6).

**§ 11 Beslut om yttrande angående AB Storstockholms lokaltrafiks avtal med tidnings AB Metro**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 7).

**§ 12 Beslut om förstudie avseende analys av överprövningsmålen i förvaltningsdomstol**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att förstudien skall genomföras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 8).

**§ 13 Verksamhetsuppföljning för första halvåret 2004**

Margareta Hentze redogör för NOU:s verksamhet under första halvåret 2004.

**§ 14 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- de pågående hyresförhandlingarna,
- att NOU avtalat med Verket för innovationssystem VINNOVA om tillgödoseende av NOU:s framtida behov av IT-stöd,
- att nämndens ordförande och kanslichefen haft en s.k. resultatstyrningsdialog med statssekreteraren Jens Henriksson,
- att NOU tillsammans med SCB kommer att delta i ett möte om statistik inom ramen för Rådgivande Kommittén den 29 oktober,
- att NOU inbjudits att delta i en konferens om virkesupphandling. Nämnden instämmer i kanslichefens förslag att NOU skall avstå från att delta,
- att NOU kommer att delta i en konferens om upphandling av städtjänster,
- att GRECO väntas besöka NOU,
- att NOU kommer att få besök från den finska Rådgivningsenheten för offentlig upphandling,
- att nästa nordiska möte preliminärt kommer att hållas 27-28 januari 2005,
- ett JO-beslut om utlämnande av allmänna handlingar. Nämnden informeras om NOU:s telefonservice,

PROTOKOLL 2004:7  
2004-08-25

- att Konkurrensverket föreslagit regeringen att Beställar/Utförar-modellen bör utvärderas,
- att Högsta domstolen beslutat att inte meddela prövningstillstånd i mål nr T 1289-03, i vilket NOU tidigare avgivit ett yttrande, och
- att Riksrevisionen arbetar med en förstudie om ramavtal.

§ 15 **Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om att juristen Kerstin Wiss Holmdahl utsetts till Årets kommunekonom.

Merit Israelsson informerar om handelskamrarnas bolag Chambersign som arbetar med att garantera handlingars äkthet, bl.a. i samband med upphandling.

§ 16 **Övriga frågor**

Nästa sammanträde kommer att hållas den 23 september kl. 12.30-16.00.

§ 17 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Bengt Agild

Merit Israelsson

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över promemorian Nya EG-regler om förvaltningsberättelsens innehåll (dnr 2004/0163-22)
2. Remissyttrande över Naturvårdsverkets rapport Myndigheternas miljöansvar – vidareutveckling av det särskilda sektorsansvaret (dnr 2004/0122-22)
3. Remissyttrande över Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp – redovisning av regeringsuppdrag (dnr 2004/0136-22 )
4. Yttrande i Göteborgs tingsrätts mål nr T 8481-02 mellan ICA Menyföretagen AB och Göteborgs Stads Upphandlings AB (dnr 2004/0120-29)
5. Remissyttrande över Samhällets behov av betaltjänster, delbetänkande från Post- och kassaserviceutredningen, SOU 2004:52 (dnr 2004/0128-22)



**PROTOKOLL 2004:7**  
2004-08-25

6. Remissyttrande över Promemoria om överlämnande av ansvaret för driften av sjukhus till privata entreprenörer (dnr 2004/0158-22)
7. Yttrande angående AB Storstockholms lokaltrafiks avtal med tidnings AB Metro (dnr 2003/0276-26)
8. Förstudie avseende analys av överprövningsmålen i förvaltningsdomstol (dnr 2004/0180-29)

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 17 juni 2004, 9.30 – 13.30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Börje Hed Dan Holke Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Linda Dahlström, föredragande § 7 Kristian Pedersen, protokollförare och föredragande §§ 8 och 9 Andrea Sundstrand, föredragande §§ 5 och 6

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU mottagit SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0148-22) handläggs av Camilla Graf Morin,
- att NOU mottagit promemorian Utkast till lagrådsremiss Ny ordning för utfärdande av rättsintyg för remissbehandling. Ärendet (2004/0146-22) handläggs av Kristian Pedersen, och
- att Finansdepartementet uppdragit åt NOU att avge yttrande över Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner. Ärendet (2004/0143-22) handläggs av Andrea Sundstrand.

PROTOKOLL 2004:6  
2004-06-17

**§ 5 Beslut om remissyttrande över Ds 2004:18 Kommunal medverkan i landstingets sjuktransporter**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande över Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om rapport avseende utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling**

Linda Dahlström föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Beslut om skrivelse angående Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att skrivelsen skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Beslut om remissyttrande över promemorian Utkast till lagrådsremiss Ny ordning för utfärdande av rättsintyg**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 5).

**§ 10 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- de pågående hyresförhandlingarna,
- att vissa framsteg gjorts i arbetet med att tillgodose NOU:s framtida behov av IT-stöd och telefonväxel,
- att SOU 2004:52 Samhällets behov av betaltjänster finns att läsa på regeringens webbplats [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se),
- det nordiska mötet. Nästa nordiska möte kommer att hållas i Norge 10 – 11 januari 2005, och

PROTOKOLL 2004:6  
2004-06-17

- att anslagssparandet får utnyttjas, vilket underlättar finansieringen av extra utgifter under hösten för åtgärder med anledning av Statskontorets avflyttning.

Michael Slavicek informerar om handläggningen av några tillsynsärenden rörande statliga bolag.

**§ 11 Nämndledamöterna informerar**

Nämnden diskuterar på initiativ av Börje Hed en artikel i tidningen Anbudsjournalen.

**§ 12 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 10 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Dan Holke

**Bilaga:**

1. Remissyttrande över Ds 2004:18 Kommunal medverkan i landstingets sjuktransporter (dnr 2004/0101-22).
2. Yttrande över Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (dnr 2004/0143-22).
3. Rapport avseende utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling (dnr 2003/0301-28).
4. Skrivelse angående Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet (dnr 2004/0040-29).
5. Remissyttrande över promemorian Utkast till lagrådsremiss Ny ordning för utfärdande av rättsintyg (dnr 2004/0146-22).

## Nämndsammanträde

Tid Onsdagen den 26 maj 2004, 11.30 – 14.30

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter Bengt Agild, ordförande  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän Margareta Hentze, kanslichef  
Michael Slavicek, chefsjurist  
Linda Dahlström, föredragande § 5  
Camilla Graf-Morin, information § 7  
Kristian Pedersen, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden förklarar mötet öppnat.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av justeringsman

Börje Hed utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU mottagit Naturvårdsverkets rapport Myndigheternas miljöansvar – vidareutveckling av det särskilda sektorsansvaret, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0122-22) handläggs av Linda Dahlström,
- att NOU från Regeringskansliet mottagit förordnande för Michael Slavicek att vara expert i utredningen om genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi och posttjänster,

PROTOKOLL 2004:5  
2004-05-26

- att NOU mottagit SOU (2004:52) Post- och kassaserviceutredningens delbetänkande – Samhällets behov av betaltjänster, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0128-22) handläggs av Camilla Graf-Morin,
- att NOU mottagit Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp, för remissbehandling. Ärendet (dnr 2004/0136-22) handläggs av Linda Dahlström, och
- att NOU fått en inbjudan till Tillsynsforum den 17 juni 2004. Camilla Graf-Morin kommer att medverka för NOU:s räkning.

**§ 5 Beslut om remissyttrande angående Miljömålsrådets rapport Miljömålen – allas vårt ansvar**

Linda Dahlström föredrar ärendet. Nämnden **BESLUTAR** att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Diskussion om ramavtal**

Nämndledamöterna diskuterar den senaste utvecklingen rörande ramavtal, varvid det bl.a. konstateras att bestämmelserna om ramavtal i det nya direktivet för den klassiska sektorn (2004/18/EG) innebär en kraftig uppstramning i förhållande till hur ramavtal hittills använts i den klassiska sektorn.

**§ 7 Kanslichefen informerar**

Camilla Graf-Morin informerar om vilka möjligheter kansliet bedömer att det finns att göra en kartläggning av rättspraxis. Nämnden **BESLUTAR** att uppdraga åt kansliet att till nämndsammanträdet i augusti utarbeta ett förslag till metod för kartläggning.

Margareta Hentze informerar om:

- de pågående hyresförhandlingarna,
- NOU:s framtida behov av IT-stöd och telefonväxel,
- att Regeringskansliet ännu inte lämnat något besked om utrymmet för anslagssparande. Någon verksamhetsuppföljning kommer inte att genomföras före sommaren,
- det kommande nordiska mötet. Nämndledamöterna tilldelas dagordningen,
- Grönboken om PPP. Nämnden **BESLUTAR** att NOU skall avge ett remissyttrande angående grönboken. Kansliet skall undersöka i vilken form ett sådant yttrande bör lämnas,

Michael Slavicek informerar om:

- kontakter angående upphandlande enheters krav på att datorer skall utrustade med Intelprocessorer, och

PROTOKOLL 2004:5  
2004-05-26

- kontakter med Jönköpings kommun angående eventuell upphandling av renhållningstjänster.

§ 8 **Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om:

- att ett förslag till nya ALOS kan förväntas under hösten,
- att förhandlingar rörande AB 04 fortfarande pågår, och
- att Svenska Kommunförbundets och Almegas projekt rörande kvalificering av tjänsteleverantörer fortgår.

§ 9 **Övriga frågor**

Nämnden BESLUTAR efter förslag från kansliet att höja NOU:s gräns för direktupphandling av varor från två till fyra prisbasbelopp. Efter höjningen har NOU samma gräns för direktupphandling av varor och tjänster.

§ 10 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Bengt Agild

Börje Hed

**Bilaga:**

1. Remissyttrande angående Miljömålsrådets rapport Miljömålen – allas vårt ansvar (dnr 2004/0065-22).

## Nämndsammanträde

Tid Onsdagen den 28 april 2004, 9.30 – 12.00

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter

Lisbeth Edlund, ordförande  
Bengt Agild  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Merit Israelsson  
Lisbeth Johnson  
Eva Sveman

Kanslitjänstemän

Margareta Hentze, kanslichef  
Michael Slavicek, chefsjurist  
Linda Dahlström, information § 5  
Kristian Pedersen, protokollförare  
Andrea Sundstrand, information § 6

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet och hälsar den nya nämndledamöten Merit Israelsson, VD för Handelskammaren Mälardalen, välkommen.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler:

- att NOU mottagit Ds 2004:18 Kommunal medverkan i landstingens sjuktransporter för remissbehandling. Nämndledamöterna tilldelas en kopia av sammanfattningen. Ärendet (dnr 2004/0101-22) handläggs av Andrea Sundstrand. Svar skall lämnas senast den 5 juli 2004,



PROTOKOLL 2004:4  
2004-04-28

- att hon meddelat att Michael Slavicek kan medverka som expert i utredningen om genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi och posttjänster, och
- att Kulturdepartementet uppdragit åt NOU att medverka i Designåret 2005. Andrea Sundstrand ansvarar för NOU:s medverkan.

**§ 5 Information om kartläggningen av användningen av antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling**

Linda Dahlström informerar om handläggningen av ärendet och om de uppgifter som inhämtats. Uppgiftsinhämtningen med hjälp av webbenkät har i stort sett fungerat bra. Ett visst arbete med att påminna upphandlande enheter har dock krävts. Nämnden BESLUTAR att ärendet fortsättningsvis skall hanteras enligt följande. En sammanställning av de inkomna svaren skall tillställas Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen för yttrande. Först därefter skall slutrapporten färdigställas och behandlas vid junisammanträdet.

**§ 6 Kanslichefen informerar**

Andrea Sundstrand informerar om det uppdrag rörande Designåret 2005 som NOU erhållit från Kulturdepartementet.

Margareta Hentze informerar om:

- att nämndsammanträdet den 26 maj är flyttat till kl. 11.30,
- att NOU fått en ny budgethandläggare på Finansdepartementet, Karin Wannberg,
- att hyresförhandlingar pågår. Nämnden BESLUTAR att delegera till Margareta Hentze att för NOU:s räkning teckna avtal avseende lokalhyra,
- att något lagförslag om marknadsskadeavgift inte är att vänta förrän tidigast 2005,
- att det är önskvärt med ett klarläggande av vem som bär ansvaret för arbetsmiljön vid NOU. Nämnden BESLUTAR att delegera ansvaret för arbetsmiljön vid myndigheten till Margareta Hentze,
- att ett arbete med att modernisera NOU:s webbplats och logotyp har påbörjats,
- att nämndledamöterna även framgent kommer att erhålla NOU-info i pappersform,
- att en betalningspåminnelse översänts till Italien avseende NOU:s arbetsinsats i Italiens twinningprojekt i Slovakien 2002,
- att projektet i Slovenien ser ut att bli mindre omfattande än väntat,
- att projektet i Montenegro kommer att påbörjas först under hösten,
- att det nordiska mötet på Åstol ser ut att bli välbesökt,
- att de nya EG-direktiven om offentlig upphandling enligt uppgift kommer att publiceras under maj månad,

PROTOKOLL 2004:4  
2004-04-28

- att det inom Regeringskansliet bildats en interdepartemental grupp som skall arbeta med upphandlingsfrågor,
- att kansliet arbetar med att analysera domar rörande offentlig upphandling för att, om möjligt, försöka dra generella slutsatser om rättsutvecklingen. Nämndledamöterna understryker vikten av att detta arbete prioriteras,
- SOU 2004:23 Från verksförordning till myndighetsförordning, samt
- Statskontorets rapport om statliga myndigheters ledningsformer.

**§ 7 Nämndledamöterna informerar**

Nämndledamöterna diskuterar på initiativ av Börje Hed frågan om utlämnande av handlingar då upphandlande enheter, antingen efter att självmant ha avbrutit en upphandling eller efter förordnande av allmän förvaltningsdomstol, beslutar att göra om en upphandling.

**§ 8 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 9 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Hans Ekman

## Nämndsammanträde

Tid Onsdagen den 17 mars 2004, 9.30 – 14.30

Plats NOU:s kansli, Stockholm

Närvarande  
nämndledamöter Lisbeth Edlund, ordförande  
Bengt Agild  
Hans Ekman  
Börje Hed  
Dan Holke  
Lisbeth Johnson

Kanslitjänstemän Margareta Hentze, kanslichef och föredragande §§ 8 och 10  
Michael Slavicek, chefsjurist och föredragande § 9  
Magnus Nilsson, föredragande § 7  
Kristian Pedersen, protokollförare och föredragande § 6  
Andrea Sundstrand, föredragande § 5

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Bengt Agild utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att:

- NOU mottagit Miljömålsrådets rapport Miljömålen – allas vårt ansvar, för remissbehandling. Svar skall lämnas senast den 15 juni 2004. Ärendet (dnr 2004/0065-22) handläggs av Linda Dahlström,
- kansliet, i enlighet med nämndens beslut vid föregående sammanträde, tillskrivit Finansdepartementet angående behovet av en s.k. preklusionsregel i LOU. Nämndledamöterna tilldelas skrivelsen, och att

PROTOKOLL 2004:3  
2004-03-17

- Konstitutionsutskottet begärt att NOU skall yttra sig över Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning. Ärendet (dnr 2004/0046-29) handläggs av Kristian Pedersen.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över SOU 2003:87 Färdtjänsten och riks-färdtjänsten**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande till Konstitutionsutskottet angående Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning – parallella ramavtal**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över SOU 2003:98 Aktiebolag med begränsad vinstutdelning**

Magnus Nilsson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Diskussion om NOU:s ställningstagande till Statskontorets rapportutkast om statlig inköpssamordning**

Margareta Hentze föredrar ärendet, varefter nämndledamöterna diskuterar rapportutkastet.

**§ 9 Beslut om yttrande till Finansdepartementet angående klagomål från Europeiska kommissionen**

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället (slutlig version bilaga 4).

**§ 10 Beslut om verksamhetsplan för år 2004**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 5).

**§ 11 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

PROTOKOLL 2004:3  
2004-03-17

- att NOU sannolikt inte kommer tvingas flytta från lokalerna på Riddarholmen,
- att de nya upphandlingsdirektiven enligt uppgift kommer att publiceras under april månad,
- NOU:s risk- och sårbarhetsanalys (bilaga 6) och ett par tidskriftsartiklar som delats ut till nämndledamöterna,
- att NOU i ett yttrande till Stockholms handelskammare (dnr 2003/0300-29) funnit att fristående skolor inte är upphandlande enheter, och
- att NOU inför ett kommande yttrande till Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB gör bedömningen att bolagets dotterbolag inte är upphandlande enheter.

§ 12 **Nämndledamöterna informerar**

Hans Ekman informerar om:

- att det pågår en omarbetning av ALOS 81, och
- att Kommunförbundet tillsammans med Almega påbörjat ett projekt rörande kvalificering av leverantörer.

§ 13 **Övriga frågor**

Nämndledamöterna diskuterar på initiativ av Börje Hed vilken informations-skyldighet upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen har.

Hans Ekman initierar en diskussion om vem som formellt sett är ansvarig för arbetsmiljön vid myndigheten. Det konstateras att det finns behov av ett klargörande i detta avseende.

§ 14 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Bengt Agild

PROTOKOLL 2004:3  
2004-03-17

**Bilagor**

1. NOU:s remissyttrande över SOU 2003:87 Färdtjänsten och riksfärdtjänsten.
2. NOU:s yttrande till Konstitutionsutskottet angående Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning – parallella ramavtal.
3. NOU:s remissyttrande över SOU 2003:98 Aktiebolag med begränsad vinstutdelning.
4. NOU:s yttrande till Finansdepartementet angående klagomål från Europeiska kommissionen.
5. NOU:s verksamhetsplan för år 2004.
6. NOU:s risk- och sårbarhetsanalys.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 19 februari 2004, 13.00 – 16.00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Dan Holke Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef och föredragande §§ 5 och 6 Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare Andrea Sundstrand, föredragande § 7

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att:

- NOU, från Finansdepartementet, mottagit förslag till förordningar med anledning av reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse. Nämndledamöterna tilldelas en kopia av förslaget. Ärendet (dnr 2004/0043-22) handläggs av Michael Slavicek. Eftersom remissen skall besvaras senast den 12 mars 2004, och därför inte kommer hinna beslutas vid nämndsammanträde, uppdrar nämnden åt kansliet att besvara remissen och i efterhand tillställa nämndledamöterna en kopia av yttrandet, samt att
- Finansdepartementet har begärt ett yttrande från NOU avseende ett klagomål från EG-kommissionen. Yttrandet skall vara Finansdepartementet

PROTOKOLL 2004:2  
2004-02-19

tillhanda senast den 19 mars 2004. Ärendet (dnr 2004/0045-29) handläggs av Michael Slavicek.

**§ 5 Beslut om NOU:s årsredovisning för år 2003**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället. (Slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om budgetunderlag**

Margareta Hentze föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället. (Slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande över SOU 2003:67 Kollektivtrafik med människan i centrum**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnas vid beslutstillfället. (Slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Diskussion om verksamhetsplan**

Margareta Hentze redogör för vilka frågor som diskuterats vid kansliets planeringsdagar 26 – 27 januari 2004, och meddelar att ett förslag till verksamhetsplan skickas ut inom kort för att beslutas på nämndsammanträdet den 17 mars. Nämndledamöterna anser att det är viktigt att kansliet genomför en analys av domar från de svenska domstolarna. Detta bör enligt nämndens uppfattning kunna redovisas som tillsyn.

**§ 9 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- NOU:s eventuella flytt från Riddarholmen,
- NOU:s risk- och sårbarhetsanalys,
- behovet av att ändra arbetsordningen så att kanslichefen och ordföranden kan avropa och upphandla till högre belopp än hittills, och
- att arbete pågår med att utarbeta en mångfaldsplan.

Michael Slavicek informerar om:

- att NOU mottagit Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 2831-03, i vilket NOU avgivit ett yttrande till kammarrätten,
- EG-domstolens dom i mål nr C-230/02 Grossman Air Service,



- Regeringsrätten meddelat prövningstillstånd i Ryanair-målet och ett mål om utlämnande av handlingar i samband med avbrytande av upphandling, och
- att kansliet under mars månad kommer att träffa företrädare för SOS Alarm Sverige AB för att diskutera huruvida bolaget är en upphandlande enhet.

#### § 10 Nämndledamöterna informerar

Ingen information lämnas.

#### § 11 Övriga frågor

Nämnden uppdrar åt kansliet att för NOU:s räkning tillskriva Regeringskansliet om behovet att införa en s.k. preklusionsregel i LOU.

#### § 12 Mötet avslutas

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Dan Holke

#### Bilagor

1. NOU:s årsredovisning för år 2003.
2. Budgetunderlag för NOU.
3. Remissyttrande över SOU 2003:67 Kollektivtrafik med människan i centrum.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 28 januari 2004, 9.30 – 13.30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman Börje Hed Dan Holke Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef och föredragande § 8 Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare Camilla Graf-Morin, föredragande § 5 Andrea Sundstrand, föredragande §§ 6 och 7 samt information § 4

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet och hälsar den nye nämndledamoten Börje Hed välkommen.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att:

- Kammarrätten i Sundsvall beslutat inhämta yttrande från NOU i kammarrättens mål nr 3441-03. Ärendet (dnr 2004/0010-29) handläggs av Andrea Sundstrand,
- NOU från Finansdepartementet mottagit en begäran om yttrande med anledning av ett klagomål som EG-kommissionen riktat mot Sverige (NOU:s dnr 2004/0002-29). Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand som informerar nämnden om ärendet och kansliets preliminära bedöm-

PROTOKOLL 2004:1  
2004-01-28

ning. På grund av brådska kommer beslut om yttrande i ärendet att fattas vid kansliet,

- NOU erhållit regleringsbrevet för år 2004 från Finansdepartementet,
- NOU mottagit SOU 2003:87 Färdtjänsten och Riksfärdtjänsten för remissbehandling. Ärendet (dnr 2003/0336-22) handläggs av Andrea Sundstrand,
- NOU från Finansdepartementet erhållit beslut om förordnande av nämndledamöter,
- NOU mottagit SOU 2003:98 Aktiebolag med begränsad vinstutdelning för remissbehandling. Ärendet (dnr 2003/0332-22) handläggs av Magnus Nilsson, och
- att Länsrätten i Västmanlands län beslutat inhämta yttrande från NOU i länsrättens mål 2044-03. Ärendet (dnr 2003/0329-29) handläggs av Andrea Sundstrand.

**§ 5 Beslut om remissyttrande över SOU 2003:93 Internrevisionen i staten – förslag till en förstärkt internrevision**

Camilla Graf-Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande till Kammarrätten i Sundsvall**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om yttrande till Länsrätten i Västmanlands län**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Beslut om internbudget 2004**

Margareta Hentze föredrar ärendet samt redogör för NOU:s regleringsbrev för år 2004 som delas ut vid sammanträdet. Efter uppföljning av det preliminära budgetutfallet för 2003, som likaledes delas ut vid sammanträdet, BESLUTAR nämnden i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att NOU sannolikt kommer att flytta från lokalerna på Riddarholmen under året,

PROTOKOLL 2004:1  
2004-01-28

- NOU:s årsredovisning. Texten kommer inom kort att skickas ut till nämndledamöterna som bör lämna eventuella kommentarer i god tid före budgetsammanträdet den 19 februari. Detsamma gäller texten i Budgetunderlag för 2005-2007.,
- att kansliet hållit planeringsdagar. Verksamhetsplan för år 2004 kommer att skickas till nämndledamöterna inom kort,
- NOU:s deltagande i referensgruppen för Statskontorets utredning om ramavtalskonstruktionen,
- att hon, Michael Slavicek, Lisbeth Edlund samt eventuellt ytterligare någon eller några nämndledamöter har för avsikt att besöka en upphandlande enhet, och
- att kopieringen av domar är betungande och att en ny lösning av information och uppföljning av domar krävs.

Margareta Hentze framför önskemål om att NOU skall få Kommunförbundets cirkulär fortlöpande.

Nämndledamöterna har inget att invända mot att deras namn återfinns på NOU:s webbplats.

Michael Slavicek informerar om:

- det nyligen avslutade Public Procurement Network-mötet i London, och
- att kansliet kommer att meddela Teracom AB att bolaget, med anledning av att telekommunikationssektorn undantagits från försörjningsdirektivets tillämpningsområde, inte längre omfattas av bestämmelserna i LOU.

#### § 10 Nämndledamöterna informerar

Hans Ekman informerar om:

- att Kommunförbundets utredning om asfaltkartellen kommer att färdigställas inom kort, och
- att Kommunförbundets arbete med elektronisk handel fortskrider.

#### § 11 Mötet avslutas

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Bengt Agild

Hans Ekman

**Bilagor**

1. Remissyttrande över SOU 2003:93 Internrevisionen i staten – förslag till en förstärkt internrevision.
2. NOU:s yttrande i Kammarrättens i Sundsvalls mål nr 3441-03.
3. NOU:s yttrande i Länsrättens i Västmanlands län mål nr 2044-03.
4. Internbudget 2004.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 9 december 2003, 9.30 – 12.00.
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare samt föredragande § 5

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Eva Sveman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att NOU mottagit en skrivelse från Finansdepartementet angående Europeiska kommissionens klagomål avseende Luleå kommuns upphandling av datorer (dnr 2003/0303-28). Ärendet handläggs av Michael Slavicek.

Margareta Hentze anmäler att NOU mottagit en fråga från Stockholms handelskammare om huruvida friskolor är upphandlande enheter (dnr 2003/0300-29). Ärendet handläggs av Kristian Pedersen.

### § 5 Beslut om yttrande till Kammarrätten i Sundsvall

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 1).

### § 6 Beslut om yttrande till Länsrätten i Stockholms län

Michael Slavicek föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 2). Nämnden ansåg det angeläget att i största möjliga mån begränsa antalet yttranden på länsrättsnivå.

### § 7 Luleå kommuns upphandling av datorer

Michael Slavicek informerar om att Europeiska kommissionen riktat klagomål mot Luleå kommuns upphandling av datorer. Luleå kommun har meddelat att upphandlingen kommer att avbrytas.

### § 8 Kanslichefen informerar

Margareta Hentze informerar om:

- att Regeringen ännu inte fattat beslut om NOU:s regleringsbrev, budgetläget. Nämndledamöterna tilldelas Ekonomisk uppföljning november 2003 (bilaga 3),
- att Statskontoret har för avsikt att flytta från Norra Riddarholmshamnen 1 den 1 januari 2005 samt att detta får konsekvenser för NOU,
- NOU:s riktlinjer för representation (bilaga 4),
- att en påminnelsefaktura ska skickas till Italien med anledning av projektet i Slovakien,
- att NOU besökt Montenegro för att förbereda det eventuellt kommande projektet,
- att NOU kommer att företa fyra resor inom ramen för Ekonomistyrningsverkets och Verkets för högskoleservice projekt i Slovenien,
- att NOU medverkat i nordiskt möte på Bornholm. Nästa möte kommer att hållas i Stockholm den 3-4 juni 2004,
- att NOU begärt att SJ AB skall lämna besked om varför bolaget inte anser sig vara en upphandlande enhet,
- att SL:s avtal med Metro skall tas upp på nämndmöte i januari. Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand,
- att de preliminära nya CPV-koderna finns på NOU:s webbplats. Koderna skall användas fr.o.m. den 21 december 2003,
- att beslut om nya tröskelvärden kommer att fattas inom kort, och
- att hon inte har några bisysslor att anmäla.

PROTOKOLL 2003:11  
2003-12-09

Kristian Pedersen informerar om antalet upphandlingsmål vid länsrätterna.

Michael Slavicek informerar om att Europeiska kommissionen meddelat att ärendet om huruvida Systembolaget är upphandlande enhet lagts ned.

#### § 9 **Nämndledamöterna informerar**

Gunilla Hulting informerar om:

- att departementspromemorian om en eventuell marknadsskadeavgift och NOU:s organisation fortfarande är under beredning,
- de nya upphandlingsdirektiven,
- att beslut om kommittédirektiv för en utredning med anledning av implementeringen av de nya direktiven kommer att fattas inom kort,
- att Europeiska kommissionen förbereder ett förslag till ny annonseringsbilaga, och
- det senaste mötet i Rådgivande kommittén.

Bengt Agild informerar om att Kommerskollegium i ett yttrande till Kulturdepartementet påpekat behovet av en översyn av innehållet i och tillämpningen av Kulturminneslagen. I yttrandet gör kollegiet bedömningen att tillämpningen av det i Kulturminneslagen 2 kap. 13 § 3 st. stadgade undantaget från LOU, på uppdragsarkeologi rörande tidigare okända fornlämningar, kan stå i strid med EG-rätten.

#### § 10 **Övriga frågor**

Nämnden diskuterar på initiativ av Hans Ekman EG-domstolens dom i Scalamålet.

#### § 11 **Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Eva Sveman



**Bilagor**

1. NOU:s yttrande i Kammarrättens i Sundsvalls mål nr 2831-03.
2. NOU:s yttrande i Länsrättens i Stockholms län mål nr 21880-03.
3. Ekonomisk uppföljning november 2003.
4. NOU:s riktlinjer för representation.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 11 november 2003, 9.30 – 12.00.
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande, protokollförare § 6 Bengt Agild Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare samt föredragande § 5

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Lisbeth Johnson utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att NOU mottagit SOU 2003:93 "Internrevision i staten – förslag till en förstärkt internrevision" för remissbehandling. Nämndledamöterna tilldelas en kopia av sammanfattningen av promemorian (bilaga 1). Camilla Graf Morin kommer att handlägga ärendet. Svar skall lämnas senast den 13 februari 2004.

Margareta Hentze anmäler att Kammarrätten i Sundsvall beslutat inhämta yttrande från NOU i kammarrättens mål nr 2831-03. Ärendet handläggs av Kristian Pedersen. Yttrandet skall behandlas på nämndsammanträdet den 9 december 2003.

### § 5 Beslut om yttrande angående Sveaskog AB samt diskussion om andra statliga bolag

PROTOKOLL 2003:10  
2003-11-19

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 2).

Nämnden diskuterar på initiativ av Michael Slavicek, med anledning av uppgifter i media samt domar från EG-domstolen, hanteringen av vissa andra statliga bolag, vilka inte anser sig vara upphandlande enheter. Eftersom NOU:s ståndpunkt redan klargjorts för berörda upphandlande enheter bedöms det inte finnas anledning att vidta ytterligare tillsynsåtgärder.

**§ 6 Beslut om nya löner för kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek**

Nämnden betonar vikten av att Margareta Hentze och Michael Slavicek ges möjlighet till individuella utvecklingssamtal med nämndens ordförande.

Nämnden BESLUTAR att fastställa kanslichefens lön och chefsjuristens lön i enlighet med bilaga 3.

**§ 7 Genomgång av 2004 års förslag till datum för nämndsammanträden**

Nämnden BESLUTAR följande datum för nämndsammanträden under år 2004: 28/1, 12/2 eller 19/2, 17/3, 28/4, 26/5, 17/6, 25/8, 23/9, 21/10, 18/11 och 15/12.

**§ 8 Kanslichefen informerar**

Margareta Hentze informerar om:

- att kansliets personal kommer att genomföra en fyradagars (inklusive lördag och söndag) planerings- och teambuildingresa. Resan bekostas med medel från Trygghetsstiftelsen enligt avtal mellan facket och arbetsgivaren, samt i ytterst begränsad omfattning med andra personalmedel,
- att NOU förväntas delta i arbetet under det s.k. Designåret 2005,
- att NOU har avrapporterat statistik över den svenska offentliga upphandlingen till EG-kommissionen,
- budgetläget. Nämndledamöterna tilldelas Ekonomisk uppföljning oktober 2003 (bilaga 4),
- statistik från Domstolsverket, t.o.m. 31 oktober 2003, över antalet inkomna (622) respektive avgjorda (622) upphandlingsmål i länsrätt,
- att NOU lämnat synpunkter på förslaget till nytt regleringsbrev för myndigheten.

Nämnden diskuterar på initiativ av Lisbeth Johnson användningen av ramavtal i den klassiska sektorn.

**§ 9 Nämndledamöterna informerar**

Nämnden diskuterar på initiativ av Eva Sveman den kommande förordningen om användning av CPV-koder vid offentlig upphandling.

Nämnden diskuterar på initiativ av Eva Sveman formerna för nämndsammanträdet den 9 december.

**§ 10 Övriga frågor**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 11 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Lisbeth Johnson

**Bilagor**

1. Kopia av sammanfattning av SOU 2003:93 "Internrevision i staten – förslag till en förstärkt internrevision".
2. NOU:s yttrande angående Sveaskog AB (dnr 2003/0221-29).
3. Löner för kanslichefen och chefsjuristen.
4. Ekonomisk uppföljning oktober 2003.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 22 oktober 2003, 9.30 – 11.30.
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer efter att ha strukit § 8 dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Gunilla Hulting utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler att NOU mottagit SOU 2003:67 "Kollektivtrafik med människan i centrum" (Näringsdepartementet) för remissbehandling. Remissen har skickats ut per e-post till samtliga ledamöter. Andrea Sundstrand handlägger ärendet. Svar skall lämnas senast den 1 mars 2004.

### § 5 Information om Riksarkivets remiss angående gallringsföreskrifter för handlingar i upphandlingsärenden

Nämndledamöterna tilldelas förslaget till författningstext (bilaga 1). Michael Slavicek redogör för innehållet i förslaget. Vissa frågor diskuteras, bl.a. rapporter som upprättats med anledning av 1 kap. 11 § LOU, anbud som inte vunnit framgång i en upphandling och dokument som hanteras av myndigheter som upphandlar för annans räkning.

## § 6 **Kanslichefen informerar**

Nämndledamöterna tilldelas Ekonomisk uppföljning september 2003 (bilaga 2).

Margareta Hentze informerar om:

- att Statskontoret avser att flytta från Riddarholmen, inom ca ett år,
- att Johanna Persson arbetar vid kansliet i genomsnitt två dagar per vecka, dels som vikarierande registrator och dels med att sammanställa NOU-info,
- att något ytterligare projektarbete i Slovenien knappast är aktuellt för NOU:s del,
- budgetläget, och
- att förberedelserna för NOU:s medverkan i SIDA:s projekt i Montenegro forstsätter.

## § 7 **Nämndledamöterna informerar**

Gunilla Hulting informerar om att frågan om att ta fram ett förslag till marknadsskadeavgift fortfarande är under beredning i regeringskansliet.

Gunilla Hulting informerar om att statssekreteraren Jens Henriksson informeras om att NOU inte kommer att nå tillsynsmålet 2003.

Hans Ekman informerar om att Kommunförbundet och RSV utreder frågan om hur RSV:s blankett 4820 bör hanteras, varvid eventuell elektronisk hantering kan komma att diskuteras.

Eva Sveman meddelar att slutsammanträde i utredningen om icke vinstutdelande aktiebolag kommer att hållas inom kort.

Bengt Agild informerar om PPN, SOLVIT och andra formella och informella nätverk för lösning av problem i den gränsöverskridande handeln.

Gunilla Hulting informerar om att kommittédirektiv för införlivningen av de nya upphandlingsdirektiven är under utarbetande i Regeringskansliet. Michael Slavicek påpekar att det vore önskvärt att NOU ges möjlighet att delta i det kommande utredningsarbetet.

## § 9 **Övriga frågor**

Michael Slavicek redogör för de senaste mötena i arbetsgruppen för elektronisk handel och i Rådgivande kommittén.

**PROTOKOLL 2003:09**  
2003-10-22

Nämnden diskuterar datum för sammanträden för 2004. Följande preliminära datum föreslås: onsd 28/1, torsd 12/2 eller torsd 19/2, torsd 25/3, onsd 28/4, tisd 25/5, torsd 17/6, tisd 24/8, torsd 23/9, torsd 21/10, torsd 18/11 och tisd 14/12.

**§ 10 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Bengt Agild

Gunilla Hulting

**Bilagor**

1. Riksarkivets förslag till författningstext rörande gallringsföreskrifter för handlingar i upphandlingsärenden.
2. Ekonomisk uppföljning september 2003.

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 25 september 2003 kl. 12:00 – 14:40.
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Dan Holke Lisbeth Johnson
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Kristian Pedersen, protokollförare och föredragande § 5

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Inga anmälningssärenden upptas.

### § 5 Beslut om yttrande angående mål T 1289-03.

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 1).

### § 6 Kanslichefen informerar.

Nämndledamöterna tilldelas Ekonomisk uppföljning augusti 2003 (bilaga 2).

Margareta Hentze redogör för hur regeringens budgetproposition påverkar NOU:s ekonomi. Inga extra medel utöver för pris- och löneomräkning samt



PROTOKOLL 2003:08  
2003-09-25

för revision (123 tkr), som är anslagsfinansierad fr.o.m. 2004, har föreslagits tillföras NOU för 2004.

Margareta Hentze informerar om att Johanna Persson, som under sommaren praktiserat på NOU, kommer att arbeta på NOU under del av hösten.

Margareta Hentze informerar om att NOU under 2004 kommer att medverka i ett SIDA-projekt i Montenegro. NOU kommer i projektet främst att arbeta med lagstiftningsfrågor. Som mest fyra resor kommer att genomföras.

Margareta Hentze informerar om att NOU under 2004 kommer att medverka i ett eventuellt projekt i Slovenien lett av ESV.

**§ 7 Nämndledamöterna informerar.**

Bengt Agild informerar om att webbsidan Gränslösa Affärer inarbetats i Kommerskollegiums övriga webbsidor.

Hans Ekman påpekar, med anledning av NOU:s yttrande till Länsrätten i Södermanlands län dnr 2003/0234-29, vikten av att samtliga yttranden till domstol beslutas av nämnden. Margareta Hentze meddelar att detta redan idag är den normala rutinen, men att NOU framgent kommer att avstå från att yttra sig till domstol i de fall då beslut om yttrandet av praktiska skäl inte kan fattas av nämnden.

**§ 8 Övriga frågor.**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 9 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Kristian Pedersen

Justeras

Lisbeth Edlund

Dan Holke

**Bilagor**

1. NOU:s yttrande i Högsta domstolens mål T 1289-03, dnr 2003/0229-29.
2. Ekonomisk uppföljning augusti 2003.

## Nämndsammanträde

Tid	Tisdagen den 26 augusti 2003 kl 09:30 – 12:50
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting, närvarande vid §§ 10 - 16 Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare och föredragande § 8 Kristian Pedersen, föredragande §§ 9 och 10 Magnus Nilsson, föredragande §§ 7 och 11 Andrea Sundstrand, föredragande §§ 5 och 6

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler följande ärenden:

- NOU har beretts möjlighet att yttra sig över Ds 2003:3 Ny ordning för utfärdande av rättsintyg, dnr 2003/0228-29. Beslut i ärendet, som handläggs av Kristian Pedersen, skall fattas vid dagens nämndsammanträde.
- NOU har mottagit en begäran om yttrande från Högsta domstolen i

PROTOKOLL 2003:07  
2003-08-26

mål nr T 1289-03, dnr 2003/0229-29. Ärendet handläggs av Kristian Pedersen. Svar skall lämnas senast den 1 september 2003.

- NOU har mottagit en begäran om remissyttrande angående Grönboken om tjänster i allmänhetens intresse, dnr 2003/0235-22. Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand. Svar skall inges senast den 28 augusti 2003.

- Ds 2003:42 om elektroniskt kungörande, dnr 2003/0242-29 har inkommit till NOU för yttrande. Ärendet handläggs av Andrea Sundstrand. Svar skall inges senast den 30 september 2003.

- NOU har från Länsrätten i Södermanlands län mottagit en begäran om yttrande i mål nr 798-03 och 1537-03, dnr 2003/0234-29. Ärendet har handlagts av Michael Slavicek. Svar i ärendet, som inkom den 4 juli 2003 skulle inges senast den 1 augusti 2003, varför beslut fattades av kansliet.

- NOU har från Finansdepartementet mottagit en begäran om yttrande rörande motiverat yttrande från EG-kommissionen om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i Eskilstuna, dnr 2003/0241-29. Ärendet har handlagts av Charlotte Brunlid och Michael Slavicek. Svar i ärendet, som inkom den 14 juli 2003 skulle inges senast den 25 augusti 2003, varför beslut fattades av kansliet.

- NOU har mottagit begäran om yttrande rörande Ds 2003:36 Europeiska konventet om EU:s framtid, dnr 2003/0243-22. Ärendet handläggs av Magnus Nilsson. Svar skall lämnas senast den 4 september 2003.

- NOU har mottagit en möjlighet att inge skriftligt yttrande till EG-domstolen i mål C-234/03, dnr 2003/0248-29. Ärendet har handlagts av Michael Slavicek. Svar ingavs den 19 augusti 2003.

**§ 5 Beslut om remissyttrande angående Grönboken om tjänster i allmänhetens intresse.**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om hantering av Ds 2003:42 Elektroniskt kungörande.**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att beslut i ärendet kan fattas av kansliet.

**§ 7 Beslut om remissyttrande angående Europeiska konventet om EU:s framtid.**

Magnus Nilsson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 8 Beslut om Delrapport angående användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 3).

**§ 9 Beslut om yttrande angående Ny ordning för utfärdande av rättsintyg.**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 4).

**§ 10 Beslut om yttrande angående mål T 1289-03.**

Kristian Pedersen föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att handläggaren skall ansöka om anstånd till den 1 oktober 2003 att inge svar i ärendet. För det fall att sådant anstånd ej medges skall nämnden besluta om utformningen av yttrandet genom korrespondens.

**§ 11 Fastställande av dagordning och beslut om remissyttrande angående Europeiska konventet om EU:s framtid.**

Dagordningen ändras så att §§ 11 – 15 blir §§ 12 – 16. Frågan om beslut om remissyttrande angående europeiska konventet om EU:s framtid, § 7 återupptas. Nämnden fastställer, nu i Gunilla Hultings närvaro och efter ytterligare belysning, tidigare fattat beslut.

**§ 12 Beslut om Rapport angående sponsring.**

Andrea Sundstrand föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 5).

**§ 13 Kanslichefen informerar.**

Nämndledamöterna tilldelas Ekonomisk uppföljning juli 2003. Margareta Hentze föredrar förslag på justeringar i budgeten. Nämnden BESLUTAR att ändringar kan göras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 6).

**§ 14 Nämndledamöterna informerar.**

Bengt Agild informerar om en förfrågan som kommit honom till handa att vidarebefordra till personer som är kunniga inom offentlig upphandling rörande anställning som upphandlingsexpert vid The European Agency for Reconstruction i Thessaloniki.

Gunilla Hulting informerar om:

- att promemorian rörande bl.a. NOU:s framtid och sanktionsmöjligheter ännu bearbetas inom Regeringskansliet,
- förslagen till nya direktiv rörande offentlig upphandling bearbetats av rådet och kommer att behandlas av s.k. trepartsmöte,
- att statssekreteraren kommer att ha kontakt med EU:s kandidatländer och att han önskar ta del av intressanta frågeställningar även inom upphandlingsområdet att diskutera med dem.

**§ 15 Övriga frågor.**

Inga övriga frågor upptas.

**§ 16 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Lisbeth Edlund

Hans Ekman

**Bilagor**

1. Remissyttrande angående Grönboken om tjänster i allmänhetens intresse, dnr 2003/0235-22.
2. Remissyttrande angående Europeiska konventet om EU:s framtid, dnr 2003/0243-22.
3. Delrapport angående användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, dnr 2003/0047-28.
4. Yttrande angående Ny ordning för utfärdande av rättsintyg, dnr 2003/0228-29.
5. Rapport angående sponsring, dnr 2003/0039-28.
6. Ekonomisk uppföljning juli 2003, budget.

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 6 juni 2003 kl 09:30 – 14:00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Jonas Berggren Hans Ekman, deltar inte i beslut § 5 Dan Holke Gunilla Hulting Lisbeth Johnson, närvarande vid §§ 5 - 12 Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare och föredragande § 6 och § 7 Camilla Graf Morin, föredragande § 5 Magnus Nilsson, föredragande § 8 och närvarande vid § 9

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Bengt Agild utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze uppger att regeringen har beslutat att myndigheten får disponera hela anslagssparandet från år 2002 (dnr 2003/0211-10). Sparandet förslår ändå inte till den efterdebitering av pensionspremier för år 2001 - 2002 som ägde rum i maj månad 2003.

**§ 5 Beslut om yttrande angående Regeringsrättens mål nummer 998-2002.**

Lisbeth Edlund initierar en allmän diskussion om avtal som inte är tidsbegränsade.

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om yttrande angående antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 2).

**§ 7 Beslut om remissyttrande angående betänkandet Vårda vården.**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet samt att nämndledamöterna skall få del av ändringarna innan expediering sker (slutlig version bilaga 3).

**§ 8 Beslut om yttrande angående problem med att sälja kött av annat ursprung än från Sverige.**

Magnus Nilsson föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag (bilaga 4).

**§ 9 Kanslichefen informerar.**

- Magnus Nilsson informerar om det pågående tillsynsprojektet rörande efterannonsering.

- Margareta Hentze informerar om att NOU har fått del av Riksdagens revisorers förslag med anledning av upphandlingen vid Sveriges riksbank.

- Margareta Hentze informerar om att Camilla Graf Morin under hösten kommer att vara projektanställd vid Stockholms läns landsting (Landstingsrevisorerna), att Charlotte Brunlid kommer att vara frånvarande under hösten och att Kristian Pedersen kommer att beredas möjlighet att arbeta kvar på kansliet under hösten.

**§ 10 Nämndledamöterna informerar.**

Gunilla Hulting informerar om att:

- promemorian rörande bl.a. NOU:s framtid och sanktionsmöjligheter ännu bearbetas inom Regeringskansliet,
- referensgruppen rörande elektronisk upphandling har haft ett första sammanträde samt att
- möte med statssekreteraren kommer att hållas den 11 juni 2003.

- Michael Slavicek informerar om det Nordiska möte som hölls den 29 - 30 maj 2003 i Island.

**§ 11 Övriga frågor.**

Michael Slavicek informerar om de kontakter som tagits med Pia Nylöf vid Riksskatteverket rörande den fråga om moms som initierades av Lisbeth Johnson vid mötet den 23 april 2003. Nämnden anser inte att ärendet rymms inom myndighetens bevakningsområde, varför beslut fattas att inte utreda det vidare.

**§ 12 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Lisbeth Edlund

Bengt Agild

**Bilagor**

1. Yttrande angående Regeringsrättens mål nummer 998-2002, dnr 2003/0176-29.
2. Yttrande angående antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, dnr 2003/0047-28.
3. Remissyttrande angående betänkandet Vårda vården, dnr 2003/0161-22.
4. Yttrande angående problem med att sälja kött av annat ursprung än från Sverige, dnr 2003/0055-28.



## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 21 maj 2003 kl 09:30 – 11:50
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Jonas Berggren Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Lisbeth Johnson, närvarande under §§ 1 - 6 Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen. Margareta Hentze uppger att hon under § 8 Övriga frågor kommer att ta upp justering av Ekonomisk uppföljning. Lisbeth Johnson har initierat diskussion om beräkning av moms vid köp från utländska leverantörer, vilket kommer att diskuteras under § 8 Övriga frågor. Michael Slavicek kommer under § 6 Kanslichefen informerar, att informera om det studiebesök för de nordiska länderna som genomfördes i Washington den 19 – 21 februari 2003.

### § 3 Val av Justeringsman

Eva Sveman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze uppger att det inte sedan föregående nämndmöte inkommit några ärenden att anmäla.

**§ 5 Diskussion om Förstainstansrättens domar.**

Charlotte Brunlids referat av Förstainstansrättens dom i mål T-183/00 samt förslag till kommentarer till Förstainstansrättens domar i mål T-183/00 och T-4/01 har tidigare sänts till nämndledamöterna. Det BESLUTAS att domarna skall kommenteras i *NOUinfo juni 2003* i enlighet med de justeringar som föreslagits (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Kanslichefen informerar.**

- Charlotte Brunlid informerar om det pågående arbetet med delrapporten om antidiskrimineringsklausuler (ärende 2003/0047-28).
- Michael Slavicek informerar om det svar som kommer att tillsändas Deloitte & Touche i Norge rörande Systembolagets förhållande till reglerna om offentlig upphandling i ärende 2003/0209-29.
- Michael Slavicek informerar om det studiebesök för de nordiska länderna som omnämns i § 2.
- Margareta Hentze informerar om att möte kommer att hållas den 11 juni 2003 med statssekreteraren rörande mål- och resultatuppföljning.
- Margareta Hentze och Michael Slavicek informerar om att de den 19 - 20 maj 2003 medverkade vid konferens i Vilnius för UD:s räkning riktad till länderna runt Östersjön rörande förhindrande av korrupt beteende inom offentlig upphandling.
- Margareta Hentze tar upp frågan om kopiering av domar till nämndledamöter. Det BESLUTAS att de nämndledamöter som idag får sig tillsänt samtliga domar, framöver kommer att få endast domarna från kammarrätterna respektive Regeringsrätten samt kopior av de länsrättsdomar som handläggarna vid NOU finner särskilt intressanta.
- Hans Ekman uppger på fråga från Margareta Hentze att arbetet med justering av ALOS -81 avses påbörjas inom kort.

**§ 7 Nämndledamöterna informerar.**

- Jonas Berggren informerar om att Svenskt Näringsliv, Landstingsförbundet och Svenska Kommunförbundet den 10 juni 2003 kommer att arrangera en konferens, "Arena upphandling" vid vilken ett pris kommer att delas ut för "Bästa förfrågningsunderlag" och workshops kommer att hållas.
- Bengt Agild informerar om att Statskontoret inrättat ett "Inköpsråd" som skall diskutera frågor rörande offentlig upphandling under vilken en "handlingsgrupp" kommer att finnas. Bengt Agild kommer att ingå för Kommers-

PROTOKOLL 2003:05  
2003-05-21

kollegiums räkning i Inköpsrådet. Han kommer att vid nämndmötet den 6 juni 2003 informera ytterligare om rådet.

Gunilla Hulting informerar om följande:

- Nordiskt möte kommer att hållas under v. 22 på Island.
- Tidsplan har kommit för införlivandet av de nya direktiven enligt vilken Parlamentet skall avge en slutlig rapport i slutet av juli 2003.
- En referensgrupp till Arbetsgruppen om elektronisk handel bestående av representanter för bl.a. Svenskt Näringsliv, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Näringsdepartementet kommer att upprättas.
- Arbete pågår med utveckling av lagstiftning rörande marknadsskadeavgift samt NOU:s organisation.

**§ 8 Övriga frågor.**

Margareta Hentze delar ut förslag till justering av internbudget med anledning av att anslagssparandet får disponeras i sin helhet av NOU samt Ekonomisk uppföljning för april 2003. Nämnden **BESLUTAR** att internbudgeten skall fastställas i enlighet med Margareta Hentzes förslag (bilaga 2).

Diskussion om moms på anbud bordläggs till nämndmötet den 6 juni 2003. Hans Ekman inger en PM rörande hantering av moms i kommunala sektorn vid förvärv av varor och tjänster från annat EU-land (bilaga 3).

**§ 9 Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Lisbeth Edlund

Eva Sveman

**Bilagor**

1. Kommentarer rörande Förstainstansrättens domar i mål T-183/00 och T-4/01 till *NOUinfo juni 2003*.
2. Ny internbudget för år 2003.
3. PM "Momsens hantering i kommunala sektorn vid förvärv av varor och tjänster från annat EU-land".

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 23 april 2003 kl 09:30 – 13:00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Bengt Agild, ordförande Jonas Berggren, närvarande under §§ 1 - 7 Hans Ekman Dan Holke Lisbeth Johnson Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare och föredragande § 6 Camilla Graf Morin, föredragande § 5

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Lisbeth Johnson utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze anmäler följande ärenden:

- Revisionsberättelsen år 2003 var utan anmärkningar.
- NOU har yttrat sig över konstitutionsutskottets granskningsärende rörande regeringens agerande inom hundskoleområdet (diarienummer 2003/0151-22). Yttrandet finns att tillgå på NOU:s hemsida.
- SOU 2003:23 "Vårda vården" (Socialdepartementet) har inkommit för remissbehandling. Sammanfattningen distribueras under mötet. Charlotte Brunlid handlägger ärendet. Svar skall lämnas senast den 30 juni 2003. Om remissen kräver ett mer omfattande yttrande, blir ett extra nämndmöte för behandling av ärendet nödvändigt.

PROTOKOLL 2003:04  
2003-04-23

- Regeringsrätten har inkommit till NOU med önskan om yttrande i mål nr 998-2003, i vilket Landstinget Västernorrland är klagande och Berendsen Textil Service AB Malmö motpart. Svar skall lämnas efter nämndmötet den 6 juni 2003. Camilla Graf Morin handlägger ärendet.
- Margareta Hentze och Michael Slavicek har formellt förordnats av kommissionen till Rådgivande kommittén. Michael Slavicek har även förordnats till kommitténs arbetsgrupp för elektronisk handel.
- NOU har rörande tre mål i EG-domstolen fått begäran från Regeringskansliet om yttrande huruvida Sverige bör yttra sig i målen. Två ärenden (diarie-nummer 2003/0147-29 och 2003/0173-28) har besvarats. Det tredje skall besvaras inom kort (diarienummer 2003/0182-29).

**§ 5 Beslut om remissyttrande angående ”Upphandling vid Sveriges riksbank” SOU 2002/03:9.**

Camilla Graf Morin föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 1).

**§ 6 Beslut om remissyttrande angående betänkande av Byggekommisionen ”Skärpning gubbar”, SOU 2002:115.**

Charlotte Brunlid föredrar ärendet. Nämnden BESLUTAR att yttrandet skall expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnas vid sammanträdet (slutlig version bilaga 2).

**§ 7 Beslut om verksamhetsplan och internbudget.**

Nämndledamöterna har fått del av utkast till internbudget. Nämnden BESLUTAR att internbudgeten skall expedieras i enlighet med Margareta Hentzes förslag (slutlig version bilaga 3).

Nämndledamöterna har fått del av utkast till verksamhetsplan för år 2003. Nämnden BESLUTAR att verksamhetsplanen skall fastställas i enlighet med Margareta Hentzes förslag (slutlig version bilaga 4).

**§ 8 Kanslichefen informerar.**

- Margareta Hentze informerar om att kansliet för närvarande arbetar med programmet inför NOU:s upphandlingskonferens som kommer att äga rum den 23 oktober 2003. Programmet kommer att tillställas nämndledamöterna när det färdigställts. Margareta Hentze redogör för det preliminära innehållet i programmet.
- Michael Slavicek kommer att informera om det Nordiska mötet i USA vid nästa nämndmöte.

PROTOKOLL 2003:04  
2003-04-23

- NOU har fått del av informationsmaterial från regeringskansliet om utbildning av statliga styrelser. Materialet finns tillgängligt.

- Ett ärende har inkommit till NOU med fråga om sanktionsmöjlighet mot myndigheter som inte följer LOU och inte efterlever det som domstolen beslutat, diarienummer 2003/0163-21. Ärendet diskuteras.

#### § 9 Nämndledamöterna informerar.

- Lisbeth Johnson informerar om att ramavtalsverksamheten inom Statskontorets skall utredas.

- Eva Sveman informerar om att landstingen uppgett att lottningsförfarande inte används vid vare sig urvalsupphandling eller selektiv upphandling.

#### § 10 Övriga frågor.

Lisbeth Johnson uppger att hon fått en förfrågan rörande hänsynstagande till moms vid köp från utländska leverantörer. Ämnet skall diskuteras vid nämndmötet den 21 maj 2003. En skrivelse från RSV överlämnas (bilaga 5).

#### § 11 Mötet avslutas.

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Bengt Agild

Lisbeth Johnson

#### Bilagor

1. Yttrande angående "Upphandling vid Sveriges riksbank", Rapport 2002/03:9, dnr 2003/0059-22.
2. Remissyttrande över betänkande av Bygghögskolekommittén "Skärpning gubbar" SOU 2002:115, dnr 2003/0016-22.
3. Internbudget 2003, dnr 2003/0175-10.
4. Verksamhetsplan för år 2003, dnr 2003/0175-10.
5. Skrivelse från RSV, daterad den 6 mars 2002.

## Nämndsammanträde

Tid	Torsdagen den 20 mars 2003 kl. 09:30 – 12:30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Jonas Berggren Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Eva Sveman
Övriga närvarande	Kerstin Wiss Holmdahl, Svenska kommunförbundet t.o.m. 5 §
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Andrea Sundstrand, protokollförare Camilla Graf Morin, Magnus Nilsson, Kristian Pedersen och Linda Dahlström, närvarande vid §§ 5 och 7.

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden fastställer dagordningen.

### § 3 Val av Justeringsman

Gunilla Hulting utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningsärenden

Margareta Hentze anmäler följande punkter:

1. NOU har erhållit ett regeringsuppdrag att utreda förhållandet mellan LOU och sponsring. Andrea Sundstrand handlägger ärendet. Svar skall inges den 15 september, vilket innebär att ärendet kommer att föredras på nämndmötet i augusti 2003.

PROTOKOLL 2003:03  
2003-03-20

2. NOU har erhållit ett regeringsuppdrag avseende uppföljning av användningen av antidiskrimineringsklausuler. Charlotte Haag handlägger ärendet. En delrapport skall inges den 1 september 2003, vilket innebär att ärendet kommer att föredras på nämndmötet i augusti 2003. Slutrapport skall inges den 1 juli 2004. Diskrimineringsombudsmännen skall ges tillfälle att yttra sig över NOU:s utredning innan slutrapporten överlämnas till regeringen.

3. NOU har erhållit ett regeringsuppdrag avseende hur svenska upphandlande enheter upphandlar kött. Magnus Nilsson handlägger ärendet. 85 svenska kommuner har kontaktats med anledning av EG-kommissionens påståenden om upphandling i strid med direktiven. NOU har redan den 13 mars 2003 till regeringen rapporterat vilka åtgärder som kommer att vidtas. Slutlig rapport kommer att inges till regeringen när uppdraget är slutfört (inget fastlagt datum).

4. NOU har erhållit en remiss avseende Riksdagens revisorers rapport om konsultupphandlingar. NOU:s yttrande som handläggs av Camilla Graf-Morin skall inges efter påsk, vilket innebär att ärendet kommer att föredras på nämndmötet i april 2003.

#### § 5 Information om elektronisk upphandling

Hans Ekman meddelar att det stora EU-projekt som Kommunförbundet planerat för troligtvis inte blir av, eftersom staten inte kommer att tillskjuta de medel som behövs.

Kerstin Wiss Holmdahl berättar om det arbete som görs inom Kommunförbundet avseende elektronisk handel.

#### § 6 Beslut om yttrande till Näringsdepartementet angående "Tryggare medborgare – säker kommunikation", betänkande av RAKEL, dnr 2003/0015-22

Ett utkast till yttrande har sänts till nämndens ledamöter i förväg. Andrea Sundstrand redogör för ärendets handläggning. Nämnden BESLUTAR att yttrandet kan expedieras efter tillägg enligt de direktiv som lämnas (slutlig version bilaga 1).

#### § 7 Information om fackets syn på offentlig upphandling

Dan Holke informerar om fackets syn på offentlig upphandling.



**§ 8 Kanslichefen informerar**

Viktigare information kommer i brist på tid vid nämndmötet att utsändas per e-post.

**§ 9 Nämndledamöterna informerar**

Ingen övrig information lämnades av nämndledamöterna.

**§ 10 Övriga frågor**

Inga övriga frågor behandlades

**§ 11 Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Andrea Sundstrand

Justeras

Lisbeth Edlund

Gunilla Hulting

## Bilagor

1. Remissvar på betänkandet ”Trygga medborgare – säker kommunikation  
Förslag till gemensamt radiokommunikationssystem för skydd och säkerhet”  
(SOU 2003:10) från kommittén Radiokommunikation för effektiv ledning  
(RAKEL) (dnr 2003/0015-22)

## Nämndsammanträde

Tid	Fredagen den 14 februari 2003 kl 09:30 – 12:00
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Jonas Berggren Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Lisbeth Johnson (§§ 5 - 10) Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare Camilla Graf Morin, Magnus Nilsson och Andrea Sundstrand, närvarande vid diskussion om dom i mål nr 23378-02 E, § 9.

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden beslutar att dagordningen skall justeras så att § 7 läggs innan § 5, varigenom § 5 ”Fastställande av årsredovisning för 2002” blir § 6 och § 6 ”Beslut om budgetunderlag” blir § 7.

### § 3 Val av Justeringsman

Dan Holke utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

Margareta Hentze informerar om att det inte inkommit några anmälningssärenden sedan nämndmötet den 29 januari 2003.

**§ 5 Kanslichefen informerar.**

- Margareta Hentze informerar om att Åsa Edman kommer att vara tjänstledig under perioden 12 mars 2003 – 12 mars 2004. Vidare kommer Linda Dahlström att vara tjänstledig under delar av våren 2003 för att arbeta i ett projekt inom OECD rörande ansökarländerna till EU. Viss rekrytering har påbörjats.

- Margareta Hentze informerar om att statssekreteraren Jens Henriksson kommer att besöka NOU den 5 mars 2003.

- Margareta Hentze efterhör om nämndledamöterna har önskemål om vilka som skall inbjudas att fira NOU:s tioårsjubileum den 20 mars 2003.

- Margareta Hentze informerar om att NOU kommer att hålla en konferens den 23 oktober 2003, vid vilken ca 200 personer kommer att kunna delta.

- Margareta Hentze informerar om att kansliet har arbetat fram en miljöpolicy för NOU samt miljömål och handlingsplan för miljöarbetet vid NOU, vilka nämndledamöterna får del av. Ändringar kommer att göras i enlighet med förslag som framställs under sammanträdet (slutlig version bilaga 1 och bilaga 2).

**§ 6 Fastställande av årsredovisning för 2002.**

Nämndledamöterna har fått del av ett utkast till årsredovisning för 2002. Nämnden BESLUTAR att fastställa årsredovisning, resultaträkning, balansräkning, anslagsredovisning, finansieringsanalys, tilläggsupplysningar och noter efter justeringar enligt de direktiv som lämnas (slutlig version bilaga 3).

**§ 7 Diskussion om budgetunderlag 2004 - 2006.**

Nämndledamöterna har fått del av ett utkast till budgetunderlag för år 2004 – 2006. Nämnden BESLUTAR att fastställa budgetunderlaget efter justeringar enligt de direktiv som lämnas (slutlig version bilaga 4).

**§ 8 Nämndledamöterna informerar.**

- Jonas Berggren informerar om vad som hänt med den tidigare EKU-delegationen.

PROTOKOLL 2003:02  
2003-02-14

- Dan Holke informerar om att han vid nämndmötet den 20 mars 2003 kommer att informera om hur de fackliga organisationerna ser på offentlig upphandling.
- Hans Ekman informerar om att Kommunförbundet under v. 8 väntar besked från regeringen rörande utredningen om elektronisk upphandling.
- Gunilla Hulting informerar om att Kommissionens rådgivande kommitté har sänt kallelser till möten vid vilka rättsmedelsdirektivet kommer att behandlas. Det första mötet kommer att hållas den 11 mars 2003.
- Eva Sveman informerar om rättsmedelsdirektivet också kommer att behandlas i den rådgivande kommitté som hon sitter i.
- Michael Slavicek informerar om att han kommer att ingå som juridisk expert inom offentlig upphandling i "Working group on e-procurement", vilket är en arbetsgrupp som är organiserad under rådgivande kommittén. Första mötet kommer att hållas den 12 mars 2003.
- Michael Slavicek informerar om att han den 31 januari 2003 deltog i ett möte om PPPP som hölls i Köpenhamn. Vid mötet bestämdes att benämningen PPPP skall ersättas med Public Procurement Network (PPN) och att möten kommer att hållas en gång per år.
- Bengt Agild informerar om verksamheten inom SOLVIT.

**§ 9 Övriga frågor.**

- Margareta Hentze föreslår en justering av NOU:s beloppsgränser för direktupphandling.

Nämnden BESLUTAR att vid NOU skall fyra basbelopp tillämpas som beloppsgräns för direktupphandling av konsulttjänster och två basbelopp för standardtjänster och varor.

- Margareta Hentze initierar diskussion om sammanträdesdagar för nämndmöten under år 2003.

Nämnden BESLUTAR att resterande nämndmöten under år 2003 skall hållas vid följande tillfällen:

20 mars  
23 april  
21 maj  
6 juni  
26 augusti  
25 september  
22 oktober

19 november  
9 december.

- Eva Sveman initierar en diskussion om domen i mål nr 23378-02 E rörande lottnings vid urvalsupphandling. Diskussionen kommer att återupptas när domen vunnit laga kraft.

§ 10 **Mötet avslutas.**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Lisbeth Edlund

Dan Holke

## Nämndsammanträde

Tid	Onsdagen den 29 januari 2003 kl 09:30 – 13:30
Plats	NOU:s kansli, Stockholm
Närvarande nämndledamöter	Lisbeth Edlund, ordförande Bengt Agild Jonas Berggren Hans Ekman Dan Holke Gunilla Hulting Eva Sveman
Kanslitjänstemän	Margareta Hentze, kanslichef Michael Slavicek, chefsjurist Charlotte Brunlid, protokollförare Andrea Sundstrand, närvarande vid diskussion om ”public housing”, § 10.

### § 1 Mötets öppnande

Ordföranden öppnar mötet.

### § 2 Fastställande av dagordning

Nämnden beslutar om dagordningen i enlighet med det förslag som skickats ut tillsammans med kallelsen till mötet med den justeringen att *intern budget* under paragrafen 6 utgår.

### § 3 Val av Justeringsman

Hans Ekman utses att tillsammans med ordföranden justera protokollet.

### § 4 Anmälningssärenden

- Margareta Hentze anmäler att NOU erhållit regeringens regleringsbrev för år 2003. Regleringsbrevet distribueras under mötet.

- SOU 2003:10 ”Trygga medborgare – säker kommunikation” (Näringsdepartementet) har inkommit för remissbehandling. Sammanfattningen distribueras under mötet. Andrea Sundstrand handlägger ärendet. Svar skall lämnas senast den 24 mars 2003.

PROTOKOLL 2003:01  
2003-01-29

- SOU 2002:115 "Skärpning gubbar" (Finansdepartementet) har inkommit för remissbehandling. Sammanfattningen distribueras under mötet. Charlotte Brunlid handlägger ärendet. Svar skall lämnas senast den 25 april 2003.

**§ 5 Diskussion av textinnehåll i årsredovisning för år 2002.**

Margareta Hentze redogör för innehållet i utkast till årsredovisning 2002, som nämnden fått del av. Diskussion förs kring innehållet. Förslag till justeringar framställs av nämndledamöterna. Årsredovisningen kommer att ändras i enlighet med förslagen inför nämndsammanträdet den 14 februari 2003.

**§ 6 Diskussion om verksamhetsplan.**

Nämnden har fått del av utkast till verksamhetsplan för NOU år 2003. Margareta Hentze redogör för uppgifter som kommer att läggas till i verksamhetsplanen. Diskussion förs om ytterligare justeringar. Förslag framställs på verksamhet som NOU kan komma att bli engagerad i under år 2003. Verksamhetsplanen kommer att ändras i enlighet med förslagen inför nämndsammanträdet den 14 februari 2003.

**§ 7 Diskussion om budgetunderlag 2004 - 2006.**

Nämnden har fått del av utkast till budgetunderlag för år 2004 – 2006. Margareta Hentze redogör kort för innehållet i underlaget. Förslag till justeringar framställs av nämnden. Budgetunderlaget kommer att ändras i enlighet med förslagen inför nämndsammanträdet den 14 februari 2003.

**§ 8 Kanslichefen informerar.**

- Margareta Hentze redogör för den nya ansvarsområdesfördelning som framöver kommer att tillämpas inom kansliet.

- Margareta Hentze föreslår att alla protokoll från nämndmöten och beslut som fattats i nämnden läggs ut på NOU:s hemsida.

Nämnden **BESLUTAR** att alla de vid mötet närvarande ledamöternas namn får anges på NOU:s hemsida i samband med att alla nämndprotokoll och alla beslut som fattats i nämnden läggs ut på NOU:s hemsida.

- Michael Slavicek informerar om möte som hållits med van der Kwast hos Riksåklagaren rörande korruption vid offentlig upphandling.

**§ 9 Nämndledamöterna informerar.**

- Bengt Agild informerar om att webbplatsen "Gränslösa Affärer" kommer att läggas ned den 1 april 2003. Förslag på framtida behandling av informationen om databaser för annonser bearbetas för närvarande inom Kommerskollegium.



PROTOKOLL 2003:01  
2003-01-29

- Jonas Berggren informerar om att Svenskt Näringsliv tillsammans med Kommunförbundet och Landstingsförbundet den 10 juni 2003 kommer att hålla seminarium om offentlig upphandling: "Arena upphandling". Föredrag och workshops kommer att arrangeras. Pris kommer att delas ut för "Bästa förfrågningsunderlaget".
- Jonas Berggren informerar vidare om att ett tvådagarsseminarium kommer att arrangeras under oktober 2003 av UNICE i Oslo.
- Gunilla Hulting informerar om följande:
  - Jens Henriksson är ny statssekreterare med ansvar för upphandlingsfrågor,
  - de nya direktivförslagen rörande offentlig upphandling har ännu inte översänts till parlamentet,
  - arbetet med proposition om ändring av LOU har dragit ut på tiden. Något slutdatum kan inte anges.

§ 10 **Övrigt.**

Hans Ekman initierar en diskussion rörande undantaget om "public housing" i Artikel 9 i direktiv 93/37/EEG. Skälet till att regeln i 3 kap 23 § LOU togs bort vid lagändringen enligt proposition 1996/97:153 berörs.

Margareta Hentze redogör för planeringen inför firandet av NOU:s tioårsjubileum som skall äga rum i anslutning till nämndmötet den 20 mars 2003 samt för planeringen av en eventuell konferens under hösten 2003.

§ 11 **Mötet avslutas**

Ordföranden förklarar mötet avslutat.

Vid protokollet

Charlotte Brunlid

Justeras

Lisbeth Edlund

Hans Ekman



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

## *nou info*

NOU:s nyhetsbrev utkommer fyra gånger per år. Det är tillgängliga via Internet eller prenumeration från [Fritztes](#) för 298:- exkl. moms/år (telefon 08-690 91 90).

Det går även att beställa en kostnadsfri prenumeration på [e-postnyheter](#) från NOU.

[Oktober 2005](#) (PDF)

[Juni 2005](#) (PDF)

[Mars 2005](#) (PDF)

[December 2004](#) (PDF)

[Oktober 2004](#) (PDF)

[Juni 2004](#) (PDF)

[Mars 2004](#) (PDF)

[December 2003](#) (PDF)

[Oktober 2003](#) (PDF)

[Juni 2003](#) (PDF)

[Mars 2003](#) (PDF)

[December 2002](#) (PDF)

[Oktober 2002](#) (PDF)

[Juni 2002](#) (PDF)

[Mars 2002](#) (PDF)

[December 2001](#) (PDF)

[Oktober 2001](#) (PDF)

[Juni 2001](#) (PDF)

[Mars 2001](#) (PDF)

[December 2000](#) (PDF)

[Oktober 2000](#) (PDF)

[Juni 2000](#) (PDF)

[Mars 2000](#) (PDF)

[December 1999](#) (PDF)

[Oktober 1999](#) (PDF)

[Juni 1999](#) (PDF)

[Mars 1999](#) (PDF)

[December 1998](#) (PDF)

[Oktober 1998](#) (PDF)

[Juni 1998](#) (PDF)

[Mars 1998](#) (PDF)

[December 1997](#) (PDF)

[Oktober 1997](#) (PDF)



[Juni 1997](#) (PDF)

[Mars 1997](#) (PDF)

[Sammanställning 96](#)

(PDF)

[Sammanställning 93-95](#) (PDF)

NOU info redovisas i PDF-format. För att läsa dem behövs en PDF-läsare. Ladda hem [Acrobat Reader](#)

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

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se

## **Nya upphandlingsbestämmelser**

SID 4

## **Skyldigheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner**

SID 6

## **Antidiskrimineringsklausuler**

SID 16

<b>Förändring av regelverket</b>	4
Nya upphandlingsbestämmelser	4
<b>Upphandlande enhet</b>	5
Posten AB	5
Teracom AB tillhör den klassiska sektorn	5
<b>Annonsering</b>	5
Nya standardformulär	5
<b>Tillämpning av LOU</b>	6
Skyldigheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner	6
Beslut om att godkänna förfrågningsunderlag kan bli föremål för överprövning enligt LOU	7
Upphandlingar med inslag av ideella tjänster eller gåvor	8
<b>Upphandlingsförfaranden</b>	9
Förhandlad upphandling utan föregående annonsering – tekniska skäl och synnerlig brådska	9
Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt vid öppen upphandling	9
<b>Avbruten upphandling</b>	10
Beslut om att avbryta upphandling ogiltigförklaras	10
<b>Leverantörskvalificering/urval</b>	11
Otillåten komplettering av anbud	11
<b>Rättsmedel och processrättsliga frågor</b>	12
Skadeståndsmål i tingsrätt	12
Mål om talerätt för enskilda medlemmar i konsortium	13
Överprövningar i sak leder ofta till att upphandlingen skall rättas eller göras om	13
Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i mål om skadestånd vid offentlig upphandling	13
Begäran att inhämta ett yttrande eller förhandsavgörande	14
<b>Försörjningssektorerna</b>	14
Försörjningsdirektivets tillämpningsområde – drift och tillhandahållande av nät	14
<b>Miljö</b>	16
Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling	16
<b>Sociala hänsyn inkl arbetsrätt</b>	16
Antidiskrimineringsklausuler	16
<b>Övrigt</b>	16
ALOS 05 med kommentarer finns på engelska språket	16

NOU info ges ut av Nämnden för offentlig upphandling

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats: [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze  
NOU info utkommer  
fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81  
Pris: 298 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
[www.nou.se](http://www.nou.se)

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan,  
t. ex. "NOU info oktober -05"

Dnr 2005/0054-21

### NYA NOU INFO

NOU info utkommer  
fyra gånger per år  
och finns tillgänglig  
på NOU:s webbplats,  
[www.nou.se](http://www.nou.se). Där går  
det även att prenu-  
merera på en tryckt  
version, pris 298:-  
exkl. moms/år.

## NOU:s nyhetsbrev oktober 2005

NOU har piffat upp sig lite. Vi är förstas glada och stolta över att våra nyhetsbrev läses av en ganska vid krets, men har varit pinsamt medvetna om att layouten inte tillhört de ärtigaste. Kanske når vi nu en ännu större krets eller åtminstone gör läsningen lite mer angenäm för de redan trogna?

Den nya lagstiftningen närmar sig inte med stormsteg som vi hade förväntat! Den blir fördröjd, vilket givetvis är en stor besvikelse för oss alla som sysslar med offentlig upphandling och särskilt för dem som hoppats på att kunna utnyttja de fördelar som de nya direktiven innebär, men som inte är tillåtna enligt LOU. Proposition till ny LOU för den klassiska sektorn och en lag för upphandling inom försörjningssektorerna (nu under arbetsnamnet LUFSS) läggs inte förrän tidigast i mars 2006 och den nya lagstiftningen kan således inte vara på plats förrän allra tidigast 1 juli 2006, gissningsvis senare. NOU lär väl hamna i skottgluggen, när alla undrar hur man ska hantera regelsystem och blanketter under en tid då gammal lagstiftning gäller, samtidigt som nya direktiv trätt i kraft den 1 februari 2006. Vi har i skrivande stund inte några enkla tröstens ord, men återkommer självfallet med så utförlig hjälp som möjligt, exempelvis i vårt nyhetsbrev i december. Kanske något kan redas ut redan på våra konferensdagar.

Konferensdagarna i oktober 2005 blev fullbokade, vilket är väldigt trevligt för oss, men mindre trevligt för dem som inte kommit med. Problemet har särskilt gällt intresserade från försörjningssektorerna. En viss hjälp kan vara att vi lägger ut konferensmaterialet på vår webbplats efter konferenserna. Vi hoppas också kunna komma igen nästa år med flera konferenser, om det går att lösa en del resursproblem av formell natur.

Detta nyhetsbrev är minst sagt rättsfallstungt, ett ord som tyvärr är symptomatiskt för den här "branschen". Flera av rättsfallen är dock principiellt viktiga. Så hoppa inte över något!

Avslutningsvis vill jag också passa på att nämna att NOU fått en ny nämndledamot. Anna Lefevre Skjöldebrand från Sjukvårdens Leverantörernasförening (SLF) har ersatt Merit Israelsson fr.o.m. den 15 september.

Margareta Hentze

## Nya upphandlingsbestämmelser

NOU informerade om de huvudsakliga förslag som framförts av Upphandlings-utredningen 2004 med anledning av de nya EG-direktiven på upphandlingsområdet i NOU info mars -05, sid. 18. Efter det att EG-direktiven publicerades i EUT i april 2004 har alla medlemsstater 21 månader på sig att implementera dem i sin interna lagstiftning. Senast den 1 februari 2006 skall alltså EG-direktiven vara införlivade i nationell rätt.

Arbetet inom regeringskansliet med den svenska införlivningen har försenats och tidpunkten för bestämmelsernas ikraftträdande flyttats fram. Förseningen beror enligt regeringskansliet på att fristen för medlemsstaternas införlivningsarbete är förhållandevis kort för den svenska lagstiftningstraditionen och att regelverket är mycket omfattande

Enligt uppgifter till NOU kan en lagrådsremiss förväntas vara klar i december (vecka 50) 2005. Efter behandling i lagrådet kan en proposition om ny lag/nya lagar förväntas i mars 2006 för att beslutas av riksdagen under våren. En ny lagstiftning kan därmed förväntas träda i kraft allra tidigast den 1 juli 2006 men mer troligt under senare delen av nästa år.

Upphandlingsutredningen arbetar vidare med resterande delar av uppdraget (Tilläggsdirektiv 2005:39 till Upphandlingsutredningen 2004). Arbeta pågår för närvarande med

- en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU, bland annat om en beloppsgräns för direktupphandling bör fastställas och i så fall vilken,
- vissa bestämmelser om överprövning i 7 kap. LOU,
- de delar i EG-direktiven som behandlar frivilliga delar, det vill säga det nya förfarandet inom den klassiska sektorn, så kallad konkurrenspräglad dialog, och de nya inköpsmetoderna, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem som förekommer inom båda de nya direktiven,
- fördjupa de delar av betänkandet som avser inköpscentraler samt
- att särskilt beakta den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att

integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de av utredningen föreslagna ändringarna. Utredningen skall göra en fördjupad analys av möjligheten att införa bestämmelser som innebär att den upphandlande enheten bör ställa miljökrav eller sociala krav och även utreda om ILO:s konvention 94 som rör arbetsklausuler till exempel krav på villkor i enlighet med kollektivavtal i kontrakt där en offentlig myndighet är part, är förenlig med de nya EG-direktiven.

Utredningen är även fri att lämna de förslag i övrigt som utredningsarbetet kan föranleda. Utredningen skall slutligen göra en konsekvensanalys av de föreslagna ändringarna.

Utredningen och experterna räknar med att arbeta i vart fall hela januari 2006. Utredningens arbete i etapp två kommer således att presenteras under början av nästa år och därefter vidtar sedvanlig remissbehandling, eventuell behandling i lagrådet och proposition i riksdagen. Det är ännu för tidigt att sja om när dessa delar av lagstiftningen kan förväntas träda i kraft.

**I AVVAKTAN PÅ** den översyn av EG:s rättsmedelsdirektiv som inletts (NOU info juni -04, sid. 17) är det i nuläget inte fråga om en allmän översyn av bestämmelserna i 7 kap. LOU. Översynen är främst inriktad på åtgärder för att möta förseningar av upphandlingsprocesser med anledning av det stora antalet överprövningar sedan ändringen i LOU den 1 juli 2002. Utredningen skall undersöka om LOU bör kompletteras med en bestämmelse som medför att ett fel måste påtalas av en leverantör inom en viss angiven tid, annars går rätten förlorad (preklusion). En sådan regel skulle medföra att till exempel ett diskriminerande villkor som kan utläsas ur förfrågningsunderlaget måste påtalas inom en angiven tid räknad från sista anbudsdagen och inte kunna åberopas först efter anbudsutvärderingen.

Kommissionen har för avsikt att inom kort lägga fram förslag till nya rättsmedelsdirektiv som sedan skall behandlas på sedvanligt sätt. Dessa ändringar kommer sannolikt inte att införas i den svenska lagstiftningen inom de närmaste åren.

# Posten AB

I Upphandlingsutredningens betänkande SOU 2005:22 föreslås i enlighet med direktivbestämmelserna att postsektorn skall överföras från den klassiska sektorn till försörjningssektorerna och därmed följa reglerna i den föreslagna lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

I betänkandet föreslås att Sverige utnyttjar den maximala tiden för övergången innan de nya reglerna kommer att gälla i januari 2009. De som är upphandlande enhet enligt nuvarande 1 kap. 6 § LOU skall tillhöra den klassiska sektorn före övergången till försörjningssektorn. NOU har tidigare uttalat att Posten AB, såsom förhål-

landena var vid NOU:s granskning vid millennieskiftet, uppfyllde de i 1 kap. 6 § LOU uppställda kriterierna och var skyldig att tillämpa reglerna i LOU vid tilldelning av bolagets upphandlingskontrakt. Länsrätten i Stockholm har under våren gjort bedömningen att Posten AB omfattas av LOU. Posten har inte överklagat länsrättens dom varför Kammarrätten i Stockholm prövat endast vad leverantören yrkat och inte yttrat sig i frågan om Posten var en upphandlande enhet. Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd. NOU har tillskrivit Posten AB för att få klarhet i frågan på vilket sätt Posten AB mot bakgrund av de ovannämnda domarna har för avsikt att framgent följa reglerna i LOU.

# Teracom tillhör den klassiska sektorn



NOU har tidigare angivit att Teracom AB skulle tillämpa reglerna i 4 kap. LOU. NOU har under året avslutat diskussioner med Teracom AB. NOU och Teracom AB är numera överens om att Teracom AB tillhör den klassiska sektorn, då den verksamhet som bolaget

huvudsakligen bedriver är överföring av television och denna verksamhet inte består av drift eller tillhandahållande av ett sådant allmänt telekommunikationsnät som avses i 4 kap. LOU. Den verksamhet som Teracom AB bedriver blir således inte heller undantagen från lagens tillämpning enligt den kommande lagstiftningen.

# Nya standardformulär



Kommissionen har antagit nya standardformulär som skall användas vid annonsering av offentliga upphandlingar.

De nya formulären (annonserna) är anpassade till bestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven. De skall därför inte börja användas förrän de nya reglerna införlivats i den nationella lagstiftningen

dock senast vid utgången av införlivningsperioden. Enligt de besked NOU fått skall således de nya formulären användas från och med den 1 februari 2006, oavsett om någon ny svensk lagstiftning träder i kraft eller inte. Så snart mer information finns tillgänglig återkommer NOU i frågan och till de problem som eventuellt uppkommer.



## Skyldigheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner

EG-domstolen har den 21 juli 2005 meddelat en dom som bland annat behandlar frågan om vilka skyldigheter som uppstår för upphandlande enheter som skall tilldela tjänstekoncessioner som inte omfattas av upphandlingsdirektiven.

Dessa skyldigheter följer av EG-fördragets bestämmelser om fri etableringsrätt (artikel 43) och fri rörlighet för tjänster (artikel 49). Domen avser målet C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti* (nedan benämnd Botti kommun). Botti kommun tilldelade i december 1999 bolaget Padania ett kontrakt avseende administration, distribution och underhåll av nätet för distribution av metangas. Padania var ett bolag som till största delen var offentligtägt. Provinsen Cremona och i stort sett alla kommuner i denna provins var delägare i bolaget. Botti kommun ägde 0,97 procent av Padania. Coname överklagade kontraktstilldelningen och yrkade att beslutet skulle upphävas och gjorde gällande att tilldelningen av kontraktet borde ha föregåtts av en offentlig upphandling.

**DOMSTOLEN VILANDEFÖRKLARADE** målet och begärde förhandsbesked av EG-domstolen beträffande följande frågor.

”Utgör artiklarna 43, 49 och 81 EG-fördraget, i den del de innehåller ett förbud mot inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig i en annan medlemsstat, mot inskränkningar i friheten för medborgare i medlemsstaterna att inom gemenskapen tillhandahålla tjänster samt mot affärsmetoder och andra ageranden av företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom Europeiska unionen, hinder mot direkt tilldelning, det vill säga utan anbudsinfördran, av offentliga tjänstekontrakt avseende gasdistribution, till ett företag som är kommunalägt, när kommunens andel är så liten att den inte gör det möjligt att utöva en direkt kontroll över företagets verksamhet, och skall det följaktligen anses att villkoren för intern (in house) administration inte är uppfyllda när, såsom i förevarande fall, kommunens andel motsvarar 0,97 procent av kapitalet?”

Eftersom artikel 81 EG-fördraget inte var tillämplig i målet vid den nationella domstolen avstod EG-domstolen från att besvara frågan i den del som rörde artikel 81 EG-fördraget.

EG-domstolen konstaterade därefter att den natio-

nella domstolen ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 43 och 49 EG-fördraget utgjorde hinder mot att en kommun direkt, det vill säga utan föregående upphandling, tilldelar ett företag som huvudsakligen är offentligtägt en tjänstekoncession när kommunen äger 0,97 procent av företaget. EG-domstolen erinrade inledningsvis om att tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av tillämpningsområdet för något av upphandlingsdirektiven. Eftersom ett sådant regelverk saknades skulle gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner istället prövas mot bakgrund av de grundläggande friheter som föreskrivs i EG-fördraget.

EG-domstolen påpekade att, om den aktuella koncessionen kunde vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där kommunen var belägen, det vill säga i det aktuella fallet i en annan stat än Italien, och insyn samtidigt saknades i tilldelningsprocessen, innebar tilldelningen till ett företag i Italien en särbehandling till nackdel för företag i den andra medlemsstaten. I avsaknad av insyn hade företag i den andra medlemsstaten nämligen inte någon verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse av att tilldelas den aktuella koncessionen.

**EN SÅDAN SÄRBEHANDLING**, genom vilken samtliga företag i en annan medlemsstat uteslutits, utgjorde enligt EG-domstolen indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilken var förbjuden enligt artiklarna 43 och 49 EG-fördraget, om det inte förelåg sakliga skäl för en sådan diskriminering.

Enligt EG-domstolen framgick det dock inte av handlingarna i målet vid den nationella domstolen, om det på grund av särskilda omständigheter, till exempel att koncessionen hade mycket ringa ekonomiskt värde, var rimligt att anta att koncessionen i fråga inte skulle ha varit av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än Italien.

**DET ANKOM DÄRFÖR** på den nationella domstolen att pröva huruvida kommunens tilldelning av koncessionen till Padania uppfyllde de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebar en skyldighet att göra en anbudsinfördran (läs: annonsering NOU: s anmärkning.), bland annat möjliggjort för ett företag i en annan medlemsstat än i Italien att innan tilldelning skedde få tillgång till de uppgifter som krävdes, för att ge detta företag möjlig-

het, om det så önskade, att meddela sitt intresse av att tilldelas koncessionen. Om så inte var fallet, skulle det fastställas att det förelåg särbehandling till nackdel för företag i andra medlemsstater än i Italien.

Beträffande den omständigheten att Botti kommun ägde endast en liten andel av Padania angav EG-domstolen dels att denna ringa andel inte utgjorde några sakliga skäl för särbehandling av leverantörerna, dels

att kommunen inte kunde anses utöva sådan kontroll över Padania att reglerna om egenregiverksamhet kunde vara tillämpliga.

Eftersom Padania åtminstone till viss del var privatägt kunde bolaget inte anses utgöra en organisation för "intern" administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar i bolaget.



## NOU:s kommentar

EG-domstolen har i ett flertal tidigare domar uttalat att tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven. 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.

Huvudregeln är att en upphandlande enhet som skall tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk person (till exempel ett aktiebolag) först måste genomföra en upphandling. EG-domstolen har i tidigare domar uttalat att undantag från denna skyldighet kan gälla endast om den upphandlande enheten utövar en kontroll över den juridiska personen motsvarande den som enheten utövar över sin egen förvaltning, och den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. EG-

domstolen har hittills inte preciserat dessa förutsättningar närmare men har accepterat att så sker endast när det inte rör sig om ett upphandlingskontrakt utan en ren beställning från någon som har skyldighet att utföra arbetet, utan att kunna påverka huruvida uppdraget skall utföras, när det skall uppföras eller vilken ersättning den erhåller från beställaren. Bolag som till en del är privatägda kan enligt EG-domstolen inte utgöra sådana bolag som kan tilldelas egenregi uppdrag utan upphandling.

Av domen kan vidare utläsas att det följer av artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget att en upphandlande enhet som vill tilldela en tjänstekoncession som inte är av ringa ekonomiskt värde är skyldig att möjliggöra insyn på ett sådant sätt att leverantörer i andra medlemsstater att få kännedom om koncessionstilldelningen, så att de kan meddela sitt intresse av att lämna anbud. Skyldigheten att lämna insyn innebär dock inte nödvändigtvis att en annonsering enligt direktiven (det vill säga enligt LOU:s bestämmelser över tröskelvärdena) måste göras.

## Beslut om att godkänna förfrågningsunderlag kan bli föremål för överprövning enligt LOU

Enligt 7 kap. 5 § LOU får ett beslut, på vilket LOU är tillämplig, inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen. Detta innebär således att en så kallad laglighetsprövning enligt kommunallagen endast kan göras av beslut som inte omfattas av LOU.

Kammarrätten i Stockholm har i ett beslut den 17 juni 2005 (mål nr 4737-03) tagit ställning till huruvida en kommunal nämnds beslut om att godkänna ett förfrågningsunderlag omfattas av LOU eller om det kan laglighetsprövas enligt kommunallagen. Målet föranleddes av att en kommunmedlem överklagat den kommunala nämndens beslut om godkännande av förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten citerade inledningsvis bland annat EG-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle (tidigare refererad i NOU info mars -05), i vilken EG-domstolen bland annat uttalat att en ansökan om överprövning kan riktas mot en viljeyttring från den upphandlande enhetens sida angående ett kontrakt, så snart som denna yttring kan ha rättslig verkan och har passerat det stadium då åtgärderna endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande enhetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

Eftersom potentiella leverantörer enligt EG-rätten skall ges möjlighet att få innehållet i det förfrågningsunderlag som läggs till grund för anbudsinfordran prövat,

kunde godkännande av ett förfrågningsunderlag, enligt kammarrätten, inte anses som den upphandlande enhetens interna övervägande. Nämndens beslut om godkännande av förfrågningsunderlaget ansågs därför om-

fattas av LOU:s tillämpningsområde och fick därmed inte överklagas enligt 10 kap. kommunallagen.

Kammarrättens beslut överklagades den 5 juli 2005 till Regeringsrätten.

---

## Upphandlingar med inslag av ideella tjänster eller gåvor

I samhället förekommer allt oftare att det offentliga använder sig av frivilligt arbete eller donationer. NOU har flera gånger tillfrågats om gränsdragningen mot upphandling och vill därför utveckla ämnet något.

Ett upphandlingskontrakt är enligt upphandlingsdirektiven ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet. För att ett upphandlingskontrakt skall anses föreligga måste avtalet således innehålla ömsesidiga förpliktelser. Tydligast framgår detta av de danska språkversionerna av upphandlingsdirektiven, vilka uttryckligen anger att "gensidigt bebyggande avtal" 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.

Eftersom ett avtal måste innehålla ömsesidiga förpliktelser för att anses vara ett upphandlingskontrakt som omfattas av LOU, omfattas inte avtal avseende gåvor, oavsett om dessa består av kontanta medel eller av varor och tjänster som inte kräver någon form av motprestation.

**DET FÖREKOMMER ATT** upphandlande enheter erhåller gåvor eller arv. Till exempel kan en avliden person ha testamenterat sin konstsamling till ett museum eller ett läkemedelsföretag ha skänkt medicinsk utrustning till ett sjukhus. Det har också förekommit att dataföretag velat donera datorer till skolorna i en kommun. Vad den upphandlande enheten dock skall vara uppmärksam på, är situationen där någon donerar kontanta medel, och kräver att den upphandlande enheten ska köpa en vara eller tjänst från en viss leverantör för dessa medel. Även om någon bidrar till en upphandlande enhet med kontanta medel och kräver att enheten använder medlen för inköp av varor och tjänster från honom själv (eller berört bolag) eller någon av honom utpekad, skall dessa varor och tjänster upphandlas i enlighet med bestämmelserna i LOU. LOU blir dock inte tillämplig om gå-

vogivaren istället själv köper den aktuella tjänsten eller varan och skänker den till den upphandlande enheten utan krav på motprestation.

**TJÄNSTER SOM UTFÖRS** ideellt, det vill säga utan krav på betalning eller annan motprestation, behöver således inte upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Det finns dock inget som hindrar att en upphandlande enhet trots detta utnyttjar/tillämpar regelsystemet om det finns flera intresserade leverantörer. Även om tjänsteleverantörerna inte kan konkurrera med priset, eftersom ingen betalning utgår, kan den upphandlande enheten vara intresserad av att ställa vissa kvalificeringskrav på leverantörerna och av att utvärdera kvaliteten eller andra egenskaper hos de tjänster som olika leverantörer erbjuder. Vid så kallade blandade fäng, det vill säga avtal som innehåller inslag av både köp och gåva (eller utförande av tjänster för vilka ingen betalning utgår) bör avtalet enligt NOU: s mening normalt i sin helhet betraktas som ett avtal med ömsesidiga ekonomiska villkor. Detta är lämpligt, eftersom storleken av den ersättning som utgår för den del av avtalet som utgör köp oftast påverkas av att avtalet även innehåller leverans av varor eller tjänster för vilka ingen ersättning utgår. Ett avtal som innehåller inslag av både köp och gåva bör därför upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. I sammanhanget bör dock nämnas att ett krav, som innebär att en leverantör för att mot ersättning få leverera varor eller tjänster även skall åta sig att kostnadsfritt leverera andra varor eller tjänster, kan strida mot proportionalitetsprincipen och därför vara otillåtet.

Det torde dock inte finnas något hinder mot att, i en och samma upphandling, ge anbudsgivarna möjlighet att lämna anbud både på ett kontrakt som avser leverans av varor eller tjänster mot ersättning och på ett kontrakt som avser kostnadsfri leverans av varor eller tjänster, så länge det inte uppställs som krav att anbudsgivarna lämnar anbud på båda kontrakten för att kunna tilldelas något av dem.

## Förhandlad upphandling utan föregående annonsering – tekniska skäl och synnerlig brådska



EG-domstolen har den 2 juni 2005 meddelat dom i mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland.

Kommissionen väckte den 3 april 2002 talan mot Grekland och yrkade att EG-domstolen skulle fastställa att Grekland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt försörjningsdirektivet, genom att det offentliga företaget DEI tilldelat en leverantör ett kontrakt avseende konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering (se 4 kap. 16 § 3 och 4 p. LOU. Observera att p. 1 i den svenska språkversionen av domen är felöversatt, så tillvida att den anger att DEI tilldelats kontrakt. NOU:s anmärkning.).

**DEN GREKISKA REGERINGEN** gjorde gällande att DEI haft rätt att använda förhandlad upphandling eftersom endast den valde leverantören kunde utföra de aktuella arbetena med hänsyn dels till de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras och den underliggande jorden i området, och dels till att det var nödvändigt att koppla samman transportbanden med de redan befintliga. Enligt den grekiska regeringen var det även mycket brådskande att genomföra arbetena på grund av de frister som uppställts av ministeriet för miljö, planering och offentliga arbeten.

**EG-DOMSTOLEN ERINRADE** först om att bestämmelserna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering är undantagsbestämmelser som skall tolkas strikt, samt att den som vill tillämpa förhandlad upphandling utan

föregående annonsering har bevisbördan för att undantagsbestämmelserna är tillämpliga.

EG-domstolen ansåg att den grekiska regeringen inte på ett övertygande sätt visat att de aktuella arbetena på grund av tekniska skäl endast kunnat utföras av den valde leverantören. Varken de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras, instabiliteten hos den underliggande jorden eller den omständigheten att det var nödvändigt att koppla samman de nya transportbanden med de redan befintliga visade i sig att den valda leverantören var det enda företag i gemenskapen som hade nödvändiga kunskaper för att utföra de aktuella arbetena.

Den grekiska regeringen kunde inte heller anses ha visat att det förelegat synnerlig brådska till följd av någon omständighet som inte kunnat förutses. Att det var nödvändigt att utföra de aktuella arbetena inom de frister som uppställts av den behöriga myndigheten för miljökonsekvensbedömningar kunde nämligen inte anses utgöra synnerlig brådska till följd av en omständighet som inte hade kunnat förutses. Den omständigheten att en myndighet som skulle godkänna det aktuella projektet kunde uppställa frister ansåg EG-domstolen vara en förutsebar omständighet i förfarandet för godkännande av det aktuella projektet.

Mot denna bakgrund konstaterade domstolen att Grekland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/38, särskilt artiklarna 20.1 och 21 i direktivet, genom att DEI tilldelat leverantören kontraktet för konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering.

## Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt vid öppen upphandling

NOU har lämnat ett yttrande (dnr 2005/0172-29) till Länsrätten i Stockholms län i ett mål som avsåg Försvarsmaktens upphandling där NOU främst yttrat sig över frågan: Är det möjligt att i en öppen upphandling av tjänster 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 anser sammanfattningsvis att ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd såsom i det aktuella fallet strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU. Ett sådant villkor står enligt NOU:s uppfattning också 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.

NOU anser således att en öppen upphandling svårli- gen kan förenas med upphandlande enheters behov av att hemlighålla vissa uppgifter i upphandlingar. Detta måste i stället ske inom ramen för andra upphandlings- förfaranden, företrädesvis förenklad upphandling, och i enlighet med LOU:s bestämmelser. För det fall en upp- handling omfattas av sekretess gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU.

Yttrandet finns att läsa i sin helhet på NOU:s webb- plats under Publikationer, ärenden m.m. NOU återkom- mer med information om länsrättens dom när den har meddelats.

## Avbruten upphandling

# Beslut om att avbryta upphandling ogiltigförklaras

Länsrätten i Skåne län har den 26 maj 2005 meddelat dom i mål nr 4332-05 E avseende en avbruten upp- handling av lokalvård som genomförts av Kriminal- vårdsmyndigheten Kristianstad (KVM). Målet initierades av en leverantör som hävdade att KVM handlat i strid med LOU och EG-rätten genom att felaktigt avbryta upphandlingen. Istället för att avsluta upphandlingen först efter att den rättats i enlighet med vad länsrätten förordnat i tidigare dom (mål nr 15598-04 E) avbröt KVM upphandlingen.

I länsrätten valde KVM att inte kommentera sitt ageran- de i frågan om upphandlingen.

Länsrätten konstaterade att det av EG-domstolens dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00 följer att även ett beslut av en upphandlande enhet att avbryta en upp- handling skall kunna vara föremål för ett prövningsför- farande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledning att beslutet innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten på området offentlig upphandling och de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt. Istället för att vidta rättelse såsom länsrät- ten beslutat om i de tidigare målen, valde KVM att di- rektupphandla lokalvården genom att anlita det bolag

som tidigare skött denna. Först därefter lämnade KVM besked om att myndigheten av organisatoriska skäl hade beslutat att avbryta upphandlingen. Länsrätten fann att beslutet att avbryta upphandlingen under nu angivna omständigheter måste anses innebära ett åsidosättan- de av gemenskapsrätten på området offentlig upp- handling och de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt. På grund av det anförda ogiltigförklaras KVM:s beslut om att avbryta upphandlingen (KVM ges emellertid en rimlig tid för att fastställa den organisato- riska strukturen - 6 månader). Länsrättens dom i mål nr 15598-04 E gäller därmed alltjämt.

**BESLUTET OM** upphävande av KVM:s beslut om att avbryta upphandlingen överklagades av KVM till Kammarrätten i Göteborg. KVM gjorde gällande att LOU inte är till- lämplig i fråga om beslut att avbryta upphandling och att länsrättens dom således skulle undanröjas.

Den 30 juni 2005 meddelade kammarrätten dom i målet (mål nr 3844-05). Kammarrätten instämde i läns- rättens bedömning och avslog överklagandet.

Domen har överklagats till Regeringsrätten (mål nr 4333-05), men frågan om prövningstillstånd har ännu inte tagits upp.

## Otillåten komplettering av anbud

### §

Länsrätten i Göteborg har den 24 maj 2005 meddelat dom i mål nr 3309-05 avseende en förenklad upphandling av ramavtal (företagshälsovårdtjänster) som Göteborgs Stads Upphandlingsaktiebolag (Upphandlingsbolaget) genomfört.

Den klagande leverantören anförde följande i länsrätten. Två andra anbudsgivares anbud i upphandlingen borde ha förkastats, med hänsyn till att anbuden inte uppfyllde uppställda skall-krav. På grund av att Upphandlingsbolaget inte förkastade anbuden har man brutit mot 1 kap. 4 § LOU. Den klagande leverantören hävdade att en anbudsgivare endast får rätta uppenbara fel. I ifrågasvarande två anbud har respektive anbudsgivare tillåtits ändra ett nej till ett ja avseende ett skall-krav, vilket inte är ett förtydligande utan en ren ändring av anbudet. Vidare menade den klagande leverantören att inte heller i efterhand hade Upphandlingsbolaget bort tillåta en av anbudsgivarna att komplettera sitt anbud med en kopia av en ansvarsförsäkring.

**UPPHANDLINGSBOLAGET INVÄNDE** i länsrätten att de två anbudsgivarna som hade svarat nej på ett skall-krav hade kontaktats för ett förtydligande, då de uppenbarligen feltolkat denna punkt. Upphandlingsbolaget stödde sig på 32 § avtalslagen som behandlar så kallade förklaringsmisstag. I detta fall skulle det av 32 § avtalslagen följa att en upphandlande enhet har en skyldighet att begära kompletteringar eller förtydliganden i de fall man insett att ett anbud innehåller en felskrivning eller annat uppenbart misstag.

Länsrätten angav följande i sina domskäl. Vid en förenklad upphandling får den upphandlande enheten medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökan om att få lämna anbud. Enligt 6 kap. 8 § och 1 kap. 21 § LOU får den upphandlande enheten begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbe-

gränsning. Den upphandlande enheten får, enligt 6 kap. 8 § (NOU:s anmärkning) och 1 kap. 21 § tredje stycket LOU, begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 6 kap. 9 § (NOU:s anmärkning) och 1 kap. 17 och 18 §§ LOU. En uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel i anbudet kan alltså rättas av anbudsgivaren. Regeln har inte någon direkt motsvarighet i tjänstedirektivet (jämför dock artikel 34) utan faller tillbaka på äldre regler för offentlig upphandling. Istället kan regeln sägas ha sin grund i 32 § avtalslagen som behandlar så kallade förklaringsmisstag.

**SLUTLIGEN KONSTATERADE** länsrätten att anbudsgivarna inte på eget initiativ hade rättat sina anbud utan att kontakten hade tagits av Upphandlingsbolaget, som fått besked från anbudsgivarna att de missförstått frågan och att de därefter ändrat svaret nej till ett ja. Under sådana förhållanden fann länsrätten att det varit fråga om en ren ändring av anbuden och att anbudsgivarna hade särbehandlats. Därmed brast upphandlingen i affärsrämsighet enligt 1 kap. 4 § LOU. Länsrätten beslutade, med anledning av att anbudsutvärderingen gjorts på felaktigt sätt, att den lämpligaste åtgärden var att rätta upphandlingen.

Beslutet om att upphandlingen skulle rättas överklagades av Upphandlingsbolaget till Kammarrätten i Göteborg. I kammarrätten anförde Upphandlingsbolaget att det skett en rättelse av uppenbara fel och således inte en ändring av anbuden. Vidare menade Upphandlingsbolaget att anbudsgivarna som fått sina anbud rättade särskilt hade försäkrat att de hade accepterat förfrågningsunderlagets villkor och på så sätt skulle det ha stått klart att de hade gjort ett uppenbart misstag.

Den 27 juni 2005 meddelade Kammarrätten i Göteborg dom i målet (mål nr 3779-05). Kammarrätten instämde i länsrättens bedömning och ändrade därför inte den överklagade domen.

Domen har överklagats till Regeringsrätten (mål nr 4132-05), men frågan om prövningstillstånd har ännu inte tagits upp.

## Skadeståndsmål i tingsrätt



Kristianstads tingsrätt har i dom (mål nr T 733-04) beslutat att Region Skåne skall utge skadestånd om 23 091 544 kr jämte ränta till GE Medical Systems Sverige AB (GEMS). Målet som är överklagat till hovrätten rör en upphandling av ett diagnostiskt centrum till Universitetssjukhuset i Malmö (MAS).

Upphandlingen som omfattade olika medicintekniska utrustningar var enligt tingsrätten en av de största upphandlingarna i sitt slag i Europa det året. Upphandlingen hade tidigare varit föremål för prövning i förvaltningsdomstol. Länsrätten hade den 13 maj 2003 funnit att Region Skåne brutit mot LOU genom att övergå från öppen upphandling till förhandlad upphandling utan stöd i lag samt genom att vid bytet av förfarande tillföra varor i upphandlingen som medfört att upphandlingen väsentligen förändrats. Länsrätten förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett. Region Skåne meddelade den 3 juni samma år att man inte avsåg att verkställa domen eftersom den, enligt Regionen, var en nullitet.

**GEMS VÄNDE SIG** då åter till länsrätten, som efter beslut i kammarrätten om att res judicata<sup>1</sup> inte förelåg, tog upp målet till prövning. Kammarrätten menade att res judicata inte förelåg eftersom länsrättens första dom tog sikte på beslut under upphandlingen till och med tilldelningsbeslutet. Den nya ansökan om prövning avsåg ett senare led i beslutsfattandet, nämligen regionens fortsatta beslutsfattande efter länsrättens dom. Länsrätten förordnade i dom den 23 oktober 2003 att upphandlingen på grund av att regionens agerande i samband

med den aktuella upphandlingen innebar en allvarlig överträdelse av bestämmelserna i LOU, skulle göras om.

Efter överklagande från Region Skåne av denna senare dom, fastslog kammarrätten i dom den 21 april 2004 att regionens agerande efter domen var att betrakta som nya upphandlingar, vilket innebar grova åsidosättanden av reglerna i LOU. Region Skåne verkställde inte heller kammarrättens dom.

Tingsrätten gjorde i skadeståndsmålet bedömningen att upphandlingsförfarandet stred mot LOU genom att upphandlingsvolymen utvidgades med 11 miljoner kr, vilket innebar en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och volymen för upphandlingen. Vidare uppgav tingsrätten att Region Skåne övergick till förhandlad upphandling utan att förutsättningarna enligt 2 kap. 10 eller 11 §§ LOU var uppfyllda. Utvärderingen var enligt tingsrätten felaktig, eftersom Regionen utvärderade kombinationer av anbud som inte var förutsägbara utifrån innehållet i förfrågningsunderlaget. Dessutom gavs priset en större betydelse vid utvärderingen än vad som kunnat utläsas av utvärderingskriterierna, vilket enligt tingsrätten medförde en uppenbar risk för diskriminering.

Tingsrätten bedömde att det saknades anledning att ifrågasätta de priser som skadeståndsyrdandet grundades på, eftersom det hänvisades till listpriser. Skadestånd utgavs för den uteblivna handelsvinsten. Tingsrätten bedömde att skadestånd även för det negativa kontraktsintresset i detta fall skulle innebära en överkompensation.

NOU återkommer i ärendet när hovrätten meddelat dom.

### NOU:s kommentar

NOU vill påminna om att det i rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG stadgas att medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtgälds. Sverige, som förutsett att de upphandlande enheterna rättar sig efter

domstolarnas domar, har hittills inte infört några sådana regler. NOU noterar dock att det finns flera enheter som uttryckligen negligerat det som en domstol förordnat om och i vissa fall utan att ens ha försökt få en annan utgång i tvisten genom att överklaga underinstansens dom. Detta kan i sin tur kräva att ny lagstiftning införs som framtvingar något så självklart som att domstolens domar åtföljs.

<sup>1</sup> Rättsak som inte tas upp till prövning då den redan är avgjord genom lagakraftvunnen dom.

# Mål om talerätt för enskilda medlemmar i konsortium

EG-domstolen har meddelat förhandsbesked i mål nr C-129/04 mellan Espace Trianon SA och Société wallone de location-financement SA (Sofibail) och Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM).

I målet hade följande frågor ställts:

a) huruvida medlemmarna i ett konsortium, som inte är en juridisk person och som i egenskap av konsortium deltagit i en offentlig upphandling men inte tilldelats kontraktet, endast gemensamt har rätt att föra talan mot beslutet om tilldelning av kontrakt.

b) om svaret på fråga a) skulle bli ett annat om medlemmarna i konsortiet väckt talan gemensamt, men talan från en av dem avvisas samt

c) om art. 1 i direktiv 89/665/EEG utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär ett förbud för

en enskild medlem i ett konsortium att individuellt eller i egenskap av medlem eller i sitt eget namn, föra talan mot tilldelningsbeslutet.

**EG-DOMSTOLEN GJORDE** bedömningen att artikel 1 i direktiv. 89/665/EEG skall tolkas så att den inte utgör hinder mot att medlemmarna i ett konsortium som inte är en juridisk person och som i egenskap av konsortium har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling och därvid inte tilldelats kontraktet, enligt nationell rätt endast gemensamt har rätt att föra talan mot beslutet om tilldelning av kontraktet. EG-domstolen menade att enbart en enskild medlem av konsortiet däremot inte har rätt att individuellt föra talan mot beslutet. Detsamma gäller, enligt domstolen, om samtliga medlemmar i ett sådant konsortium agerar gemensamt, men talan som väckts av en av medlemmarna avvisas.

---

## Överprövningar i sak leder ofta till att upphandlingen skall rättas eller göras om

NOU har vid genomgång av svenska rättsfall konstaterat att ungefär 30 procent av de överprövningar som görs i sak (det vill säga då ansökan inte avvisas på grund av att den kommit in för sent eller att upphandlingen avbrutits) leder till bifall. Bland de många mål som inte räknas som bifall till ansökan, finns dock även sådana som inte

prövats i sak, men i vilka den sökande leverantören vunnit framgång, eftersom upphandlingen ändå rättats till eller avbrutits av den upphandlande enheten. NOU kan därför inte vitsorda de uppgifter som ibland förekommer att endast ett mycket litet antal överprövningsmål leder till framgång för leverantören.

---

## HD har meddelat prövningstillstånd i mål om skadestånd vid offentlig upphandling

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i mål om skadestånd vid offentlig upphandling. NOU har i NOU info juni -05 redogjort kort för målet, i vilket NOU yttrat sig. NOU: s yttrande med dnr 2004/0261-22

finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

NOU återkommer med information om målet när det slutligt avgjorts.



# Begäran att inhämta ett yttrande eller förhandsavgörande

Inte sällan förekommer det att någon av parterna begär att domstolen skall inhämta ett yttrande från NOU eller förhandsavgörande från EG-domstolen. Yrkandena avslås ofta utan någon närmare motivering. Ingen svensk domstol har hittills begärt ett förhandsavgörande i en upphandlingsfråga från EG-domstolen. Domstolarna är ganska sparsamma även med att begära ett yttrande från NOU.

NOU kan normalt inte neka en domstol att svara på en fråga. Av resursskäl uppskattar NOU om frågorna från domstolarna inte är för många och att rättsfrågan begränsas och klart definieras. I avsaknad av entydig rättspraxis besvaras flera frågor med hänvisning till uttalan-

den i EG-domstolens domar. NOU kan dock knappast vägra att svara med hänvisning till att det varit lämpligare att frågan ställts till EG-domstolen.

JUSTITIEDEPARTEMENTET HAR i en promemoria föreslagit att en domstol, när någon av parterna begär att förhandsavgörande skall inhämtas, skall lämna ett uttryckligt och motiverat beslut i frågan huruvida den är skyldig att begära ett besked om tolkningen av EG-rätten. Lagändringen skall enligt förslaget träda i kraft den 1 januari 2006. EG-kommissionen har i ett motiverat yttrande kritiserat svenska domstolar för att de högsta instanserna är återhållsamma med att begära besked från EG-domstolen om tolkningen av gemenskapsrätten.

## Försörjningssektorerna

# Försörjningsdirektivets tillämpningsområde – drift och tillhandahållande av nät

EG-domstolen har den 16 juni 2005 meddelat dom i förenade målen C-462/03 och C-463/03 Strabag AG och Kostmann GmbH mot Österreichische Bundesbahnen. I domen som rör försörjningsdirektivet (93/38/EEG) behandlas bland annat försörjningsdirektivets tillämpningsområde med avseende på drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg.

Österreichische Bundesbahnen (nedan kallat ÖBB) är ett bolag som till 100 procent ägs av den österrikiska staten. Bolaget har till uppgift att bedriva person- och godstransporter samt att uppföra och underhålla den infrastruktur som är nödvändig för denna verksamhet.

ÖBB påbörjade i december 2000 ett antal upphandlingar av bland annat anläggningsarbeten med armerad betong, andra anläggningsarbeten för järnvägar, byggande av järnvägsbroar, gräv-, schakt-, markutjämningsarbeten samt anläggande av brunnar, tunnlar och underjordiska gångar i anslutning till anläggandet av eller utbyggnaden till dubbelspår på vissa järnvägssträckningar. Både Strabag och Kostmann lämnade anbud i (vissa av) dessa upphandlingar, men båda bolagens anbud förkastades av ÖBB.

Både Strabag och Kostmann överklagade då ÖBB:s beslut till domstolen Bundesvergabeamt. Som grund för

överklagandet anförde bolagen i huvudsak att ÖBB inte haft rätt att tillämpa förhandlad upphandling. Bundesvergabeamt beslutade då att begära förhandsavgörande från EG-domstolen avseende bland annat följande frågor.

”1) Skall artikel 2.2 c i direktiv 93/38/EEG tolkas så, att det, i motsats till vad som gäller för övriga verksamhetssektorer som anges i artikel 2.2 i detta direktiv, i fråga om transportsektorn ’endast’ är drift av nät som skall anses som sektorsverksamhet (det vill säga verksamhet inom försörjningssektorerna NOU:s anmärkning.).

2) Vilka typer av verksamhet omfattas av begreppet ’drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg’ i den mening som avses i artikel 2.2 c i direktiv 93/38/EEG? I vilken utsträckning skall arbeten avseende infrastrukturen anses omfattas därav? I vilken utsträckning skall sådana arbeten anses omfattas av begreppet ’tillhandahållande av nät’?

Som svar på de två första frågorna uttalade EG-domstolen att frågan huruvida direktiv 93/38 är tillämpligt beror på den verksamhet som den upphandlande enheten bedriver och på banden mellan denna verksamhet och den upphandling som enheten skall göra. Om den upphandlande enheten bedriver någon av de verksamheter som nämns i artikel 2.2 i direktiv 93/38 och vid bedrivandet av en sådan verksamhet av-

ser att genomföra en offentlig upphandling av tjänster, bygg- och anläggningsarbeten eller varor är direktivets bestämmelser tillämpliga på den upphandlingen.

Beträffande den tredje frågan konstaterade EG-domstolen att den ”bygger på den premissen att infrastrukturarbeten av det slag som de som avses i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/38, eftersom sådana arbeten, enligt den hänskjutande domstolen,

kan likställas med ”ett tillhandahållande” av transportnät och denna verksamhet inte förekommer bland de verksamheter som uttryckligen nämns i artikel 2.2 c i direktivet. Det är en felaktig premiss.” Frågan huruvida direktiv 93/38 är tillämpligt är i själva verket beroende av ”den verksamhet som den berörda upphandlande enheten bedriver och relationerna mellan denna verksamhet och den upphandling som enheten i fråga planerar att genomföra.”



## NOU:s kommentar

Av 4 kap. 1 § 1 st. 1 p. LOU framgår att bestämmelserna i 4 kap. LOU skall tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av 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. Beträffande vatten-, el-, gas och värmeområdena omfattas således både verksamheter som består av drift av nät och verksamheter som består av tillhandahållande av nät av bestämmelserna i 4 kap. LOU.

Av 4 kap. 1 § 1 st. 3 p. LOU framgår beträffande transportsektorn att bestämmelserna i 4 kap. LOU skall tillämpas vid upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Bestämmelsen bygger på försörjningsdirektivets artikel 2.2 (c). Beträffande transportsektorn omfattas således endast sådana verksamheter som består av drift av nät av bestämmelserna i 4 kap. LOU. Verksamheter som består av tillhandahållande av transportnät nämns således inte i 4 kap. LOU.

NOU har i sitt remissyttrande (dnr 2005/0066-22) över Upphandlingsutredningens delbetänkande SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler uttalat följande beträffande de aktuella bestämmelserna. ”NOU vill upplysningsvis informera om att direktiv 93/38/EEG endast omfattar drift av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter, inte tillhandahållande av detsamma. EU-rådet missade helt enkelt att ta med ordet ”tillhandahållande av nät” i det förra direktivet. I det nya direktivet har detta korrigerats och därför införs nu regeln att även tillhandahållande av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter omfattas av direktivreglerna. Skillnaden klagas tydligast om man ser till den skillnad på verksamhet som bedrivs av å ena sidan Statens Järnvägar AB och å andra sidan Banverket.”

Den ovan refererade domen från EG-domstolen visar, till skillnad från vad Bundesvergabebamt förefaller ha antagit när den ställde sina frågor, att det som avgör om försörjningsdirektivet är tillämpligt inte är vad som upphandlas utan för vilken verksamhet det upphandlas. Det avgörande för om försörjningsdirektivet var tillämpligt i målen vid Bundesvergabebamt var således, enligt EG-domstolen, inte att det var infrastrukturarbeten som upphandlats, utan frågan huruvida dessa infrastrukturarbeten upphandlats för verksamhet bestående av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg.

## Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling

Kommissionens handbok om miljöanpassad offentlig upphandling "Att köpa grönt" som tidigare omnämndes i NOU info oktober -04 finns nu på svenska. Den finns

att ladda ner på: [http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/pdf/handbook\\_sv.pdf](http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/pdf/handbook_sv.pdf).

## Antidiskrimineringsklausuler



Regeringen har vid ett flertal tillfällen gett uttryck för att även offentlig upphandling bör kunna användas i syfte att främja socialpolitiska målsättningar.

Som en följd av detta har samhällsfrågorna i samband med offentlig upphandling ägnats särskild uppmärksamhet i flera utredningar. Regeringen har även uttryckt att den anser det vara angeläget att myndigheterna utnyttjar möjligheten att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling.

Den utvärdering som NOU gjort av användningen av antidiskrimineringsklausuler i offentliga upphandlingskontrakt visar att endast ett fåtal upphandlande enheter

använde sig av sådana klausuler. NOU har på regeringens uppdrag förberett insatser för att öka användningen av antidiskrimineringsklausuler i offentliga kontrakt genom att ge såväl beslutsfattare som upphandlare en orientering om möjligheterna att använda dem. NOU är efter hörande av Ombudsmännen mot diskriminering, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och AMS i det närmaste färdig med en broschyr om användningen av antidiskrimineringsklausuler. NOU har för avsikt att informera om broschyren vid NOU:s upphandlingskonferenser den 19 - 21 oktober 2005 och även distribuera broschyren till flertalet upphandlande enheter. Den kommer givetvis även att återfinnas på NOU:s webbplats.

## ALOS 05 med kommentarer finns på engelska språket

ALOS som betyder Allmänna bestämmelser för Leverans till den Offentliga Sektorn är ett standardavtal som är lämpligt att utnyttja om man inte anser att speciellt utformade leveransvillkor bör anges vid upphandlingen. Om inte annat kan avtalet tjäna som en checklista för vad som åtminstone bör ingå i ett upphandlingskontrakt.

NOU vill informera om att ALOS 05 med kommentarer även finns översatt från svenska språket till engelska, vilket kan underlätta användningen av dessa leveransvillkor även i internationella kontrakt. Standardavtalet med kommentarer kan rekvideras kostnadsfritt från Sveriges Kommuner och Landsting ([www.skil.se](http://www.skil.se)) och Statskontoret ([www.statskontoret.se](http://www.statskontoret.se)).

## NOU:s nyhetsbrev juni 2005

Det är så mycket som hänt och händer runt upphandlingsområdet att det är lätt att glömma att ni alla sitter och sliter med vardagsjobbet att fortlöpande trygga den offentliga sektorns behov av varor och tjänster.

Ett nytt regelverk ska komma på plats, men i olika omgångar, först över tröskelvärdena 2006, sedan under tröskelvärdena (2007?) och sedan rättsmedlen (2008??) där ställningstaganden skall ske och synpunkter utformas och där tolkningsproblemen kommer att bli många innan helheten är klar.

Den elektroniska handeln ska utvecklas i mycket snabbare takt och handlingsplaner antas.

Flera samhällspolitiska mål ska eftersträvas genom upphandlingen.

Samtidigt ska vi spara, spara, spara.

Vilka hänger med i utvecklingen vid sidan av det ordinarie upphandlingsarbetet?

Apropå samhällspolitiska mål så arbetar NOU (i enlighet med sitt regeringsuppdrag att få den offentliga sektorn att använda antidiskrimineringsklausuler) med att få fram en förhoppningsvis lättillgänglig broschyr om sådana. Den ska presenteras på våra konferenser i oktober, men kommer givetvis också att läggas ut på vår webbplats. Tanken är att i den tydliggöra vad som kan antas vara lämpligt och acceptabelt utifrån de principer som styr upphandlingen, inkl. vad som krävs av beställaren beträffande uppföljning. Den klausul som NOU tidigare utarbetat kan naturligtvis användas även framdeles, även om det på många håll önskas en mer långtgående klausul, som är tuffare mot leverantörerna. Förhoppningsvis har den upphandlande enheten dessförinnan rensat i eget bo så man kan föregå med gott exempel!

Och därefter hoppas jag att ni får en riktigt skön sommar!

Margareta Hentze

PS. Observera att telefonservicen i upphandlingsfrågor är begränsad i sommar. Se närmare i nyhetsbrevet eller på webbplatsen.

## Innehåll

Upphandlande enhet.....	3
Beslut från Regeringsrätten angående SVT .....	3
Tillämpning av LOU .....	3
Överlåtelse av ett upphandlat avtal .....	3
Förfrågningsunderlaget .....	4
Utmärkelsen bästa förfrågningsunderlag.....	4
Personalkooperativ som vill lämna anbud i offentlig upphandling .....	4
Annonsering .....	4
Leverantörskvalificering/urval .....	5
Möjligheten att utesluta leverantörer som överträtt konkurrensrättsliga regler .....	5
Proportionalitetsbedömning av kvalificeringskrav .....	5
Transparens beträffande uteslutningsgrunder.....	7
Avbruten upphandling .....	8
Förhandsavgörande från EG-domstolen angående avbruten upphandling .....	8
Avtal.....	9
ALOS 05 ersätter ALOS 81 .....	9
Ramavtal .....	9
Rapport från Riksrevisionen .....	9
Osäkra besparingar genom statliga ramavtal.....	9
Rättsmedel och processrättsliga frågor .....	10
Yttrande till Högsta domstolen rörande skadestånd vid offentlig upphandling .....	10
Vägverkets upphandling av utrustning m.m. för hantering av trängselskatter .....	10
Miljö.....	10
Dom angående otillåten miljöverksamhet .....	10
Tjänsteupphandling .....	11
Upphandling av konstnärliga tjänster.....	11
Förändring av regelverket .....	11
Upphandlingsutredningens delbetänkande.....	11
Synpunkter på Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner .....	12
Övrigt .....	12
Betänkandet om Regeringens stabsmyndigheter.....	12
EG-domstolen underkänner det svenska Apoteksmonopolet .....	13
Arkivbestämmelser .....	13
NOU:s telefonservice i sommar .....	14
NOU:s upphandlingskonferens .....	14

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Vasagatan 44  
111 20 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 298 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -05"

## Upphandlande enhet

### Beslut från Regeringsrätten angående SVT

NOU har i *NOU info mars-05* informerat om att Kammarrätten i Stockholm fastställt att SVT är en upphandlande enhet. Regeringsrätten har den 31 maj beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet. Kammarrättens avgörande står därför fast.

## Tillämpning av LOU

### Upphandlingskontrakt eller inte?

NOU har lämnat ett remissyttrande (2005/0004-22) över betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (Ds 2004:54), s.k. ensamkommande barn.

NOU anser att frågan om det uppstår ett upphandlingskontrakt mellan staten genom Migrationsverket och den ”avtalskommun” som placerar barnet, kan bli föremål för en slutlig bedömning först när den slutliga utformningen fastslagits. Frågan om en offentligrättslig reglering föreligger eller ej kan inte avgöras förrän lagförslaget och förslag till förordning presenteras.

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Överlåtelse av ett upphandlat avtal

NOU har i *NOU Info juni-01* uttalat sig om överlåtelse av avtal på en ny leverantör. Uttalandet har med anledning av två ärenden tagits upp till en förnyad diskussion vid nämndens sammanträden. Nämndledamöternas majoritet har i allt väsentligt bekräftat vad som tidigare angavs i NOU info. En ledamot hade en skiljaktig mening. NOU:s inställning är att ett kontrakt kan överlåtas på någon annan leverantör endast under förutsättning att bytet av avtalspart inte kan anses innebära tilldelning av ett nytt kontrakt. En sådan situation kan föreligga när det finns en identitet mellan den leverantör som kvalificerat sig för kontraktet och den som i fortsättningen skall fullgöra kontraktet. Särskilt viktigt är att observera detta vid tillämpning av ramavtal. Ramavtal är slutna system i vilka endast de leverantörer och de upphandlande myndigheter som varit avtalsparter från början kan delta. NOU vill också avråda från avtalsklausuler som ger en leverantör möjlighet att överlåta kontrakt på någon annan utan ett föregående medgivande och därmed ställa en myndighet inför ett fullbordat faktum. Enligt NOU:s uppfattning är det den upphandlande myndigheten som ensam måste avgöra om det fortfarande rör sig om samma kontrakt eller om det inträffat en sådan ändring att ett nytt kontrakt måste slutas.

NOU:s yttrande kan i sin helhet läsas på NOU:s webbplats under ärenden och yttranden, Överlåtelse av ett upphandlat avtal på en ny leverantör (dnr 2003/0328-26 och 2004/0034-29).

## Förfrågningsunderlaget

### Utmärkelsen bästa förfrågningsunderlag

För att stimulera till en utveckling av upphandlingar av tjänster inom kommuner och landsting/regioner och att uppmärksamma goda exempel har Sveriges Kommuner och Landsting tillsammans med Svenskt Näringsliv med dess nätverk PIST (Privata företag i samhällets tjänst) inrättat utmärkelsen Bästa förfrågningsunderlag. Utmärkelsen delas ut årligen med början år 2003.

Erfarenheter och tips från medlemmarna i den beredningsgrupp som har bedömt de nominerade förfrågningsunderlag har nu sammanställts i en skrift. Syftet med skriften är att tjäna som stöd för dem som ska formulera ett förfrågningsunderlag. Skriften kan beställas på Sveriges Kommuner och Landstings webbplats, [www.skl.se](http://www.skl.se).

### Personalkooperativ som vill lämna anbud i offentlig upphandling

NOU har fått förfrågningar om en personalgrupp som planerar att bilda ett personalkooperativ måste ha bildat kooperativet innan anbud avges.

NOU har tidigare i ett ärende (dnr 1997/0142-21) avseende upphandling av utbildning uttalat att ett anbud som avgivits av en privatperson med angivande att aktiebolag kommer att bildas om han får uppdraget, som regel inte är bindande. NOU menar att anbudsgivarens identitet spelar en avgörande roll bl.a. vid referenstagning, kontroll enligt 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU och senare vid trygghandling av leveranser, ansvar för utfört arbete och betalning med befriande verkan till rätt leverantör. Det är väsentligt att kvalificering och utvärdering görs i förhållande till den som sedan skall fullgöra kontraktet. Möjlighet att i efterhand godkänna en åtgärd som en fysisk person utan formell behörighet (innan bolagsbildningen påbörjats) vidtagit, torde inte finnas.

En personalgrupp som planerar att bilda personalkooperativ och önskar delta i en upphandling måste således ha bildat kooperativet innan anbud lämnas in.

NOU vill ta tillfället i akt att understryka att personalkooperativ inte kan tilldelas kontrakt utan föregående upphandling. Varje köp av en vara, tjänst eller byggentreprenad från organisation som är självständig i förhållande till den upphandlande enheten skall upphandlas i enlighet med LOU.

### Annonsering

NOU vill påminna om att man vid all annonsering i EUT/TED skall använda den upphandlande enhetens officiella svenska namn i annonsen och inte exempelvis enbart en förvaltnings namn.

## Leverantörskvalificering/urval

### Möjligheten att utesluta leverantörer som överträtt konkurrensrättsliga regler

NOU har vid nämndsammanträde den 12 april 2005 fattat beslut om remissyttrande (dnr 2005/0028-22) över SOU 2004:131 Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell. I betänkandet föreslås en kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen (KL) och artikel 81 i EG-fördraget.

NOU anför i remissyttrandet bl.a. att en kriminalisering av överträdelser av nämnda bestämmelser inte skulle tillföra den offentliga upphandlingen några väsentliga fördelar. ”En upphandlande enhet som vill utesluta en leverantör från en upphandling för att denne överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget kan enligt NOU:s mening redan idag göra detta, eftersom en sådan överträdelse får anses utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 1 kap. 17 § 1 st. 4 p. LOU. Detta torde för övrigt inte endast gälla överträdelser av 6 § KL eller artikel 81 i EG-fördraget utan även överträdelser av andra konkurrensrättsliga bestämmelser såsom förbuden mot missbruk av dominerande ställning i 19 § KL och artikel 82 i EG-fördraget. En kriminalisering skulle därför i praktiken inte innebära utökade möjligheter för upphandlande enheter att utesluta leverantörer som överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget.”

Mot bakgrund av de problem som den föreslagna kriminaliseringen, enligt betänkandets konsekvensanalys, skulle medföra och då den inte skulle innebära några fördelar för den offentliga upphandlingen avstyrkte NOU utredningens förslag till kriminalisering.

Remissyttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

### Proportionalitetsbedömning av kvalificeringskrav

NOU har vid nämndsammanträde den 11 maj 2005 fattat beslut om ett yttrande (dnr 2005/0088-29) till Kammarrätten i Stockholm i ett mål rörande Botkyrka kommuns upphandling av klarspråkskonsult.

I yttrandet behandlas främst vilka kvalificeringskrav som kan ställas på leverantörerna, samt proportionalitetsprincipens betydelse för nivån på de ställda kraven.

Av yttrandet framgår bl.a. följande. ”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 leverantörskvalificeringen 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.

[...]

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. Nationella myndigheter måste därför, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa denna princip, 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. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträfvade målet och de vidtagna åtgärderna.

De krav som ställs i en upphandling får således inte vara mer långtgående än vad som krävs för att den upphandlande enheten skall kunna anskaffa den vara, tjänst eller byggentreprenad som upphandlingen rör. Kraven måste vidare vara lämpliga för den aktuella upphandlingen.

Exempelvis måste de krav som ställs på leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet göra det möjligt att kontrollera just den tekniska förmåga och kapacitet som behövs för att utföra det aktuella uppdraget.

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.

Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Transparens beträffande uteslutningsgrunder

Regeringsrätten har den 26 maj 2005 meddelat dom (mål nr 958-05) gällande Utbildnings- och arbetsmarknadsnämndens i Uppsala kommun (kommunen) upphandling av utbildningstjänster. I tilldelningsbeslutet angav kommunen att det vid en kontakt med Upplysningscentralen (UC) hade framkommit att UC hade placerat ett anbudslämnande bolag i riskklass 1. I beslutet, som bl. a. innebar att bolaget inte klarade kvalificeringskraven, hänvisades till att kommunen ”utesluter företag som befinner sig i riskklass 1 och 2”.

Bolaget anförde följande i målet. ”Det kan inte säkerställas att samtliga leverantörer eller presumtiva leverantörer i en upphandling är medvetna om vilken branschpraxis en upphandlande enhet anser vara gällande. Kommunen har inte haft rätt att inhämta upplysningar från UC och utesluta bolaget från upphandlingen med stöd av kriterier som inte framgått av förfrågningsunderlaget.”

Kommunen bestred bifall till överklagandet och tillade följande. ”I 6 kap. 9 § LOU nämns visserligen inget om att en upphandlande enhet får begära upplysningar om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning. Det får dock förutsättas att en sådan rätt finns för att en kvalificering av en leverantör skall kunna genomföras då det torde ligga i ett affärsmässigt beteende att undersöka att den som säger sig kunna leverera också verkligen är i stånd att göra det.”

Enligt Regeringsrätten framgår det av 6 kap. 9 § att en upphandlande enhet har rätt att ställa krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. Regeringsrätten anser vidare att det av paragrafen följer att den upphandlande enheten kan välja att inhämta upplysningar i dessa hänseenden antingen från leverantören eller på annat sätt. Kommunen ansågs därför enligt Regeringsrätten ha haft rätt att inhämta upplysningar om bolaget från UC. Till skillnad från kammarrätten konstaterade Regeringsrätten, angående om kommunen haft rätt att utesluta bolaget på grundval av enbart UC:s kreditomdöme, att bestämmelserna i 6 kap. 9 § LOU samtidigt bygger på att de upphandlande enheterna gör en bedömning av varje leverantör i de aktuella hänseendena. Regeringsrätten ansåg att det av skälen för tilldelningsbeslutet framgick att kommunen inte hade gjort någon individuell bedömning av bolaget, utan grundat sitt ställningstagande på vad som för Regeringsrätten framstod som ett inom kommunen generellt tillämpligt beslut att från upphandling utesluta dem som UC klassificerar på visst sätt. Regeringsrätten fann därmed att kommunen inte hade haft tillräckligt underlag för att göra en sådan individuell bedömning som krävs och att upphandlingen fick avslutas först sedan denna rättats genom att kommunen gjort en individuell bedömning av bolagets ekonomiska förhållanden.

*NOU:s kommentar:* Den EG-rättsliga principen om transparens skall beaktas vid alla upphandlingar enligt LOU. Transparensprincipen innebär att upphandlingprocessen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga kvalificeringskrav och sådana uteslutningsgrunder som inte framgår av lagen.

## Avbruten upphandling

### Förhandsavgörande från EG-domstolen angående avbruten upphandling

#### Förhandsavgörande från EG-domstolen angående avbruten upphandling

EG-domstolen meddelade den 2 juni 2005 förhandsavgörande i mål C-15/04 *Koppensteiner GmbH (Koppensteiner) mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG)*.

Koppensteiner hade bl.a. gjort gällande att det följer av domen av den 18 juni 2002 i mål C-92/00 (HI), *Hospital Ingenieure mot Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH*, att även ett beslut av en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling skall kunna vara föremål för prövning i domstol och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området offentlig upphandling.

Den österrikiska domstolen erinrade om att det enligt den österrikiska lagen inte är möjligt att inom ramen för en talan pröva och, i förekommande fall, ogiltigförklara ett avbrytande av upphandling efter det att anbuden i en öppen upphandling har öppnats. Den österrikiska domstolen är endast behörig att efter ett avbrytande av upphandling fastställa huruvida avbrytandet var rättsstridigt på grund av att den österrikiska lagen överträtts. Den omständigheten att avbrytandet fastställts ha varit rättsstridigt utgör nämligen en förutsättning för att de anbudsgivare som inte tilldelats ett kontrakt skall kunna väcka skadeståndstalan mot den upphandlande myndigheten.

Enligt den österrikiska domstolen innehåller artikel 1.1 och 1.2 i direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet), enligt EG-domstolens tolkning i domen i det ovannämnda målet HI, ett krav på att en nationell rättsordning skall ge möjlighet att ogiltigförklara ett beslut om avbrytande av upphandling som gjorts efter det att anbuden har öppnats i ett upphandlingsförfarande. Det kan således inte anses vara tillräckligt att den myndighet som prövar beslutet endast är behörig att fastställa att avbrytandet var rättsstridigt.

EG-domstolen fastställde i domen HI att det enligt artiklarna 1 och 2.1 b i direktiv 89/665 fordras att den upphandlande myndighetens beslut att avbryta en upphandling skall kunna utgöra föremål för prövning i domstol och, i förekommande fall, upphävas på grund av att det innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten.

EG-domstolen konstaterade, som svar på den österrikiska domstolens fråga, att de ovannämnda bestämmelserna i direktiv 89/665 är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att ligga till grund för en rättighet som den enskilde i förekommande fall kan åberopa gentemot en upphandlande myndighet såsom BIG.

EG-domstolen beslutade slutligen att den behöriga nationella domstolen under sådana omständigheter skall underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som utgör hinder för den att iaktta den skyldighet som följer av artiklarna 1.1 och 2.1 b i direktiv 89/665.

*NOU:s kommentar:* EG-domstolen bekräftar genom domen sin tidigare praxis och klart anger att EG-rätten gäller före en avvikande nationell lagstiftning.

## Avtal

### ALOS 05 ersätter ALOS 81

Sveriges Kommuner och Landsting har efter samråd med företrädare för Statskontoret, Försvarmakten, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Svensk Handel, Maskinleverantörerna, Teknikföretagen och Sjukvårdens leverantörsförening arbetat fram ett nytt standardavtal för leverans av varor till den offentliga sektorn, ALOS 05. Det nya avtalet ersätter ALOS 81.

ALOS 05 med kommentarer finns i cirkulär 2005:28 på Sveriges kommuners och landstings webbplats [www.skl.se](http://www.skl.se).

Standardavtalet rekommenderas till användning vid alla varuupphandlingar, där inte mer individuellt utformade avtalsvillkor krävs. Avtalet kan med fördel bifogas beställningar vid direktupphandling (till inte helt obetydliga belopp).

## Ramavtal

### Rapport från Riksrevisionen

#### Osäkra besparingar genom statliga ramavtal

Riksrevisionen har genomfört en granskning av den statliga inköpssamordningen. I sin granskningsrapport konstaterar Riksrevisionen att Statskontorets redovisning till regeringen om verksamhetens resultat håller låg kvalitet. Det gäller uppgifter om vilka belopp ramavtalen omsätter, i vilken grad avtalen används av myndigheter och vilka besparingar staten gör. Statskontoret sägs ha redovisat uppgifter om besparingar trots att det har saknats grundläggande information för en sådan beräkning.

Mot denna bakgrund konstaterar Riksrevisionen att det inte går att avgöra vilka faktiska besparingar staten gör, eller om inköpen samordnas för rätt varor och tjänster.

Riksrevisionen anser att det är viktigt att staten tecknar ramavtal på relevanta produktområden. Annars finns en risk att den statliga inköpssamordningen uppfattas som ett sätt att kringgå lagen om offentlig upphandling.

Granskningsrapporten finns att läsa på Riksrevisionens webbplats [www.riksrevisionen.se](http://www.riksrevisionen.se).

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Yttrande till Högsta domstolen rörande skadestånd vid offentlig upphandling

NOU har i ett yttrande till Högsta domstolen (ärende nr 2004/0261-22), efter genomgång av hittillsvarande praxis, konstaterat att rättsläget avseende skadestånd vid offentlig upphandling är osäkert och att det vore av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen avgjorde ytterligare mål inom rättsområdet.

I ärendet, som avsåg en upphandling av övningsfartyg för ett läsår med möjlighet till ett års förlängning, menade Göteborgs tingsrätt och Hovrätten för Västra Sverige att skadestånd skulle utges med ett belopp uppgående till det positiva kontraktsintresset med avdrag för kostnader. Tingsrätten bedömde att skadestånd skulle utges för i förfrågningsunderlaget efterfrågade antal dygns användning av övningsfartyget. Hovrätten ansåg att beräkningen av skadeståndet skulle göras utifrån det faktiska användandet av kontraktet.

Högsta domstolen har ännu inte beslutat om prövningstillstånd i målet.

Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

### Vägverkets upphandling av utrustning m.m. för hantering av trängselskatter

NOU har tidigare i *NOU info oktober -04 och mars -05* redogjort för de domar som meddelats i de olika rättsliga instanserna avseende Vägverkets upphandling av utrustning m.m. för hantering av trängselskatter. Regeringsrätten beslutade i april 2005 att inte meddela prövningstillstånd i målet.

## Miljö

### Dom angående otillåten miljöverksamhet

Tingsrätten i Hässleholm dömde i juni 2003 två kommunala tjänstemän till 80 respektive 40 dagsböter för otillåten miljöverksamhet. Målet avsåg ett avloppsreningsverk som hade byggts i strid med de villkor som länsstyrelsen meddelat i sitt tillståndsbeslut. I målet väckte åklagaren, utöver mot de två tjänstemännen, åtal mot tre kommunpolitiker. Åtalet mot kommunpolitikerna grundades på att de inte tillsett att arbetena utfördes i enlighet med villkoren i tillstånden. Åtalen mot kommunpolitikerna ogillades av tingsrätten och hovrätten med hänvisning till att de inte kunde anses ha handlat uppsåtligt eller av oaktsamhet.

Det kan med anledning av domen konstateras att det är väsentligt att tjänstemän som handlägger upphandlingsärenden ser till att de förfrågningsunderlag som upprättas och att de anbud som antas följer de tillstånd som utfärdats för verksamheten. Domen har vunnit laga kraft.

## Tjänsteupphandling

### Upphandling av konstnärliga tjänster

NOU har i *NOU info december-01* redogjort för en dom från Kammarrätten i Stockholm angående Statens konstråds köp av tjänster. NOU har vid tillfället avstått från att kommentera domen. Domen har sedermera återopats till stöd för antagandet att någon sedvanlig konkurrensupphandling inte är nödvändig vid upphandling av konst, eftersom det till grund för valet av leverantör ligger en estetisk bedömning.

Statskontoret har på uppdrag av regeringen gjort en bedömning av Statens konstråds verksamhet. NOU intervjuades i samband med utarbetandet av rapporten. I rapporten återges NOU:s syn på tolkningen av ovannämnd dom, nämligen att anskaffning av konstnärliga tjänster får ske utan annonsering endast om förutsättningarna för tillämpningen av 6 kap. 2 b § LOU är uppfyllda. Bland förutsättningarna nämns inte "estetisk bedömning". En upphandlande myndighet får således utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka skrivelser till endast en leverantör om konstnärliga föremål eller tjänster av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillverkas eller levereras av endast en viss leverantör. Vid vissa enstaka konstupphandlingar kan ett anbud inhämtas genom att tillfråga den ende leverantören som kan ha möjlighet att tillhandahålla konstverket. I alla övriga fall skall dock den konkurrens som finns utnyttjas. Konstnärliga tjänster kan således enligt NOU:s uppfattning inte regelmässigt upphandlas utan ett i LOU föreskrivet förfarande, vilket även omfattar annonsering. Statskontorets rapport Nya former för Statens konstråds verksamhet (2005:9) finns att tillgå på [www.statskontoret.se](http://www.statskontoret.se).

## Förändring av regelverket

### Upphandlingsutredningens delbetänkande

NOU har i *NOU info mars-05* sid. 18 lämnat information om de huvudsakliga förslag som framförts av Upphandlingsutredningen 2004 i delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22). Betänkandet är nu på remiss hos över 100 remissinstanser och svaren skall vara inkomna till Finansdepartementet senast den 1 juli 2005. Departementet väntas ta fram en proposition under hösten för att beslutas av riksdagen. Förändringarna i upphandlingslagstiftningen föreslås träda ikraft den 1 februari 2006.

När NOU har färdigställt sitt yttrande som beslutats vid nämndsammanträdet den 15 juni 2005 läggs det ut på webbplatsen.

## Synpunkter på Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner

Europeiska kommissionen påbörjade den 30 april 2004 en s.k. offentlig konsultation rörande grönboken om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner. Efter det att konsultationen avslutats presenterade kommissionen den 12 maj 2005 en rapport om de synpunkter som inkommit. NOU har tidigare avgivit ett yttrande (dnr 2004/0143-22) till Finansdepartementet, vilket inarbetats i den svenska regeringens svar till kommissionen.

Totalt har 195 svar inkommit från myndigheter, inklusive 16 av medlemsstaternas regeringar. Svar har inkommit även från offentliga och privata intresseorganisationer, offentliga och privata företag samt privatpersoner. En stor andel av de inkomna svaren kommer från Tyskland, Frankrike, Storbritannien, Österrike och Italien.

Kommissionen kommer enligt rapporten att presentera förslag till åtgärder under andra halvåret 2005. Tänkbara åtgärder är enligt kommissionen förslag till ny lagstiftning, tolkningsmeddelanden eller andra initiativ för att bättre samordna medlemsstaternas agerande på området och för att utbyta goda erfarenheter.

Kommissionens rapport och ett flertal av de inkomna svaren finns att läsa på kommissionens webbplats

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/ppp\\_en.htm - consultation](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm - consultation)

NOU:s yttrande över grönboken finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Övrigt

### Betänkandet om Regeringens stabsmyndigheter

NOU har lämnat remissyttrande över betänkandet Regeringens stabsmyndigheter (2005:32)

NOU ansåg

- att Riksrevisionens rapport om den statliga inköpssamordningen skulle avvaktas innan beslut fattas om hur den statliga inköpssamordningen bör vara organiserad,
- att ett helhetsgrepp borde tas om inköpssamordningen, innan beslut fattas om hur den bör vara organiserad,
- att regeringen skulle överväga att överföra uppgiften att övergripande samordna den statliga inköpsverksamheten till den nya förvaltningspolitiska myndigheten i stället för till Ekonomistyrningsverket och
- att det inte kunde anses självklart att det praktiska upphandlingsarbetet på IKT-området borde föras till någon av stabsmyndigheterna, t.ex. såsom utredningen föreslagit till Ekonomistyrningsverket.

NOU:s yttrande i sin helhet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## EG-domstolen underkänner det svenska Apoteksmonopolet

EG-domstolen har i dom (mål nr C-438/02) den 31 maj 2005, efter en begäran om förhandsavgörande från Stockholms tingsrätt, uttalat att det svenska Apoteksmonopolet i sin nuvarande utformning strider mot artikel 31.1 i EG-fördraget.

EG-domstolen uttalade i domen bl.a. att "[...] ett statligt försäljningsmonopols urvalssystem skall vara grundat på kriterier som är oberoende av produkternas ursprung och ge möjlighet till insyn genom att det uppställs krav på såväl motivering av beslut som ett oberoende kontrollförfarande. Vidare skall ett sådant monopols försäljningsnät vara utformat så att antalet försäljningsställen inte är så begränsat att konsumenternas tillgång till läkemedel äventyras [...]. Slutligen skall de åtgärder för marknadsföring och produktinformation som vidtas inom ramen för ett sådant monopol vara opartiska och oberoende av produkternas ursprung och vara ägnade att göra nya produkter kända för konsumenterna [...]."

Domstolen konstaterade därefter att "[...] Apotekets organisation och funktionssätt och närmare bestämt dess system för urval av läkemedel kan missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel. Detta statliga monopol är således inte utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater är utesluten. Monopolet strider således mot artikel 31.1 EG."

Den svenska regeringen har i ett pressmeddelande meddelat att Apoteksmonopolet kommer att bevaras, men att en del förändringar av regelverket, främst rörande urvalet av läkemedel, kommer att ske. Ändringarna kommer att genomföras så snart som möjligt.

## Arkivbestämmelser

NOU har informerat om Riksarkivets föreskrifter om allmänna råd om gallring och överlämnande av handlingar vid upphandling (RÅ-FS 2004:2). Dessa har trätt i kraft. Bland de handlingar som enligt förordningens 3 § 4 p. var undantagna från möjligheten att gallra nämndes den antagna leverantörens anbud, anbudsansökan, tävlingsbidrag, bekräftelse om deltagande inom ramen för kvalifikationssystem och motsvarande handlingar samt begärda förtydliganden och kompletteringar.

Vissa bilagor och tävlingsbidrag kan dock vara alltför skrymmande eller olämpliga att bevara, såsom farliga eller inte hållbara varuprover. Riksarkivet har därför genom RA-FS 2005:1 lagt till den ovannämnda paragrafen ett andra stycke: "Bilagor som utgörs av föremål, t.ex. arbetsprover och modeller, får gallras eller återlämnas till anbudsgivaren under förutsättning att de är väl beskrivna eller avbildade i dokumentation som bevaras".



## NOU:s telefonservice i sommar

NOU:s telefonservice i upphandlingsfrågor är begränsad enligt följande i sommar.

Vecka 27 stängd.

Vecka 28 öppen måndag - onsdag.

Vecka 29 öppen måndag - onsdag.

Vecka 30 stängd.

Vecka 31 öppen måndag – onsdag.

## NOU:s upphandlingskonferens

NOU inbjuder till konferens den 19, 20 respektive 21 oktober. Vid vardera av de tre konferenserna, som har samma innehåll, kommer de senaste och viktigaste nyheterna på upphandlingsområdet att behandlas. På konferensen kommer en ny broschyr om antidiskrimineringsklausuler som NOU för närvarande arbetar fram att presenteras. Därtill kommer de senaste rättsfallen från EG-domstolen att tas upp.

Konferensen riktar sig till upphandlare, leverantörer, advokater, revisorer, domare och övriga med intresse för, eller verksamhet inom, området offentlig upphandling.

## Program

Klarasalen, Målargatan 1, Stockholm City

09.00 – 09.30	Registrering och kaffe	
09.30 – 10.00	Inledning	Statsrådet Sven-Erik Österberg / Statssekreterare Jens Henriksson/ Charlotte Hedberg, Föredragande FiU
10.00 – 10.45	Förändringarna i de nya lagarna	Expert från NOU:s kansli
10.45 – 11.00	Fruktpaus	
11.00 – 11.40	Nyheter beträffande ramavtal, inköpscentraler och elektronisk handel	Expert från NOU:s kansli
11.40 – 12.20	Framtida förändringar – om den fortsatta utredningen av LOU.	Leif Lindstam, utredningens ordförande
12.30 – 13.30	<b>Lunch</b>	

Fortsättning på nästa sida

13.30 – 14.30	De senaste domarna från EG-domstolen. Läget beträffande rättsmedlen.	Expert från NOU:s kansli
14.30 – 15.00	<i>Kaffe</i>	
15.00 – 15.30	Presentation av NOU:s broschyr om antidiskrimineringsklausuler	Expert från NOU:s kansli
15.30 – 15.40	<i>Paus och lokalbyte inför frågestund</i>	
15.40 – 16.40	Frågestund om de nya reglerna inom klassiska sektorn <b>alternativt</b> Frågestund om de nya reglerna inom försörjningssektorerna	Expert från NOU:s kansli  Expert från NOU:s kansli

Med reservation för ev. förändringar av programmet.

Antalet platser på frågestunden om försörjningssektorerna är begränsat.

Övrig information och anmälan på [www.nou.se](http://www.nou.se)

## NOU:s nyhetsbrev mars 2005

Som ett vårtecken mer än som en påsksmällare har nu Upphandlingsutredningens första betänkande - Nya upphandlingsregler, SOU 2005:22 – gått ut på remiss. Vi får dryga tre månader på oss att besvara remissen, fram till den 1 juli. Under högsommaren när vi är klara och ligger i hängmattan, sitter sedan tjänstemännen på Finansdepartementet och njuter av våra remissvar och inspireras till en remiss till lagrådet och därefter en proposition till riksdagen för beslut under hösten. De nya reglerna skall träda i kraft senast den 1 februari 2006. Men dessförinnan kommer NOU att vid tre konferenser informera om det slutliga lagförslaget, sannolikt sista veckan i oktober. Närmare information om konferenserna kommer att lämnas på vår webbplats under april-maj.

Det är nästan komiskt att läsa den summariska presentationen från departementet av betänkandets dryga 700 sidor: ”De nya direktiven överensstämmer i stor utsträckning med de äldre direktiv som de ersätter.” NOU har tyvärr av naturliga skäl inte hunnit få med så mycket i kommentarväg till betänkandet i denna NOU *info*. En omstrukturering av reglerna över tröskelvärdena, om än en välkommen sådan, utgör som väntat den tunga delen av förslaget. En viktig nyhet är möjligheten att konkurrensutsätta ramavtalsleverantörer i en andra omgång. Behovet av förändringar av 6 kap. och 7 kap. LOU liksom en del för medlemsstaterna frivilliga åtaganden har fått stå över till en kommande omgång förändringar av regelverket.

NOU *info* innehåller som vanligt kommentarer till en del intressanta domar, särskilt för den kommunala världen, lite statistikuppgifter, utdrag ur några remissyttranden och annat smått och gott.

Med vänlig påskhälsning

Margareta Hentze

## Innehåll

Upphandlande enhet.....	3
Kammarrätten fastställer att SVT är en upphandlande enhet .....	3
Tillämpning av LOU .....	4
Samarbetsavtal mellan upphandlande enheter.....	4
Köp från kommunalt bolag och möjligheten att överpröva beslut utanför upphandlingsprocessen .....	5
Tröskelvärden.....	7
Ändrade tröskelvärden i de nya direktiven.....	7
Upphandlingsförfaranden.....	8
Förhandlad upphandling utan föregående annonsering.....	8
Annonsering .....	8
SIMAP:s webbplats .....	8
Leverantörskvalificering/urval.....	9
Anbudsgivares identitet.....	9
Avtal.....	10
Anbuds giltighetstid .....	10
Ramavtal .....	11
Dom från EG-domstolen .....	11
Rättsmedel och processrättsliga frågor .....	12
EG-kommissionen väcker talan om utdömmande av vite .....	12
Vägverkets upphandling av utrustning m.m. för hantering av trängselskatter .....	13
Korruption, ekobrott och jäv .....	14
Möjligheterna för en leverantör som medverkat vid förstudier eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget att delta i upphandlingen.....	14
Miljö.....	16
Enkätstudie om Miljöanpassad offentlig upphandling .....	16
Sociala hänsyn inkl arbetsrätt.....	17
Regeringsuppdrag att informera om antidiskrimineringsklausuler.....	17
Elektronisk upphandling .....	17
Regeringsuppdrag till Statskontoret .....	17
Förändring av regelverket .....	18
Upphandlingsutredningens delbetänkande .....	18
Statistik.....	18
Statistikinsamling.....	18
Antalet överprövningsmål år 2004.....	19
Övrigt .....	19
Tillsynsutredningens slutbetänkande .....	19
Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting.....	20
Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete.....	20
Regeringsuppdrag till Nutek .....	21

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Vasagatan 44  
111 20 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år.

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats.

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info.  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info mars-2005".

## Upphandlande enhet

### Kammarrätten fastställer att SVT är en upphandlande enhet

Länsrätten i Stockholms län har i ett beslut (mål nr 4077-04 E) den 15 mars 2004 fastslagit att Sveriges Television (SVT) är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Målet hade initierats av en leverantör som ansåg att det tioåriga avtal som SVT tecknat med Teracom AB avseende nättjänster utgjorde en otillåten direktupphandling. Länsrätten fann emellertid att upphandlingskontrakt redan hade tecknats i upphandlingen och att rätten därför var förhindrad att pröva ansökan om överprövning. Målet avskrevs därmed från vidare handläggning.

Beslutet om avskrivning överklagades till Kammarrätten i Stockholm, vilken den 21 februari 2005 meddelade dom (mål nr 2588-04).

Kammarrätten konstaterade att SVT inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse och att detta behov inte hade industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fann att de licensmedel som SVT uppbär utgör av staten tillskjutet kapital i LOU:s mening och att samtliga styrelseledamöter direkt eller indirekt utses av staten. Kammarrätten fann därmed, i likhet med länsrätten, att SVT är en *upphandlande enhet* enligt 1 kap. 6 § LOU.

SVT gjorde gällande att den klagande leverantören inte kunde anses ha *talerätt*, eftersom denne inte rimligen hade kunnat få det aktuella kontraktet. Kammarrätten konstaterade att SVT över huvud taget inte gjort någon upphandling av de aktuella tjänsterna och att leverantören fick anses ha lidit skada, eftersom denne helt uteslutits från möjlighet att delta i en upphandling.

Kammarrätten uttalade sig sedan om undantaget i 6 kap. 2 b § LOU. SVT hävdade att Teracom AB varit den enda leverantör som kunnat tillhandahålla de aktuella tjänsterna. Kammarrätten konstaterade att bestämmelsen i paragrafen utgör ett undantag och att undantag från LOU skall tolkas restriktivt. SVT hade som upphandlande enhet bevisbördan för att en undantagssituation förelåg. Kammarrätten menade att SVT inte hade visat att det inte funnits någon annan leverantör som hade kunnat tillhandahålla samma nättjänster, trots att SVT hävdade såväl tekniska skäl som en de facto monopolsituation för Teracom AB. Kammarrätten konstaterade därmed att SVT brutit mot LOU genom sitt förfarande att skicka en skrivelse till endast en leverantör.

Den sista frågan domstolen behandlade avsåg frågan om *ett redan tecknat avtal kan överprövas*. Kammarrätten skrev att en upphandling inte är avslutad förrän det har gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om leverantör och skälen för beslutet och det föreligger ett upphandlingskontrakt. SVT har inte följt bestämmelserna i LOU och därmed inte lämnat någon upplysning enligt 1 kap. 28 § LOU. Eftersom någon tidsfrist därmed inte hade börjat löpa, fanns det inga hinder för en överprövning av upphandlingsbeslutet.

Kammarrätten förordnade att SVT:s upphandling av nättjänster skulle göras om.

*NOU:s kommentar:* Hinder för överprövning av upphandlingsbeslut föreligger endast för upphandlingskontrakt som slutits efter en upphandling enligt reglerna i LOU. Tiodagarsfristen kan inte börja löpa förrän den upphandlande enheten skickat den i 1 kap. 28 § LOU angivna informationen. Det finns även andra exempel på överprövningar av otillåtna direktupphandlingar som tagits upp av domstol långt efter det att avtal slutits.

Domen är överklagad till Regeringsrätten, som dock ännu inte fattat beslut om prövningstillstånd.

## Tillämpning av LOU

### Samarbetsavtal mellan upphandlande enheter

EG-domstolen meddelade den 13 januari 2005 dom i mål C-84/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien*. Domen föranleddes av att EG-kommissionen den 26 februari 2003 väckt en s.k. fördragsbrottstalan mot Spanien eftersom kommissionen ansåg att Spanien i flera avseenden införlivat varudirektivet (93/36/EEG) och bygg- och anläggningsdirektivet (93/37/EEG) felaktigt.

I domen behandlas flera intressanta rättsfrågor. Nedan behandlas samarbetsavtal mellan upphandlande enheter. (För referat av andra intressanta frågor som behandlas i domen se avsnitten Upphandlingsförfaranden och Ramavtal i detta nummer av NOU-info).

Enligt den spanska lagen uteslöts alla ”samarbetsavtal mellan den allmänna statsförvaltningen, å ena sidan, och socialförsäkringsorgan, autonoma regioner, lokala myndigheter, dessas autonoma organ och varje annan offentlig enhet, å andra sidan, samt samarbetsavtal mellan sistnämnda organ sinsemellan” från lagens tillämpningsområde.

EG-kommissionen ansåg att detta utgjorde en felaktig införlivning av upphandlingsdirektiven eftersom sådana samarbetsavtal kunde vara offentliga upphandlingskontrakt som omfattas av bestämmelserna i direktiven.

Den spanska regeringen hade mot detta invänt att avtal utgör det vanliga sättet för offentlighetsrättsliga enheter att upprätta rättsförhållanden sinsemellan och att sådana rättsförhållanden låg utanför ramen för en upphandling.

EG-domstolen uttalade med hänvisning till sin dom i mål C-107/98 *Teckal* att det, för att upphandlingsdirektiven skall vara tillämpliga, ”... i princip [är] tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet juridiskt fristående person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.”

Domstolen konstaterade därefter att den spanska lagen utgjorde ett felaktigt införlivande av direktiven eftersom rättsförhållanden mellan myndigheter, allmänna organ och icke-kommersiella offentlig-rättsliga enheter uteslöts från lagens tillämpningsområde, oavsett arten av dessa rättsförhållanden.

## Köp från kommunalt bolag och möjligheten att överpröva beslut utanför upphandlingsprocessen

EG-domstolen meddelade den 11 januari 2005, efter en begäran om förhandsavgörande från en tysk domstol, dom i mål C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH (RPL) mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

Bakgrunden till målet var följande. Stadt Halle hade genom beslut i stadsfullmäktige tilldelat bolaget RPL uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall. Samtidigt beslutade Stadt Halle att inleda förhandlingar med RPL om ett kontrakt avseende hantering av stadens restavfall. I inget av fallen hade Stadt Halle genomfört något formellt upphandlingsförfarande.

Stadt Halle hävdade vid den nationella domstolen för det första att den konkurrent till RPL som klagat på att staden inte följt upphandlingsreglerna inte hade talerätt, då staden inte hade inlett ett formellt upphandlingsförfarande. För det andra menade Stadt Halle att RPL, som indirekt till 75,1 procent ägdes och kontrollerades av staden, snarast utgjorde en del av denna. Därmed var det fråga om en intern transaktion som inte omfattades av upphandlingslagstiftningen.

Den nationella domstolen ställde i huvudsak två frågor till EG-domstolen. Den första frågan var om medlemsstaterna är tvungna att införa sanktionssystem även för beslut fattade av upphandlande enheter före en formell anbudsinfordran, t.ex. ett beslut att inte infordra anbud enligt det förfarande som föreskrivs i direktiven om offentlig upphandling. Den andra frågan var om bolag som delvis ägs av en upphandlande enhet, delvis av ett annat privat bolag, kunde anses vara en del av den upphandlande enheten på så sätt att ett formellt upphandlingsförfarande inte var nödvändigt vid köp från detta bolag. EG-domstolen besvarade frågorna var för sig.

Den första frågan besvarade domstolen enligt följande. Medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjlighet till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut omfattar varje sådant beslut som faller under de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa. Det gäller även *beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran* (NOU:s kursivering), särskilt beslut som avser om upphandlingslagstiftningen skall tillämpas eller ej, vilket enligt domstolen utgör det allra första beslutet som kan överprövas.

Domstolen likställer ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande med ett beslut att avsluta en påbörjad upphandling, där domstolen tidigare uttalat att sådana

beslut skall kunna överprövas<sup>1</sup>. Överprövning kan inte göras av åtgärder som inte har någon rättslig verkan, t.ex. åtgärder som endast utgör en förstudie eller som är rent förberedande och som ryms inom ramen för en upphandlande enhets interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

Möjligheten att begära överprövning får enligt domstolen inte vara beroende av om upphandlingsförfarandet formellt har nått ett visst stadium, eftersom ett beslut att genomföra en upphandling utan att följa upphandlingslagstiftningen i så fall inte skulle kunna prövas, då någon upphandling aldrig formellt påbörjas. Att tillämpa upphandlingsreglerna eller inte skulle annars bli valfritt för de upphandlande enheterna.

Den andra frågan som gällde i vilka fall en upphandlande enhet utan formellt upphandlingsförfarande kan upphandla från dotterbolag besvarade domstolen på följande sätt. Begreppet ”tjänsteleverantör” i rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster omfattar även ”offentliga organ, som erbjuder tjänster”. Domstolen har i ett tidigare mål fastställt att rådets direktiv 93/36/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att ingå avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande enhet och oavsett att den upphandlande enheten själv äger en del av den fristående juridiska personen<sup>2</sup>. Huvudregeln är således att en upphandlande enhets köp från ett annat offentligt organ skall föregås av en offentlig upphandling. Varje undantag från denna skyldighet skall enligt domstolen tolkas restriktivt och det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att den är tillämplig.

Domstolen menar att från huvudregeln kan det finnas undantag vid köp från en fristående juridisk person. För att undantag skall vara möjligt, måste två kriterier vara uppfyllda:

1. den upphandlande enheten utövar en kontroll över en fristående enhet som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet, och
2. denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande enheter som äger enheten.

Domstolen menar dock att det faktum att ett privat bolag är delägare i en fristående juridisk person, oavsett storleken på andelen, helt utesluter tillämpningen av undantaget. Privata investeringar i företag styrs alltid av överväganden som är specifika för privata intressen. Domstolen menar att direktupphandlingar från sådana bolag undergräver målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling.

Domstolen påminner även om att upphandlande enheter har valmöjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger dem.

*NOU:s kommentar:* Det finns ett flertal domar från länsrätter och kammarrätter där beslut av t.ex. en kommunfullmäktige att inte konkurrensutsätta en upphandling

---

<sup>1</sup> EG-domstolens dom i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 37.

<sup>2</sup> EG-domstolens dom i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I8121, punkterna 50 och 51.



prövats enligt LOU. I andra fall har dock frågan bedömts som laglighetsprövning enligt kommunallagen, eftersom besluten inte ansetts omfattas av den svenska upphandlingslagstiftningen. Möjligheten till prövning enligt kommunallagen tillkommer emellertid endast kommuninvånare, varför endast lokala leverantörer har möjlighet att begära prövning av t.ex. ovan nämnda typ av beslut. EG-domstolens dom visar att detta inte är tillräckligt, utan att alla intresserade leverantörer ska ha samma möjlighet. Mot bakgrund av den här refererade domen finns det anledning att ompröva ställningstagandet att ett beslut avseende upphandling endast kan överprövas enligt 7 kap. LOU om beslutet har direkt samband med en upphandling. NOU anser att det av EG-domstolens ovan refererade dom framgår att alla beslut, oavsett när de fattas, vilka kan påverka tilldelningen av ett kontrakt skall kunna prövas i en rättsprocess enligt 7 kap. LOU.

## Tröskelvärden

### Ändrade tröskelvärden i de nya direktiven

För att anpassa tröskelvärdena i de nya direktiven till de tröskelvärden som gäller för GPA (Government Procurement Agreement), som är ett avtal inom Världshandelsorganisationen WTO, har kommissionen genom en förordning ändrat de artiklar i de nya direktiven som rör tröskelvärden (artiklarna 16 och 61 i det nya försörjningsdirektivet resp. artiklarna 7, 8, 56, 63.1 och 67.1 i det nya klassiska direktivet).

*Det är således fråga om en ändring av direktivtexten, vilken inte kommer att skrivas in i direktiven utan endast framgå av kommissionens förordning.*

Som en följd av förordningen har kommissionen även tagit fram ett meddelande med s.k. motvärden, d.v.s. värden i nationella valutor som motsvarar de ändrade tröskelvärdena i direktiven. Meddelandet innehåller motvärden för de länder som inte har euron som valuta och är således av betydelse för Sverige.

För att undvika missförstånd vill NOU avslutningsvis klargöra att ändringarna inte kommer att få någon praktisk betydelse i Sverige förrän de nya direktiven införlivas, eftersom ändringarna inte berör de tröskelvärden som gäller enligt de gamla direktiven.

Kommissionens förordning och meddelandet med motvärden återfinns på Europeiska unionens webbplats med följande adresser.

Kommissionens förordning:

[http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/sv/oj/2004/l\\_326/l\\_32620041029sv00170018.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/sv/oj/2004/l_326/l_32620041029sv00170018.pdf)

Kommissionens meddelande med motvärden:

[http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/sv/oj/2004/c\\_266/c\\_26620041029sv00030004.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/sv/oj/2004/c_266/c_26620041029sv00030004.pdf)

## Upphandlingsförfaranden

### Förhandlad upphandling utan föregående annonsering

EG-domstolen meddelade den 13 januari 2005 dom i mål C-84/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien*. I domen behandlas flera intressanta rättsfrågor. Nedan behandlas förhandlad upphandling utan föregående annonsering. (För referat av andra intressanta frågor som behandlas i domen se avsnitten Tillämpning av LOU och Ramavtal i detta nummer av NOU-info).

I den spanska lagen föreskrevs bl.a. att förhandlad upphandling utan föregående annonsering fick användas när upphandlingskontrakt inte kunnat tilldelas inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande, förutsatt att de ursprungliga villkoren för upphandlingen inte ändrades, förutom priset som fick höjas med maximalt tio procent (jfr 2 kap. 10-11 §§ och 3 kap. 17 § LOU).

Kommissionen ansåg att den spanska lagen i detta avseende stred mot direktiven 93/36 (varudirektivet) och 93/37 (bygg- och anläggningsdirektivet), eftersom den gjorde det möjligt att väsentligt ändra ett av de ursprungliga villkoren för upphandlingen, nämligen det som avsåg priset.. Kommissionen anförde också att listan över de fall där det förhandlade förfarandet kan användas är avsedd att vara uttömmande och att begreppet ”icke väsentlig ändring” därför måste tolkas restriktivt.

EG-domstolen klargjorde inledningsvis att förhandlad upphandling utan föregående annonsering fick anses vara ett undantagsförfarande som endast får användas i de fall som, uttömmande, räknas upp i direktivet. Domstolen erinrade också om att undantagsbestämmelser enligt fast rättspraxis skall tolkas restriktivt.

EG-domstolen fann att den spanska lagen innehöll ett villkor som kunde förminska de aktuella bestämmelsernas tillämpningsområde samt försvaga deras undantagskaraktär, eftersom lagen tillät att förhandlad upphandling användes när ett kontrakt inte kunnat tilldelas inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande, förutsatt att de ursprungliga villkoren för upphandlingen inte ändras, förutom priset som fick höjas med högst tio procent. Ett sådant villkor fick enligt domstolen anses utgöra en väsentlig förändring av de ursprungliga villkoren för upphandlingen.

EG-domstolen konstaterade mot denna bakgrund att den spanska lagen utgjorde ett felaktigt införlivande av direktiven 93/36 och 93/37.

## Annonsering

### SIMAP:s webbplats

För närvarande finns en fullständig version av SIMAP:s webbplats endast på engelska. NOU har varit i kontakt med SIMAP som inte kunnat lämna något

närmare besked om när den fullständiga svenska sidan kommer att finnas tillgänglig. På NOU:s webbplats finns en länk till den begränsade svenska versionen som innehåller blanketter för annonsering.

På SIMAP:s webbplats informeras även om att Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer fr.o.m. den 31 mars 2005 inte längre kommer att ta emot upphandlingsannonser som inte avfattats på de europeiska standardformulären. I Sverige är det redan idag, enligt förordningen (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling, obligatoriskt att använda standardformulär vid annonsering i EUT/TED. Det innebär att inte blir någon förändring för flertalet upphandlande enheter i Sverige.

Under våren skall även de nya blanketterna för upphandling enligt de ändrade direktiven publiceras. Dessa skall dock användas först efter ikraftträdandet av de nya reglerna. Fram t.o.m. den 31 januari 2006 skall således enbart nuvarande blanketter användas.

## Leverantörskvalificering/urval

### Anbudsgivares identitet

Kammarrätten i Göteborg har den 17 december 2004 meddelat dom i mål nr 4885-04 avseende en upphandling av suturer och staplingsprodukter som genomförts av Landstinget i Värmland.

Av förfrågningsunderlaget framgick att anbudsgivaren skulle uppfylla vissa krav avseende registrerings-, skatte- och avgiftsskyldighet. I upphandlingen valde landstinget att tilldela bolag A den största delen av leveransen. En leverantör som fått en mindre del av leveransen begärde överprövning i domstol och anförde att bolag A inte uppfyllde kraven på registrering. Bolag A hade nämligen i sitt anbud angett ett annat företags, bolag B:s, organisationsnummer. Det var därmed bolag B som blivit föremål för bl.a. Skatteverkets kontroll. Likaså var anbudet underskrivet av bolag B:s behörige firmatecknare.

Landstinget menade att det egentligen förhöll sig så att bolag B under upphandlingsförfarandet hade använt sig av den ej registrerade firman A, som ingår i samma koncern, för anbudslämnandet. Den omständigheten hade enligt landstinget inte inneburit att anbudsgivarens identitet framstått som oklar. Landstinget menade att det i anbudet angivna organisationsnumret var avgörande vid frågan om bolagets identitet. Det oregistrerade bolaget A hade dessutom sedan många år använts vid kontakter med landstinget, exempelvis vid tidigare avtal.

Kammarrätten konstaterade att anbudet, enligt ordalydelsen, lämnats av bolag A samt att något anbud inte lämnats av bolag B. Det förhållandet att bolag A angett bolag B:s organisationsnummer samt att behörig firmatecknare för bolag B undertecknat anbudet föranledde inte någon annan bedömning än att det var bolag A som lämnat anbudet. Med hänsyn till att bolag A inte varit registrerat uppfyllde det

inte kravet avseende registreringsskyldighet och skulle därför inte ha tagits med i utvärderingsfasen.

Kammarrätten förordnade att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att bolag A:s anbud inte togs med i utvärderingsfasen.

## Avtal

### Anbuds giltighetstid

Kammarrätten i Göteborg har den 26 januari 2005 meddelat dom i mål nr 6802-04 avseende upphandling av kontrastmedelsinjektor, genomförd av Landstinget i Halland. I upphandlingen fanns krav på att anbuden skulle vara giltiga minst till den 21 oktober 2004. Landstinget fattade dock sitt tilldelningsbeslut först den 14 november 2004, utan att dessförinnan i samråd med anbudsgivarna förlänga samtliga anbuds giltighetstid.

Kammarrätten konstaterade att då den ursprungligt angivna giltighetstiden för anbuden gått ut före tilldelningsbeslutet, och samtliga anbudsgivare inte gått med på att förlänga giltighetstiden hade inte Landstinget rätt att tilldela någon av anbudsgivarna kontraktet. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

*NOU:s kommentar:* I domen uttalade sig kammarrätten inte uttryckligen huruvida det är tillåtet att förlänga anbudens giltighetstid och därefter tilldela kontrakt, eller om det faktum att giltighetstiden löper ut automatiskt innebär att upphandlingen måste göras om. Som jämförelse kan nämnas att den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) uttalat att en upphandling får anses avslutad när den upphandlande enheten inte längre har några bindande anbud att anta. Tilldelning av kontrakt får därefter enligt KOFA inte ske utan att en ny upphandling genomförs.

NOU kan mot bakgrund av befintlig rättspraxis inte uttala sig om det är tillåtet för en upphandlande enhet att förlänga anbudens giltighetstid. En grundförutsättning för att detta skall vara möjligt får dock, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, anses vara att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning. Gör de inte det, måste upphandlingen göras om. Det är dock från etisk synpunkt betänkligt om en upphandlande enhet pressar anbudsgivarna till förlängd giltighetstid, i synnerhet i de fall när tidsutdräkten beror på den upphandlande enhetens bristande planering. Situationen gör det oftast omöjligt för leverantören att inte gå med på en sådan eftergift.

En förlängning av giltighetstiden får inte påverka tidplanen för leveransen. I sådant fall anses det som en väsentlig förändring av förutsättningarna. Man bör i det avseendet även betänka att vissa leverantörer kan ha avstått från att lämna anbud p.g.a. att de inte ansett sig ha möjlighet att leverera vid den angivna tidpunkten. Vidare kan en förlängning av giltighetstiden inte kombineras med tillstånd att ändra anbuden i övrigt, t.ex. priset.

# Ramavtal

## Dom från EG-domstolen

EG-domstolen meddelade den 13 januari 2005 dom i mål C-84/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien*. I domen behandlas flera intressanta rättsfrågor. Nedan behandlas ramavtal. (För referat av andra intressanta frågor som behandlas i domen se avsnitten Tillämpning av LOU och Upphandlingsförfaranden i detta nummer av NOU-info).

Det bör observeras att den svenska språkversionen av domen i vissa delar förefaller vara felaktigt översatt jämfört med den spanska originalversionen. Det följande referatet har därför författats efter en jämförelse mellan flera olika språkversioner.

I den spanska lagen föreskrevs bl.a. att förhandlad upphandling utan föregående annonsering fick användas när det var fråga om varor avseende vilka det förklarats att det var nödvändigt att de var enhetliga för att de skulle kunna användas gemensamt av (hela den offentliga) förvaltningen. Det var enligt lagen tillåtet att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering om typen av varor hade valts dessförinnan och helt självständigt inom ramen för en upphandling.

Den spanska regeringen hade i målet gjort gällande att upphandlingar som avgör vilka typer av enhetliga varor som skall inköpas påminner om ramavtal. Den spanska regeringen hade vidare gjort gällande att de i målet ifrågasatta förhandlade upphandlingarna inte på något sätt skiljde sig från tilldelning av kontrakt som sker till följd av ett sådant avtal eller ramavtal som föreskrivs i en annan artikel i lagen och som kommissionen inte hade anmärkt på. Av detta drog den spanska regeringen slutsatsen att de aktuella bestämmelserna var förenliga med direktiven.

Kommissionen hade, efter att ha erinrat om definitionen av ramavtal, gjort gällande att sådana avtal inte omfattas av direktiv 93/36/EEG (varudirektivet).

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att vid upphandling av varor får förhandlad upphandling endast användas i de fall som uttömmande uppräknas i artikel 6.2 och 6.3 i direktiv 93/36 (jfr 2 kap. 10-11 §§ LOU). I artikel 6.4 föreskrivs dessutom att "[i] alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla sina varor genom öppet förfarande eller selektivt förfarande" (jfr 2 kap. 8 § LOU).

Domstolen uttalade därefter att "[b]estämmelsen i fråga, som införts av den spanska lagstiftaren, motsvarar varken det fall som anges i artikel 6.2 (i) direktiv 93/36 eller någon av de fem situationer som uppräknas i artikel 6.3 och som anger när det är uttryckligt tillåtet att använda det förhandlade förfarandet utan att ett meddelande dessförinnan publicerats. Det skall vidare påpekas att begreppet ramavtal inte omfattas av tillämpningsområdet för dessa undantag."

Den spanska lagen utgjorde därför enligt EG-domstolen ett felaktigt införlivande av artikel 6.2 och 6.3 i direktiv 93/36/EEG.

*NOU:s kommentar:* Av försörjningsdirektivet artikel 20.2 (i) (jfr 4 kap. 16 § LOU) framgår att upphandlande enheter i försörjningssektorerna i vissa fall får använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering för kontrakt som skall tilldelas utifrån ett ramavtal. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i

upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn. Den ovan refererade domen bekräftar enligt NOU:s mening de att upphandlande enheterna i den klassiska sektorn inte får tillämpa de bestämmelser om ramavtal som gäller för försörjningssektorerna (och att kravet på fastställande av samtliga villkor enligt 1 kap. 5 § LOU gäller). Som Kammarrätten i Stockholm uttalat (se referat i *NOU-info* juni 2004) innebär detta mot bakgrund av de krav på förutsebarhet och transparens som följer av EG-rätten och 1 kap. 4 § LOU att det är den upphandlande enhetens ansvar att utarbeta en mekanism eller fördelningsnyckel för tilldelning av avrop.

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### EG-kommissionen väcker talan om utdömning av vite

Kommissionen har den 7 december 2004 väckt talan mot Tyskland vid EG-domstolen (mål C-503/04). Kommissionen har yrkat att EG-domstolen skall fastställa att Tyskland åsidosatt sina förpliktelser enligt EG-fördraget genom att inte ha vidtagit tillräckliga åtgärder för att komma tillrätta med de av domstolen i dom i målen C-20/01 och C-28/01 fastställda fördragsbrotten (tidigare kommenterad i *NOU info* juni –03, sid. 5). Kommissionen har yrkat att staten Tyskland skall åläggas att erlægga ett dagligt vite på 31 680 euro respektive 126 720 euro fram till dess att de åtgärder har vidtagits som krävs för att verkställa domen i de sammanlagda målen.

EG-domstolen konstaterade i de förenade målen att staten Tyskland genom att tilldela kontrakt utan att följa direktivets bestämmelser underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet). Domen avsåg dels Bockhorns kommuns tilldelning av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten i vilken något anbudsförfarande inte hade anordnats, dels staden Braunschweigs tilldelning av kontrakt avseende bortskaftande av stadens avfall med tillämpning av förhandlat förfarande utan annonsering, trots att villkoren för sådan upphandling inte var uppfyllda. Tyskland hävdade i målen att prövning inte var möjlig, eftersom gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling endast består av förfarandebestämmelser och att verkningarna av dessa upphör i samma stund som det har skett. EG-domstolen bedömde att inskränkningen av den fria rörligheten av tjänster kvarstår under hela löptiden för avtal som ingåtts i strid med reglerna i tjänstedirektivet. Domstolen uttalade att "[ä]ven om det är riktigt att nämnda bestämmelsen tillåter medlemsstaterna att upprätthålla giltigheten av de avtal som ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling och således skyddar motpartens berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses vara förenligt med gemenskapsrätten sedan sådana avtal ingåtts, vilket skulle ge bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd."

## Vägverkets upphandling av utrustning m.m. för hantering av trängselskatter

NOU refererade i *NOU info* oktober –04 på sid. 10-12 Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 2056-04 mellan Vägverket och Combitech Consortium (Combitech). Kammarrätten bedömde i målet att ett villkorat avtal mellan Vägverket och den vinnande leverantören blivit giltigt tio dagar efter det att länsrätten i samband med dom upphävt ett tidigare interimistiskt beslut. Kammarrätten menade att upphandlingen därmed var avslutad och därför inte kunde prövas. Kammarrätten avskrev målet. Regeringsrätten undanröjde i dom den 4 februari 2005 kammarrättens avskrivningsbeslut i målet och återförvisade målet till kammarrätten för prövning i sak.

Regeringsrätten uppgav att den i 1 kap 28 § LOU och 7 kap 1 § LOU stadgade tiodagarsfristen hänför sig till den s.k. Alcateldomen från EG-domstolen (mål nr C-81/98, REG 1999 s. I-7671, refererat i *NOU info* oktober –00, sid. 6) och att tidsfristreglerna tillkommit för att säkerställa en effektiv överprövning. Regeringsrätten menade att länsrättens dom, som innebar fullt bifall till Combitechs talan, utgjorde ett förbud att fortsätta upphandlingen. Ett sådant förbud måste anses gälla omedelbart om inte annat förordnats eller inhibition beslutats av en överklagandeinstans. Regeringsrätten uppgav att länsrättens dom medför ”att den upphandlande enheten inte rätteligen kunde fullfölja det i LOU reglerade upphandlingsförfarandet, eftersom förutsättningarna för detta, inklusive tilldelningsbeslutet, undanröjdes de facto genom länsrättens dom”. Regeringsrätten menade att något annat skulle göra överprövningsprocessen enligt LOU meningslös, eftersom det bara är den upphandlande enheten som kan överklaga en dom av denna innebörd. Regeringsrätten gjorde en jämförelse med EG-domstolens dom i mål nr C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Österrike (refererad i *NOU info* december –03, sid 16 f.f.) och uppgav att gemenskapsbestämmelserna enligt EG-domstolen innebär att om ett nationellt överprövningsorgan har undanröjt ett beslut avseende ett visst upphandlingskriterium, en upphandlande enhet inte kan fullfölja en upphandling, utan har skyldighet att återkalla den. Regeringsrätten ansåg att det inte har någon betydelse för ett fall som det nu aktuella att parterna i upphandlingsförfarandet har ingått ett avtal. Regeringsrätten skrev att ”det inte spelar någon roll om avtalet ingåtts trots en förvaltningsdomstols interimistiska beslut eller i strid med domstols dom”. Att parter i ett mål ”är ense om att ett avtal föreligger dem emellan hindrar inte att den pågående överprövningsprocessen fullföljs”.

Kammarrätten har därefter i mars 2005 meddelat dom i målet (mål nr 328-05). Kammarrätten biföll Vägverkets överklagande och upphävde länsrättens dom i målet. Kammarrätten konstaterade att Combitech inte hade uppfyllt de skall-krav som Vägverket uppställt i upphandlingen och att Vägverket därför var förhindrat att ta upp Combitechs anbud till prövning. Kammarrätten menade att Combitech inte kunde anses ha lidit sådan skada som krävs för att åtgärd enligt 7 kap 2 § LOU skall vidtas och att länsrätten därför borde ha avslagit Combitechs ansökan. Kammarrätten tog inte upp till prövning frågan om överlåtelsen av upphandlingen var lagenlig.

Domen har överklagats till Regeringsrätten som den 11 mars 2005 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan Regeringsrätten beslutar i målet.

## Korruption, ekobrott och jäv

### Möjligheterna för en leverantör som medverkat vid förstudier eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget att delta i upphandlingen

EG-domstolen har den 3 mars 2005, med anledning av en begäran om förhandsavgörande från en belgisk domstol, meddelat dom i förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot État belge. Domen innehåller flera frågeställningar, av vilka endast en torde vara av intresse för den offentliga upphandlingen i Sverige, nämligen frågan om möjligheterna för en leverantör som medverkat vid förberedelserna inför en upphandling att delta i upphandlingen. Övriga frågeställningar behandlas således inte i referatet nedan.

I den belgiska lagstiftningen föreskrevs bl.a. följande.

” 1. Det är inte tillåtet för personer som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster att begära att få delta eller lämna ett anbud i en offentlig upphandling av sådana bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster.

2. Ett företag som är närstående till en sådan person som avses i punkt 1 har inte rätt att begära att få delta i en upphandling eller lämna ett anbud, såvida företaget inte kan styrka att det inte därvid åtnjuter en otillbörlig fördel som kan snedvrیدا de normala konkurrensförhållandena.

Med närstående företag i den mening som avses i förevarande artikel avses varje företag inom vilket en sådan person som avses i punkt 1, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, eller ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande på denna person eller som, liksom nämnda person, står under ett bestämmande inflytande från ett annat företag på grund av ägarförhållanden, ekonomisk delaktighet eller regler som styr företaget.”

Fabricom (ett bygg- och anläggningsföretag) väckte talan vid Conseil d'État och yrkade att de aktuella bestämmelserna skulle ogiltigförklaras. Conseil d'État begärde då ett förhandsavgörande från EG-domstolen och frågade bl.a. om det stred mot upphandlingsdirektiven att i den nationella lagstiftningen föreskriva att en person, som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, inte är behörig att begära att få delta i eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.



EG-domstolen konstaterade inledningsvis att likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Domstolen uttalade därefter att "[e]n person som har haft ansvar för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster avseende en offentlig upphandling (nedan kallad person som har utfört visst förberedande arbete) befinner sig emellertid inte nödvändigtvis i samma situation, när det gäller deltagande i upphandlingsförfarandet, som en person som inte har utfört ett sådant arbete.

För det första kan nämligen en person som har deltagit i visst förberedande arbete ha en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som personen kan ha erhållit om den ifrågavarande offentliga upphandlingen när den utförde nämnda förberedande arbete. Samtliga anbudsgivare måste emellertid ha samma chans att formulera sina anbud [...].

För det andra kan nämnda person befinna sig i en situation som kan leda till en intressekonflikt, genom att – såsom Europeiska gemenskapernas kommission med rätta har påpekat – den kan påverka villkoren för upphandlingen på ett för den gynnsamt sätt om den själv lämnar anbud inom ramen för den ifrågavarande upphandlingen, även om den inte har en sådan avsikt. En sådan situation skulle snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna. Med hänsyn till den situation som en person som har utfört visst förberedande arbete kan befinna sig i kan det därför inte anses att likabehandlingsprincipen innebär ett krav på att denna person skall behandlas på samma sätt som samtliga övriga anbudsgivare."

EG-domstolen konstaterade vidare att den berörda bestämmelsen inte gav den person som har utfört visst förberedande arbete någon möjlighet att i det konkreta fallet visa att problem med otillbörliga fördelar eller intressekonflikter inte förelåg. Bestämmelsen gick därför utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet avseende likabehandling av samtliga anbudsgivare. En tillämpning av bestämmelsen kunde nämligen, enligt EG-domstolen, få till följd att personer som har utfört visst förberedande arbete utesluts från upphandlingsförfarandet, fastän deras deltagande i förfarandet inte skulle innebära någon som helst risk för den fria konkurrensen mellan anbudsgivarna.

EG-domstolen uttalade därefter att upphandlingsdirektiven utgör hinder för nationella bestämmelser som innebär att "... en person som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster inte får begära att få delta eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen."

*NOU:s kommentar:* LOU innehåller inga uttryckliga bestämmelser om jävssituationer. Kravet på affärsmässighet och förbudet mot att ta ovidkommande hänsyn vilka framgår av 1 kap. 4 § LOU får dock anses täcka in sådana. Om konsult hjälp behövs för utformningen av t.ex. förfrågningsunderlaget bör den upphandlande enheten vara medveten om att otillbörliga fördelar kan uppkomma för konsulten om denne sedermera har för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Den ovan refererade domen visar dock att en leverantör som medverkat vid förstudier

inför en upphandling eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte kan utestängas från deltagande i upphandlingen om leverantören kan visa att hans tidigare medverkan inte inneburit att han fått en otillbörlig konkurrensfördel eller att det uppstått en intressekonflikt som snedvrider konkurrensen i upphandlingen. Om den upphandlande enheten anser att en leverantör som anlitas för t.ex. en förstudie inte kommer att kunna delta som anbudsgivare i den senare upphandlingen p.g.a. otillbörliga konkurrensfördelar, bör förfrågningsunderlaget för upphandlingen av förstudien, enligt NOU:s mening, innehålla en upplysning om detta. Denna information möjliggör för leverantören att välja vilken av de båda upphandlingarna som är mest intressant att delta i.

## Miljö

### Enkätstudie om Miljöanpassad offentlig upphandling

Naturvårdsverket har genomfört en undersökning om miljöanpassad offentlig upphandling (Miljöanpassad upphandling, En enkätstudie, Rapport 5445), bland samtliga kommuner, landsting och myndigheter. Av dessa har 205 kommuner, 14 landsting och 177 myndigheter svarat.

Frågor ställdes bl.a. om organisationerna har en miljöpolicy, om miljökrav ställs, om EKV-verktyget används, om systematisk uppföljning genomförs, om personal och upphandlingsansvarig är utbildad samt om de anser sig bra på miljöanpassad upphandling i praktiken.

Undersökningen visade att 60 % av de organisationer som deltog i enkäten alltid eller ofta ställer miljökrav vid upphandling.

Enligt enkätstudien tycks landstingen vara de som kommit längst med miljöanpassad upphandling. I landstingen är oftast upphandlingsfunktionen centraliserad. Det finns miljöansvarig personal och personalen har oftast genomgått någon utbildning i miljöanpassad upphandling.

Myndigheterna tycks vara den grupp som har längst att gå för att uppnå en väl fungerande miljöanpassad upphandling. Det finns många myndigheter med en liten budget och/eller få anställda. Myndigheterna använder sig ofta av centrala ramavtal. En av tre myndigheter har uppgett att de saknar miljöansvarig personal/kompetens inom organisationen

De största bristerna som pekats ut av de organisationer som besvarat enkäten finns vid utarbetandet av underlag till olika upphandlingar och vid uppföljning av de antagna anbuden.

Det största hindret för miljöanpassad upphandling är enligt enkätstudien bristande kunskap om hur man ställer miljökrav. Den hjälp som främst efterfrågas är mallar/hjälp att formulera miljökrav och information om tillgängliga verktyg för miljöanpassad upphandling.

Studien kommer att utgöra underlag för utarbetandet av en nationell handlingsplan för miljöanpassad upphandling som Naturvårdsverket fått i uppdrag att ta fram under 2005. Rapporten finns i sin helhet att läsa på Naturvårdsverkets webbplats

[www.naturvardsverket.se](http://www.naturvardsverket.se)

NOU vill i sammanhanget påminna om det s.k. EKU-verktyget som förvaltas och vidareutvecklas av Miljöstyrningsrådet. Mer information om EKU-verktyget finns på Miljöstyrningsrådets webbplats [www.miljostyrning.se](http://www.miljostyrning.se).

## Sociala hänsyn inkl arbetsrätt

### Regeringsuppdrag att informera om antidiskrimineringsklausuler

Regeringen har uppdragit åt NOU att genomföra en informationsinsats riktad mot upphandlande enheter beträffande möjligheten att använda antidiskrimineringsklausuler i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling. Syftet är att åstadkomma en ökad användning av antidiskrimineringsklausuler.

NOU arbetar för närvarande med den närmare utformningen av insatsen. Regeringsuppdraget skall redovisas senast den 31 augusti 2005.

## Elektronisk upphandling

### Regeringsuppdrag till Statskontoret

Statskontoret har fått regeringens uppdrag att bilda och leda arbetet i en arbetsgrupp som skall ha till syfte att sprida information om de nya upphandlingsdirektiven i de delar som berör elektronisk upphandling. Målgruppen är företrädare för offentlig sektor, varu- och tjänsteleverantörer samt IT-leverantörer. Informationen skall utformas i enlighet med de olika målgruppernas behov. Arbetsgruppen skall även stödja det svenska arbetet i EG-kommissionens arbetsgrupp, vid behov stödja utredningen för genomförandet av upphandlingsdirektiv, föreslå lämpliga krav på harmoniserade systemlösningar m.m. samt ta fram underlag till en nationell plan för att införa elektronisk offentlig upphandling enligt "Handlingsplan för genomförandet av den rättsliga ramen för elektronisk offentlig upphandling" (se länken på NOU:s webbplats). Företrädare för NOU, Sveriges kommuner och landsting, vissa statliga myndigheter myndigheter, vissa privata företag samt vissa kommuner och landsting deltar i arbetsgruppen.

Uppdraget skall redovisas till regeringen senast den 22 februari 2007. En delredovisning innehållande den nationella handlingsplanen skall redovisas den 1 december 2005.

## Förändring av regelverket

### Upphandlingsutredningens delbetänkande

Upphandlingsutredningen 2004 har den 15 mars 2005 lämnat det första betänkandet med förslag på införlivning av de obligatoriska delarna i direktiv 2004/17 (försörjningsdirektivet) och 18/EG (klassiska direktivet). Införlivningen föreslås ske i två separata lagar, en om upphandling inom sektorerna för försörjning med vatten, energi, transporter och posttjänster, och en om offentlig upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster. NOU konstaterar att förslaget har undanröjt många felaktigheter som finns i LOU, vilket förhoppningsvis skapar större klarhet i regelverket. Till de stora nyheterna hör att många gemenskapsrättsliga uttryck kommer att ersätta hittills använda svenska uttryck. Upphandlande enheter som är myndigheter eller offentligt styrda organ skall i fortsättningen kallas upphandlande myndigheter. Det uttrycks tydligare att upphandling handlar om tilldelning av kontrakt, genom att begreppet upphandling på flera ställen har utmönstrats och ersatts med orden kontrakt eller kontraktstilldelning. Till de stora nyheterna hör även regleringen av hur kontrakt avseende ramavtal inom den klassiska sektorn skall tilldelas, samt regler om inköpscentraler.

Inom försörjningssektorerna är det värt att påpeka att privata energiproducenter inte längre kommer att omfattas av regelverkets tillämpning samt att posttjänsterna så småningom kommer att övergå från den klassiska sektorn till försörjningssektorerna. Upphandlande enheter i Sverige kommer att kunna söka undantag från tillämpningen av reglerna för försörjningssektorerna i och med att reglerna träder i kraft. Fram till dess är det endast den svenska regeringen som kan ansöka om undantag.

Betänkandet har fått titeln Nya upphandlingsregler, SOU 2005:22 och är tillgängligt i tryckt form eller på regeringens webbplats <http://www.regeringen.se/sb/d/5266/a/40472>

Enligt uppgift från regeringen förväntas remisstiden inledas så snart som möjligt och pågå i tre månader. Reglerna skall träda ikraft senast den 1 februari 2006.

Några av de stora nyheterna i direktiven införs inte i denna omgång. Således förväntas förslag om konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem, och elektroniska kataloger komma först vid slutet av 2005, för att träda i kraft i början av 2007. Samtidigt kommer sannolikt förslag till förändringar och anpassningar av reglerna i dagens 6 kap. och 7 kap. LOU att behandlas.

## Statistik

### Statistikinsamling

Statistiska centralbyrån (SCB) kommer under våren att på uppdrag av NOU samla in uppgifter om de upphandlingar som gjorts under 2004. Uppgifterna sammanställs

med stöd av LOU i enlighet med avtalet om upphandling inom WTO (GPA) och EG:s upphandlingsdirektiv.

Uppgifter gällande upphandlingar över tröskelvärdena hämtas i EUT/TED och grundas på genomförd efterannonsering. NOU förväntar sig att samtliga upphandlande enheter som tilldelar kontrakt över tröskelvärdena nu har rutiner som säkerställer att efterannonsering sker i enlighet med LOU. För statliga myndigheter samt upphandlande enheter inom försörjningssektorerna omfattas även upphandlingar under tröskelvärdena av statistikinsamlingen. De upphandlande enheter som är skyldiga att för år 2004 lämna sådana uppgifter kommer att tillskrivas av SCB och NOU. Även om NOU är medveten om att det kan vara svårt att ta fram dessa uppgifter hoppas vi att berörda myndigheter och företag gör sitt bästa för att lämna så korrekta uppgifter som möjligt.

Beträffande statistiken för år 2003 kan följande uppgifter vara av intresse. Antalet svenska annonserade upphandlingar i EUT/TED var 3247 och gjordes av 751 olika upphandlande enheter. Enligt EU:s indikatorer uppgår den totala upphandlingen i Sverige till drygt 56 miljarder euro, drygt 19 % av BNP. Bara Nederländerna har en högre andel. Drygt 19 % av den totala upphandlingen annonserades, vilket skulle kunna innebära att mer än 80 % av upphandlingen i Sverige utgörs av upphandling under tröskelvärdena, B-tjänster, försvarsupphandling och annan upphandling som är undantagen från annonsering i EUT/TED.

## Antalet överprövningsmål år 2004

NOU har inhämtat följande statistik från Domstolsverket rörande antalet överprövningsmål i länsrätterna.

År	Inkomna mål	Avgjorda mål
2000	113	108
2001	153	150
2002	343	299
2003	865	841
2004	1124	1143

## Övrigt

### Tillsynsutredningens slutbetänkande

NOU har lämnat ett yttrande (dnr 2004/0259-22) över Tillsynsutredningens slutbetänkande: Tillsyn, Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn

(SOU 2004:100). NOU har tidigare yttrat sig över delbetänkandet, se referat i *NOU info juni –02* sid. 13.

Utredningen har i slutbetänkandet bland annat föreslagit en allmän tillsynslag. NOU har i sitt remissvar framfört följande. ”Den föreslagna tillsynslagen förefaller inte medföra några uppenbara fördelar för nämndens tillsynsverksamhet. Detta kan vara ett utslag av att nämndens verksamhet är svår att jämföra med annan tillsynsverksamhet. Strävan efter enhetliga begrepp och definitioner för statlig tillsyn är vällovlig, men det förefaller som de skilda tillsynsmyndigheterna har så olika förutsättningar att det är svårt att hitta en gemensam begreppsflora som är tydlig och enkel att använda.”

I den föreslagna tillsynslagen finns en gemensam katalog med ingripandemöjligheter ”som i princip alla tillsynsorgan bör kunna få möjlighet att använda vid sin tillsyn”. NOU konstaterar att de ingripanden som föreslås, förutom möjligen ”anmärkning”, inte passar särskilt väl på tillsynen över den offentliga upphandlingen.”

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting

NOU har lämnat ett yttrande över betänkandet Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting (SOU 2004:107). NOU välkomnar de förslag som framförs i betänkandet och som avser stärka revisorns ställning. NOU ser – under vissa förutsättningar – fördelar med förslaget att den kommunala kompetensen vidgas genom att kommuner och landsting får sluta avtal om att tillhandahålla sakkunnigt biträde till varandras revisorer, i syfte att stödja samverkan och samarbete i revisionen. Avtalet skall dock, såsom utredningen konstaterar, givetvis föregås av en upphandling enligt LOU.

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete

NOU har lämnat ett yttrande över betänkandet Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete (SOU 2004:75).

NOU tillstyrker förslaget att tryckfrihetsförordningens regler om rätten att ta del av allmänna handlingar skall gälla även handlingar hos aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag och stiftelser där staten har ett rättsligt bestämmande inflytande. NOU instämmer även i förslaget att sådana företag skall jämföras med myndigheter vid tillämpningen av sekretesslagen.

NOU är också positiv till förslaget att sekretesstiden för handlingar som anger villkor i slutet avtal förlängs för statliga företag som omfattas av förslaget, i likhet

med vad som redan gäller för kommunala företag, från två till fem år efter det att avtal slöts.

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Regeringsuppdrag till Nutek

Regeringen har uppdragit åt Verket för näringslivsutveckling (Nutek) att kartlägga och analysera de eventuella problem som små företag kan ha när de deltar i offentlig upphandling. Uppdraget skall utföras i samråd med NOU, Statskontoret, Konkurrensverket och andra berörda myndigheter och organisationer.

Uppdraget skall redovisas till regeringen senast den 1 oktober 2005.

December 4 -04 Dnr 2004/0086-21

## NOU:s nyhetsbrev december 2004

Här kommer ett lite kortare nyhetsbrev än vanligt. Vi spar oss lite tills det nya lagförslaget lagts fram i januari. Dessutom flyttar vi vid jul och vill genast be om ursäkt för att NOU:s service och verksamhet kan halta en hel del runt helgerna. Vi behåller våra telefonnummer och vår e-postadress, men post- och besöksadressen ändras fr.o.m. den 29 dec. till Vasagatan 44, 111 20 Stockholm.

Vi har fått oss en tankeställare. Och det borde en del upphandlande enheter också ha fått. Nyhetsbrevet når uppenbarligen inte längre än att Europeiska Kommissionen har behövt rikta allvarlig kritik (en s.k. formell underrättelse) mot Sverige beträffande flera upphandlande enheter i en fråga som vi behandlade i *NOU info mars -04*. Frågan gäller hänvisning till visst varumärke, i detta fall processorer i datorer. Läs mera i det här nyhetsbrevet.

Nu är ju det här inte precis rätt plats att klaga på att flera upphandlande enheter inte bevakar nyhetsbrevet eller inte vidareförmedlar innehållet till dem det berör ute i organisationen. Men jag hoppas att varje upphandlande enhet som tar del av detta nyhetsbrev ser till att *systematiskt* bevaka samtliga nyhetsbrev (fyra per år) eftersom dessa är NOU:s viktigaste medel för att nå ut med väsentlig information till alla tillsynsobjekt. De upphandlande enheterna är antalsmässigt så många att det beklagligtvis inte går att ha närmare kontakt med alla. Förespråkarna för ytterligare rättsmedel på upphandlingsområdet får allt tyngre argument, om många väljer att ignorera tillsynsmyndighetens uttalanden.

Till alla trogna *NOU info*-läsare vill vi på NOU-kansliet skicka en riktigt varm God Jul-hälsning och önska ett Gott Nytt Upphandlingsår!

Margareta Hentze



## Innehåll

Upphandlande enhet .....	3
Fråga om Elmia AB är en upphandlande enhet.....	3
Tillämpning av LOU.....	4
Förhållandet mellan bidrag och upphandling – LOU:s tillämplighet vid bostadsanpassningsärenden.....	4
Upphandlingsförfaranden .....	5
Beräkning av kontraktets värde vid upphandling av resebyråttjänster .....	5
Förfrågningsunderlaget .....	6
Oförutsägbart förfrågningsunderlag.....	6
Formell underrättelse från Kommissionen om upphandling av datorer .....	7
Annonsering.....	7
Underlåtelse av annonsering vid formgivningstävling.....	7
Efterannonsering av avbruten upphandling.....	10
Anbudsprövning .....	10
Utvärderingsmodeller .....	10
Avtal .....	10
Revidering av ALOS 81.....	10
Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt.....	11
Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt .....	11
Elektronisk upphandling .....	11
Försörjningssektorerna .....	11
Transportsektorn i det nya EG-direktivet.....	11
Förändring av regelverket.....	12
Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling.....	12
Statistik .....	13
Övrigt.....	15
Vanliga frågor och svar på NOU:s webbplats.....	15
Nu går flyttlasset!.....	15

### *NOU info*

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

*NOU info* finns också på NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan, t.ex. "*NOU info* december -04"

# Upphandlande enhet

## Fråga om Elmia AB är en upphandlande enhet

NOU har vid nämndsammanträde den 18 november 2004 i ett yttrande (dnr 2004/0106-26) tagit ställning till huruvida det kommunala mäss-, utställnings- och konferensbolaget Elmia AB i Jönköping är en upphandlande enhet.

Förhållandena kring Elmias verksamhet påminner mycket om omständigheterna i en dom från EG-domstolen (mål C-223/99 och C-260/99 *Agorà*). Domen har refererats i *NOU info* juni 2001. I domen 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 var av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen ansåg i domen att en organisation, som själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet, 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 konstaterade i sitt yttrande att Elmias verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen utförs mot vederlag från Elmias kunder, och att sådan verksamhet, som EG-domstolen påpekat, tillgodoser 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.

NOU konstaterade vidare att Elmia, som till 82 % ägs av Jönköpings kommun, enligt kommunallagen inte får bedriva sin verksamhet med det huvudsakliga syftet att lämna vinst till ägarna. Elmias ägare har beslutat att 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. NOU ansåg också att det faktum att Elmia bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad med många olika aktörer borde beaktas vid bedömningen av bolaget.

NOU ansåg mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade rättspraxis att Elmia inte är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU, dock 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, kommer att erhålla ekonomiskt stöd från ägarna.

Hela yttrandet kan läsas på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Tillämpning av LOU

### Förhållandet mellan bidrag och upphandling – LOU:s tillämplighet vid bostadsanpassningsärenden

NOU har på senare tid fått flera frågor om huruvida LOU är tillämplig i ärenden om bostadsanpassning enligt lagen (1992:1574) om bostadsanpassningsbidrag m.m. NOU har därför i ett ärende, som föranletts av en skrivelse från Norrköpings kommun, utrett frågan.

Av yttrandet framgår i huvudsak följande. Lagen om bostadsanpassningsbidrag m.m. har enligt lagens 1 § till ändamål att genom bidrag till anpassning av bostäder ge personer med funktionshinder möjlighet till ett självständigt liv i eget boende. Kommunerna svarar enligt 2 § för att bidrag lämnas till anpassning och återställning av bostäder enligt bestämmelserna i lagen. Av 4 § framgår bl.a. att bostadsanpassningsbidrag lämnas till enskild person som äger en bostad för permanent bruk eller som innehar en sådan bostad med hyres- eller bostadsrätt.

Av de handlingar som NOU tagit del av framgår att praxis i ärenden om bostadsanpassning varierar från kommun till kommun. Som exempel nämns bl.a. att det förekommer att kommuner i eget namn ingår avtal med entreprenören för den funktionshindrades räkning, att kommuner uppträder som ombud med fullmakt, att kommuner tecknar ramavtal med entreprenörer vilket ibland innebär att kommunen faktureras för anpassningsåtgärderna, samt att kommuner genom direktupphandling anlitar vissa entreprenörer regelbundet.

Av såväl lagen om bostadsanpassningsbidrag m.m. som dess förarbeten<sup>1</sup> framgår att det är den enskilde funktionshindrade som är berättigad till bidrag för anpassning av den egna bostaden. Det framgår också att de anpassningar som skall utföras endast kommer den enskilde funktionshindrade, i egenskap av innehavare till bostaden, tillgodo. Kommunens roll inskränker sig enligt lagen till att lämna bidrag till täckande av den enskildes kostnader för bostadsanpassningen. Lagstiftaren synes ha förutsatt att den enskilde funktionshindrade själv skall svara för anlitan av entreprenörer för utförande av anpassningsåtgärderna.

I en situation där den enskilde funktionshindrade, själv eller genom ombud, formellt sett är avtalspart i förhållande till den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna och således också är betalningsansvarig gentemot den kontrakterade entreprenören, är det enligt NOU:s mening inte fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt, trots att den funktionshindrade betalar entreprenören med bidrag som erhållits från kommunen. Detta eftersom det inte uppstår någon avtalsrelation mellan kommunen och entreprenören.

Om däremot kommunen ingår avtal med den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna, eller i händelse av den funktionshindrades insolvens garanterar betalning för de utförda arbetena, är det enligt NOU:s mening fråga om en sådan tilldelning av upphandlingskontrakt som skall föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. I realiteten blir det då fråga om att kommunen

---

<sup>1</sup> Prop. 1992/93:58, sid. 14 ff.

fullgör sin bidragsskyldighet, inte genom utbetalning av reda pengar, utan genom överlämnande av en ”färdig entreprenad” till den funktionshindrade.

Detsamma gäller om den enskilde funktionshindrade, själv eller genom ombud, formellt sett är avtalspart i förhållande till den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna, men vid valet av entreprenör är begränsad till att välja bland entreprenörer som anvisats av kommunen, en situation som påminner om den som råder vid användning av s.k. kundvalssystem. NOU har vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 uttalat följande:

”För närvarande kan det endast sägas att graden av den upphandlande enhetens inblandning får avgöra huruvida transaktionen är att beteckna som ett ömsesidigt kontrakt med ekonomiska villkor eller någon annan form av överenskommelse. I de fall när en kommun tillhandahåller en lista på leverantörer, dvs. väljer dem som får tillhandahålla tjänsterna samt garanterar betalningen, uppstår det ett kontrakt mellan kommunen och leverantören, även om det är kommuninvånaren som väljer vilken av de anvisade leverantörerna som skall anlitas. Sådana situationer uppstår framför allt vid obligatoriska uppgifter för en kommun, såsom tillhandahållande av förskoleverksamhet eller äldreomsorg. Det finns dock fall när en kommuninvånare erhåller en check som får användas för vissa tjänster även utanför den egna hemkommunen, såsom fotvård. Sådana är närmast att beteckna som en form av individuellt bistånd till den enskilde och omfattas sannolikt inte av reglerna om offentlig upphandling. Härutöver finns andra typer av kundvalssystem i vilka kommunens ansvar för tjänstens tillhandahållande är delat eller inte lagstadgat och dessa är svårare att bedöma.”<sup>2</sup>

## Upphandlingsförfaranden

### Beräkning av kontraktets värde vid upphandling av resebyråtjänster

Länsrätten i Västernorrlands län har den 18 oktober 2004 meddelat dom i ett överprövningsmål (mål nr 2396-04 E) rörande Centrala studiestödsnämndens (CSN) upphandling av resebyråtjänster.

Upphandlingen hade genomförts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Den klagande leverantören hade gjort gällande att bestämmelserna i 5 kap. LOU skulle ha tillämpats eftersom det var fråga om A-tjänster och värdet av tjänsterna uppgick till ca 50 miljoner kronor, d.v.s. ett belopp som översteg det tillämpliga tröskelvärdet.

Mot detta hade CSN invänt att det var värdet av servicetjänsten som skulle beaktas vid val av upphandlingsform, inte värdet av de merkostnadslån CSN betalar ut till studenter för täckande av reskostnader. Den ifrågavarande tjänsten var således inte värd 50 miljoner kronor, utan värdet utgjordes endast av den intäkt som resebyrån skulle få in genom att förmedla ca: 6 000 resor per år. Intäkten från de studerande beräknades då utifrån att de studerande idag betalar 50 kronor vid bokning via

---

<sup>2</sup> NOU:s remissyttrande över EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (dnr 2004/0143-22).

Internet och att anbudsgivarnas avgifter inte skulle överstiga denna summa med mer än 50 %.

Länsrätten uttalade bl.a. följande. ”Av utredningen i målet framgår att CSN för enskilda studenters räkning köper utlandsresor för uppemot 50 miljoner kronor. Den aktuella upphandlingen avser dock formellt inte dessa resor utan endast ’resebyråttjänster’ för uppemot 12 000 studenter per år i två år. Värdet av upphandlingen är svårt att beräkna, eftersom resebyrån dels kan ta ut en avgift för förmedlingen, dels kan få bonus av okänd storlek från de enskilda resebolagen. Nuvarande avtal ger resebyrån 50 kronor per bokning jämte bonus.

Bonusmöjligheterna är tydligen så stora att två anbudsgivare i sina anbud helt avstått från att ta ut avgift för förmedlingen.” Mot denna bakgrund framstod det enligt länsrätten inte som orimligt att beräkna värdet av upphandlingen av resebyråttjänster högre än 130 000 sdr (det aktuella tröskelvärdet för statliga myndigheter, vilket uttryckt i kronor uppgår till 1 421 000 kronor. *NOU:s anmärkning*).

Förutom upphandlingen av resebyråttjänster fann länsrätten att den aktuella upphandlingen i praktiken även innefattade upphandling av de resor som studenterna väljer att köpa genom CSN:s och resebyråns förmedling. Länsrätten uttalade att ”[v]ärdet av denna sammantagna upphandling överstiger med marginal tröskelvärdet. Något godtagbart skäl att dela upp upphandlingen i en särskild del som avser resebyråttjänster har inte framkommit. Den omständigheten att resebyråttjänsten helt eller delvis finansieras genom någon form av andel i priset för resorna tyder tvärtom på att en sådan uppdelning av upphandlingen är helt felaktig. Upphandlingen rör ostridigt sådana tjänster som avses i 5 kap. LOU och enligt länsrättens mening är värdet av upphandlingen högre än tröskelvärdet. Vid sådant förhållande får förenklad upphandling inte användas.”

Länsrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om. Domen har vunnit laga kraft.

## Förfrågningsunderlaget

### Oförutsägbart förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Göteborg har den 10 november meddelat dom i ett mål (mål nr 4210-04) avseende en upphandling av reserelaterade tjänster som genomförts av Lunds Universitet och Malmö Högskola.

Leverantören anförde bl.a. att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att priset skulle utvärderas enligt ett på förhand angivet intervall eller att priset skulle utvärderas enligt en annan utvärderingsmodell än övriga kriterier.

Kammarrätten fann att den utvärderingsmetod som tillämpats beträffande kriteriet ”Arvode/ersättning” innebar att kriteriet i praktiken inte fått den viktning som angivits i förfrågningsunderlaget. Enligt Kammarrätten skulle detta kunna ha varit godtagbart om det i förfrågningsunderlaget angivits hur poängsättningen skulle gå till. Förutsättningarna för utvärderingen, såsom den faktiskt utförts, skulle ha funnits med i förfrågningsunderlaget. Vidare konstaterade Kammarrätten att förfrågningsunderlaget brustit i förutsägbarhet på ett sätt som avgjort skiljer sig i

förhållande till de omständigheter Regeringsrätten hade att ta ställning till i RÅ 2002 ref. 50 (Migrationsverket).

Kammarrätten förordnade att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

## Formell underrättelse från Kommissionen om upphandling av datorer

NOU påminde i *NOU info* mars -04, sid. 10 om att krav som ställs i upphandlingar skall beskrivas i så neutrala termer som möjligt. Därmed avsågs att hänvisning inte får göras till särskilda processer eller varumärken så att leverantörer gynnas eller missgynnas.

Skrivningen gjordes med anledning av ett klagomål från Kommissionen angående datorupphandling som genomfördes av Luleå kommun i vilken hänvisning gjordes till "Intel Pentium IV". Trots informationen i *NOU info* har Kommissionen funnit anledning att rikta kritik mot fyra upphandlande enheter angående de krav som uppställts vid upphandling av processorer. Av Kommissionens klagomål framgår att en av de aktuella upphandlingarna har ett värde över tröskelvärdet för upphandling av varor och därför strider mot artikel 8.6 i direktiv 93/36/EEG. Övriga tre upphandlingar har ett värde under tröskelvärdet. Kommissionen anser att dessa strider mot EG-rättens principer och mot förbudet av kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i artikel 28 i EG-fördraget. Kraven som uppställts i upphandlingarna var i tre fall hänvisningar till processorer av ett särskilt fabrikat. I en av upphandlingarna var det frågan om en hänvisning till en processorhastighet (clock-rate) på minst 2 GHz. I klagomålet påpekar Kommissionen att det klagande företaget till den uppgett att datortillverkarna är eniga om att en mikroprocessors prestanda bör bedömas med hänsyn både till processorhastigheten och till det antal instruktioner per klockcykel (IPC) som processorn kan utföra.

Kommissionen uppger också i sitt klagomål att den uppskattar de svenska myndigheternas ansträngningar, varmed sannolikt avses NOU:s rekommendation i *NOU info* mars -04, men menar att det är uppenbart att de åtgärder som vidtagits inte satt stopp för vanan att hänvisa till varumärken i de tekniska specifikationerna vid offentlig upphandling av datorer. NOU vill därför påminna alla upphandlande enheter om vikten av att de krav som ställs vid upphandlingar formuleras på ett sätt som medför att diskriminering undviks. Så som regeln är uttryckt i 1 kap 16 § LOU får hänvisning till en viss vara eller ett visst fabrikat endast göras om den upphandlande enheten "inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och beskrivligt". Det är således enbart i undantagssituationer som sådana hänvisningar kan göras.

## Annonsering

### Underlåtelse av annonsering vid formgivningstävling

EG-domstolen har den 14 oktober meddelat dom i ett mål (C-340/02) mellan Europeiska kommissionen och Frankrike. Kommissionen har väckt talan om

fastställelse av att Frankrike underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet). Kommissionen anser att felet bestod i att Communauté urbaine du Mans (CUM), bl.a. med motivering att kontraktet följer på en formgivningstävling, tilldelat ett kontrakt utan att annonsera upphandlingen i EGT<sup>3</sup>.

CUM avsåg att genomföra ombyggnad av ett reningsverk. För ombyggnaden hade en arbetsplan med tre etapper lagts fram:

*Första etappen:* genomförbarhetsbedömning av en metod för behandling av vatten.

*Andra etappen:* kontrakt för undersökningar som avsåg

- 1) att bistå entreprenören i utarbetandet av den tekniska detaljplanen på grundval av den lösning som valts ut i den första etappen,
- 2) utarbetande av en konsekvensstudie som analyserar projektets inverkan på miljön, och
- 3) bistå entreprenören vid utvärderingen av de anbud som lämnas in inom ramen för den upphandling som avsåg den tredje etappen.

*Tredje etappen:* arbetets uppläggning och genomförande.

Två annonser publicerades i EGT. Den första rörde en anbudsinfordran till en idéävling (formgivningstävling) avseende den genomförbarhetsbedömning som var tänkt att utgöra den första etappen. I annonsen angavs att den tävlande vars förslag valdes ut för första etappen även kunde komma att bli erbjuden att medverka vid genomförandet av idén inom ramen för den andra etappen.

Den andra annonsen avsåg den tredje etappen.

I sin ansökan till EG-domstolen anförde Kommissionen att kontraktet för att bistå entreprenören i den andra etappen handlade om andra tjänster än de som omfattades av den idéävling som utlystes i den första annonsen. Följaktligen borde nämnda kontrakt ha varit föremål för en separat annonsering och upphandling. Det hade dock inte skett, utan kontraktet tilldelades vinnaren av idéävlingen i den första etappen.

Kommissionen hävdade även att det inte var relevant att det i den första annonsen uppgavs att vinnaren i idéävlingen kunde komma att bli erbjuden att medverka med att bistå entreprenören inom ramen för den andra etappen. Kommissionen menade nämligen att en sådan uppgift inte medförde att den upphandlande myndigheten kunde undandra sig sina skyldigheter att genomföra en separat upphandling för den andra etappen.

Kommissionen tillade att principen om likabehandling av anbudsgivare medför krav på att föremålet för kontraktet är klart definierat och inte kan utvidgas under upphandlingens gång. Principen medför även att kriterierna för tilldelning av ett kontrakt skall vara klart bestämda. I detta fall kunde dock vinnaren av tävlingen inte kräva eller ens vara säker på att få utföra andra tjänster inom ramen för den andra etappen. Inte heller hade några kriterier för tilldelningen av andra etappens kontrakt angetts.

---

<sup>3</sup> Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) är det tidigare namnet på Europeiska unionens officiella tidning (EUT) i vilken alla offentliga upphandlingar som överstiger vissa tröskelvärden skall publiceras.

I sitt svaromål gjorde den franska regeringen för det första gällande att formuleringarna i den första annonsen inte lämnade några tvivel om CUM:s vilja att förbehålla sig möjligheten att tilldela vinnaren i idétävlingen ett kontrakt avseende den andra etappen. Följaktligen kunde det kontraktet tilldelas vinnaren i idétävlingen utan att någon ny annonsering och upphandling genomfördes. För det andra hävdade den franska regeringen att artikel 11.3 c i direktivet<sup>4</sup>, där det står att kontrakt får tilldelas genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering bl.a. "[d]å kontraktet i fråga följer på en formgivningstävling och enligt tillämpliga regler skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av denna tävlan. ...", i detta fall medger ett undantag från kravet att annonsera upphandlingen.

EG-domstolen underkände det första argumentet Frankrike gjorde gällande, nämligen undantaget från skyldigheten att annonsera före tecknandet av det andra kontraktet. Principen om likabehandling av de olika leverantörerna och principen om öppenhet medför krav på att föremålet för varje kontrakt, liksom kriterierna för tilldelning av kontrakten, är klart definierade.

Avseende den franska regeringens åberopande av artikel 11.3 c i direktivet påtalade EG-domstolen att denna bestämmelse är ett undantag från en grundläggande regel i fördraget och därför skall tolkas restriktivt. Det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har *bevisbördan* för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.

I det aktuella fallet ansåg EG-domstolen att en del av de tjänster som avsåg den andra etappen inte inbegreps i begreppet formgivningstävling enligt direktivet. I artikel 1 g definieras begreppet som "ett planerings- eller projekteringsunderlag". Även om punkt 1 i den andra etappen eventuellt skulle kunna betraktas som ett planerings- eller projekteringsunderlag, ansåg EG-domstolen att det uppenbart inte var fallet med punkt 3, att bistå entreprenören i utvärderingen av anbud.

EG-domstolen ansåg vidare att villkoren för att tillämpa *undantaget i artikel 11.3 c* inte är uppfyllda i det här fallet. Det framgår nämligen tydligt av bestämmelsens ordalydelse att ett undantag från kravet på annonsering *endast är möjligt då det berörda kontraktet följer på en formgivningstävling*. Kontraktet måste då tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen. Uttrycket "följer på en formgivningstävling" betyder att *det måste finnas en direkt funktionell koppling mellan tävlingen och det berörda kontraktet*. I den mån tävlingen i fråga avsåg den första etappen och organiserades i syfte att tilldela kontraktet för denna etapp, kan inte kontraktet för den andra etappen anses följa på den tävlingen.

I den första annonsen talas dessutom endast om möjligheten, inte om skyldigheten, att anförtro den andra etappen åt vinnaren i tävlingen avseende den första etappen. Följaktligen kan det inte påstås att kontraktet för den andra etappen skulle tilldelas vinnaren av formgivningstävlingen.

Avslutningsvis konstaterade EG-domstolen att Republiken Frankrike hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet. I synnerhet var det artikel 15.2, som anger att annonsering skall ske, som inte uppfyllts. CUM hade tilldelat ett kontrakt

---

<sup>4</sup> Motsvarande bestämmelse återfinns i 5 kap. 33 § LOU



för undersökning, som avsåg att bistå entreprenören avseende reningsverket, utan att ha annonserat upphandlingen i EGT.

## Efterannonsering av avbruten upphandling

NOU får återkommande frågor om, och i så fall hur, avbrutna upphandlingar skall efterannonseras. Enligt 1 kap. 29 § LOU skall en upphandlande enhet som vid upphandlingar enligt i reglerna i 2, 3 eller 5 kap beslutar att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen underrätta Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer om sitt beslut, dvs. efterannonsera upphandlingen. Det finns dock inga särskilda blanketter för ändamålet, utan blanketten för meddelande om tilldelning av kontrakt skall användas. Uppgift om avbrytande av upphandling kan lämnas under blankettens rubrik "Övrig information".

Av paragrafen framgår även att den upphandlande enheten på begäran skall lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

## Anbudsprövning

### Utvärderingsmodeller

I en forskningsrapport som tagits fram på uppdrag av Konkurrensverket görs det gällande att en "anbudsgivare som inte vill vinna en upphandling ändå kan påverka upphandlingens resultat". Rapportens författare vänder sig mot utvärderingsmodeller där upphandlare sätter poäng på olika faktorer, till exempel kvalitet och leveransvillkor, och denna poäng sedan sätts i relation till priset, när det skall avgöras vilken anbudsgivare som skall tilldelas kontraktet. Resultatet kan enligt författarna bli, att anbudsgivare som inte har för avsikt att vinna upphandlingen ändå kan komma att påverka utfallet genom att lägga strategiska anbud och därmed påverka den värdering av anbudet som upphandlaren gör. "Den som vinner en upphandling kan alltså göra det på grund av att konkurrenter har lagt konstiga eller manipulerade anbud".

Författarna pekar bland annat på möjligheten att värdera kvalitet i termer av kronor och ören i stället för den poängsättning som är vanlig. Rapporten finns att läsa på Konkurrensverkets webbplats.

NOU vill gärna tillägga att utvärderingar bör göras mot kriterierna i förfrågningsunderlaget och inte i förhållande till andra leverantörers anbud.

## Avtal

### Revidering av ALOS 81

Leveransbestämmelserna ALOS 81 är som NOU informerade om i *NOU info juni – 04* sid. 8 föremål för uppdatering och arbetet beräknas bli slutfört under innevarande år och skickas ut på remiss i början av 2005. De nya bestämmelserna förväntas vara klara under våren 2005.

## Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt

### Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

NOU vill, bl. a. med anledning av att flera olika antidiskrimineringsklausuler börjat användas, påminna om det exempel på klausul som NOU utarbetat och de motiv som legat bakom dessa. NOU:s exempel har utarbetats på uppdrag av regeringen och får anses hålla sig inom den ram som finns enligt LOU och gemenskapsrätten. Klausulen finns i sin helhet på NOU:s webbplats under rubriken rapporter. NOU väntar ett ytterligare regeringsuppdrag inom kort om användningen av antidiskrimineringsklausuler.

## Elektronisk upphandling

NOU och Statskontoret har deltagit i Europeiska kommissionens arbetsgrupp för elektronisk handel. Gruppen arbete stötte dock på vissa svårigheter med att samordna de olika medlemsstaternas lösningar på flera områden, bl.a. kring elektroniska signaturer och elektroniska kataloger. Europeiska kommissionen förbereder nu en handlingsplan kring elektronisk handel i syfte att undanröja olika handelshinder och förenkla elektronisk handel inom och mellan medlemsstaterna. Arbetsgruppens uppdrag har förlängts med ytterligare två år.

## Försörjningssektorerna

### Transportsektorn i det nya EG-direktivet

På förekommen anledning vill NOU kommentera den ändring som gjorts i det nyligen antagna EG-direktivet om försörjningssektorerna vad avser transportsektorn.

I EG-direktivet 93/38/EEG om upphandling inom försörjningssektorerna, stadgas i artikel 2, § 2, p. c) att ”Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten .....” är en sådan sektor som skall omfattas av reglerna om upphandling för försörjningssektorerna. I det nya direktivet, 2004/17/EG återfinns motsvarande bestämmelse, men med tillägget att även tillhandahållande av ett sådant nät skall vara en sådan verksamhet som omfattas av försörjningsdirektivet.

Anledningen till tillägget är *inte* att EG avsett att införa någon ny bestämmelse. Tillägget beror helt enkelt på att EG vid tillkomsten av direktiv 93/38/EEG genom ett förbiseende missade att införa orden ”tillhandahållande eller” (Jmf t.ex. med motsvarande paragraf för energi, vatten m.m. Både tillhandahållande och drift av nät omfattas såväl i det gamla som i det nya direktivet, se artikel 2, § 2, p. a) i direktiv 93/38/EEG och motsvarande artikel 4, § 1 p. a) i direktiv 2004/17/EG).

NOU har fått indikationer på att vissa upphandlande enheter inom transportsektorn har uppfattat ändringen på så sätt, att de upphandlande enheter som endast upphandlar transporttjänster utan att själva tillhandahålla sådana, efter införlivandet av de nya reglerna skulle kunna upphandla tjänsterna enligt reglerna i försörjningssektorerna. Detta är en felaktig tolkning. NOU hänvisar här till det som

uttalats i nämndens yttrande över utredningen ”Kollektivtrafik med människan i centrum”, SOU 2003:67<sup>5</sup>:

”NOU vill här börja med att påpeka att det framgår av EG-domstolen i mål C-513/99 mellan Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne<sup>6</sup>, att en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver busstrafik på linjer, utan endast är ansvarig för att sådan tillhandahålls, skall tillämpa reglerna i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) vid upphandling av sådan kollektivtrafik. Det innebär, för motsvarande svenska förhållanden, att upphandling av kollektivtrafik, i flertalet fall, skall ske enligt 5 kap. LOU. Endast upphandlande enheter som i egen regi bedriver kollektivtrafik kan tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling av ytterligare kollektivtrafik.”

Reglerna för upphandling inom försörjningssektorerna inriktar sig på den organisation som i praktiken sköter de verksamheter som omfattas, dvs. den som köper däck till bussarna eller uniformerna till busschaufförerna. Det nya tillägget ”tillhandahållande av nät” är även det inriktat på den organisation som i praktiken tillhandahåller nätet, oavsett om det är en järnvägsräls eller en busskur som avses. Den faktiska skillnaden från nu gällande regler är således att enligt direktiv 2004/17/EG kan även de som i praktiken köper varor, tjänster och byggtreprenader för att kunna tillhandahålla *ett nät* inom transportsektorn, utföra dessa inköp enligt reglerna för försörjningssektorerna. De som själva faktiskt varken bedriver nät- eller transporttjänster skall även fortsättningsvis upphandla varor, tjänster och byggtreprenader enligt reglerna för den klassiska sektorn.

## Förändring av regelverket

### Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling

NOU har vid nämndsammanträdet den 21 oktober 2004 avgivit remissyttrande över departementspromemorian Samordnad upphandling. I promemorian, som utarbetats av Finansdepartementet, presenteras ett förslag till delegationslag som skall möjliggöra för kommuner och landsting att träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar i en upphandling fatta tilldelningsbeslut, underteckna upphandlingskontrakt eller på annat sätt avsluta upphandlingen.

Av NOU:s remissyttrande framgår bl.a. följande. NOU anser att samordnad upphandling kan innebära fördelar av såväl administrativ som ekonomisk karaktär. NOU:s grundläggande inställning är därför att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. En alltför långtgående samordning riskerar dock att leda till det motsatta resultatet.

Bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU ger upphandlande enheter mycket små möjligheter att vid valet av leverantör ta hänsyn till den framtida konkurrenssituationen på den aktuella varu- eller tjänstemarknaden. NOU ansåg därför i yttrandet att sådana överväganden istället bör utgöra en naturlig del av de

---

<sup>5</sup> NOU:s dnr 2003/0282-22

<sup>6</sup> REG 2002, sid. I-7213. Se särskilt p. 40-42.

upphandlande enheternas utarbetande av en upphandlingsstrategi, främst vid fastställandet av eventuella behov av samordning, samt vid utformningen av de avtal som skall upphandlas. NOU fann det även angeläget att i det sammanhanget uppmärksamma att artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn innehåller ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

NOU ansåg vidare att det i och för sig tungt vägande behovet av att kunna genomföra samordnad upphandling inte får överordnas upphandlingsdirektivets grundläggande syfte, d.v.s. att åstadkomma en väl fungerande inre marknad med effektiv konkurrens. De upphandlande enheterna bör vid all upphandling agera på ett sådant sätt att konkurrensen inte förhindras, begränsas eller snedvrids. Det är viktigt att de upphandlande enheterna inte, på bekostnad av intresset av en väl fungerande marknad, alltför mycket fokuserar på de administrativa fördelarna med samordnad upphandling.

Mot bakgrund av att det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av de samhällsekonomiska konsekvenserna av samordnad upphandling, ansåg NOU i sitt yttrande att effekterna av den i promemorian föreslagna lagen, borde utvärderas fyra till fem år efter ikraftträdandet.

NOU konstaterade att promemorian inte nämner någonting om ansvaret för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen. En sådan uppföljning är enligt NOU:s mening nödvändig för att de delegerande kommunerna och landstingen skall kunna ta ställning till hur den upphandlande enhet som genomfört upphandlingen utfört sitt uppdrag och om den inför kommande upphandlingar bör ges förnyat förtroende eller om en annan upphandlande enhet bör anlitas eller om kommunen eller landstinget istället själv bör genomföra upphandling.

NOU ansåg det därför angeläget att det uppmärksammas vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, samt hur denna uppföljning skall genomföras.

Därutöver fann NOU det även angeläget att göra vissa påpekanden rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag, bl.a. att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som, att döma av promemorian i övrigt, avsetts.

## Statistik

Den svenska upphandlingsstatistiken för år 2003 är nu sammanställd och överlämnad till Europeiska kommissionen. Statistiken inkluderar samtliga upphandlingar som genomförts inom försörjningssektorerna och av statliga myndigheter. För kommuner och landsting ingår däremot endast upphandlingar som överstiger tröskelvärdena i statistiken.

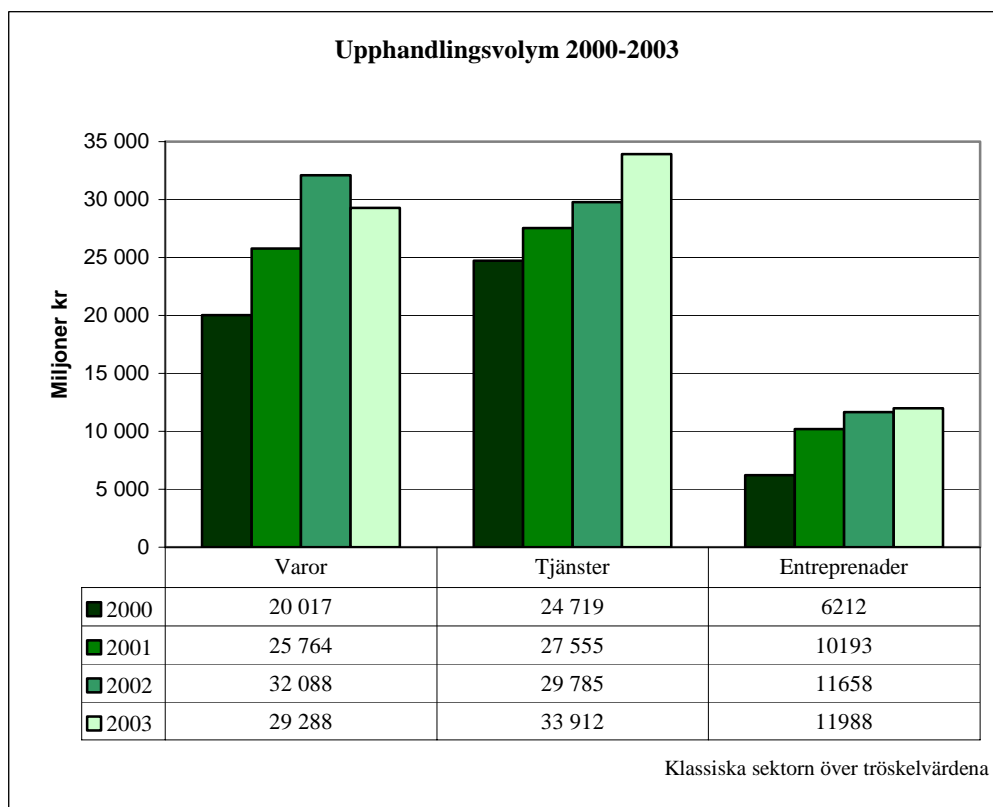
NOU tvingas återigen konstatera att efterannonseringen, som är den huvudsakliga källan för statistiken, varit mycket bristfällig. Europeiska kommissionen som redan tidigare påtalat bristerna i efterannonseringen, har som en följd av att någon förbättring inte skett beslutat att inrätta en arbetsgrupp med representanter från EU:s medlemsländer för att få till stånd en förbättring.

NOU rekommenderar de upphandlande enheter, som genomför upphandling över tröskelvärdena, att ta med efterannonseringen i sina rutinbeskrivningar/upphandlingssystem.

De uppgifter som redovisas nedan skall bl.a. till följd av bristerna i efterannonseringen tolkas försiktigt.

#### Klassiska sektorn över tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)

	Varor		Tjänster		Entreprenader		Totalt	
	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde
Kommuner	489	12 863	705	15 342	103	2 881	<b>1 297</b>	<b>31 086</b>
Landsting	385	9 605	161	8 836	8	896	<b>554</b>	<b>19 337</b>
Staten	193	3 291	442	6 559	58	4 010	<b>693</b>	<b>13 860</b>
Övriga	102	3 529	216	3 175	78	4 201	<b>396</b>	<b>10 905</b>
<b>Totalt</b>	<b>1 169</b>	<b>29 288</b>	<b>1524</b>	<b>33 912</b>	<b>247</b>	<b>11 988</b>	<b>2 940</b>	<b>75 188</b>



#### Försörjningssektorerna över tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)

Varor		Tjänster		Entreprenader		Totalt	
Antal	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Antal	Värde
119	1 980	146	6137	95	4979	<b>360</b>	<b>13096</b>

**Försörjningssektorerna under tröskelvärdena: 15 277 miljoner kronor**

**Statliga myndigheter under tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)**

Varor	Tjänster	Entreprenader	Totalt
4 035	10 555	7 885	<b>22 475</b>

## Övrigt

### Vanliga frågor och svar på NOU:s webbplats

NOU är medveten om att det till följd av kansliets begränsade personalresurser ofta är lång kö under NOU:s telefontid. För den som inte kommer fram via telefon eller inte har tid att vänta kan det vara en god idé att besöka sidan *Vanliga frågor* på webbplatsen [www.nou.se](http://www.nou.se). Där besvaras många av de frågor som ofta ställs till NOU via telefon och e-post.

Sidan har nu uppdaterats med en rad nya frågor och svar. En ny indelning i olika ämnesområden har också gjorts för att underlätta sökning. NOU:s ambition är att fortlöpande fylla på med nya frågor och svar under varje ämnesrubrik. NOU rekommenderar därför att upphandlande enheter och leverantörer gör det till en vana att regelbundet besöka sidan.

Sidan nås via knappen *Vanliga frågor* på förstasidan på NOU:s webbplats.

Har ni tips på fler frågor till sidan *Vanliga frågor* som borde ha fått sitt svar på webbplatsen så skicka gärna tipset via e-post till [registrator.nou@nou.se](mailto:registrator.nou@nou.se).

### Nu går flyttlasset!

Den 22 december byter vi IT-leverantör och den 29 december flyttar vi till nya lokaler på Vasagatan 44 i Stockholm. Det kan därför vara svårt att kontakta oss såväl per telefon som per e-post under perioden 22-30 december. Risken finns förstås också att allt inte fungerar perfekt direkt efter flytten. Vi ber om överseende med detta och ber att få hänvisa till webbplatsen [www.nou.se](http://www.nou.se) som kommer att finnas tillgänglig som vanligt. På webbplatsen hittar Du också information om våra öppettider under de kommande helgerna.

## NOU:s nyhetsbrev oktober 2004

Upphandlingsutredningen har nu hög fart. Jag hoppas att jag behöver revidera mina sura farhågor i juni om att man inte skulle hinna med något mer genomgripande arbete! Inte bara en omarbetad lag är på väg, det tycks nu luta åt två separata lagar, en för den klassiska sektorn och en för försörjningssektorerna, där vardera innehåller regler under tröskelvärdena och rättsmedel.

På förekommen anledning kan det vara lämpligt att påpeka att många andra medlemsstater har regler under tröskelvärdena och att flera är på väg i syfte att tillgodose EU-fördragets principer om framför allt likabehandling och transparens. Till hur låga värden man ska driva detta är naturligtvis en svår avvägningsfråga. Hänsyn måste t.ex. tas till små och medelstora företag. Med tanke på att en hel del korrupta beteenden förekommer i samband med direktupphandling är det svårt att utan invändning acceptera mångas inställning att upphandlingen blir bättre ju större mått av frihet som erbjuds den upphandlande enheten. I nyhetsbrevet uppmärksammas f.ö. ett rättsfall om en otillåten direktupphandling och ett annat om att oegentligheter i samband med offentlig upphandling kan leda till avskedande.

På europainivå pågår en hel del upphandlingsdiskussioner, framför allt runt området elektronisk upphandling där en handlingsplan är att vänta inom kort, men också annat som framgår av nyhetsbrevet. Det pågår också förberedelser för ev. nya/ändrade rättsmedel.

Användningen av offentlig upphandling för att uppnå viktiga samhällsekonomiska mål har ökat i Sverige, t.ex. utnyttjandet av antidiskrimineringsklausuler. NOU får under 2005 ett regeringsuppdrag med syftet att öka användningen av sådana.

Det framförs en hel del kritik mot LOU i tidningar och tidskrifter och emellanåt även mot NOU och dess tolkningar av LOU. Viss kritik är saklig och befogad. En mycket stor del av kritiken framförs dock med bristande kunskaper om EG-rätten och/eller har enbart politiska övertoner. Många undrar varför NOU inte går i svaromål. Jag vill därför bara nämna att detta av resursskäl inte så ofta är praktiskt möjligt, men att NOU inte håller med bara för att vi är tysta! Viss kritik är f.ö. inte ens värd att bemöta.

Slutligen vill jag informera om att NOU runt jul lämnar sina nuvarande lokaler på vackra Ridderholmen och flyttar till Vasagatan 44, snett emot Arlandatågen. Vi kommer inte längre att få det omfattande och tacknämliga stöd av Statskontoret som vi haft hittills på flera områden. Så vi får hoppas på förståelse för att verksamheten kan halta något under en övergångsperiod. På vår webbplats kommer vi självfallet att informera om adress- och ev. telefonändringar m.m.

Med vänliga hösthälsningar

Margareta Hentze

## Innehåll

Upphandlingsförfaranden .....	3
Avtal mellan SL och Metro bedömdes vara en tjänstekoncession .....	3
Förfrågningsunderlaget .....	5
Formella krav på registreringsbevis .....	5
Anbudsprövning .....	6
Rangordning av utvärderingskriterier .....	6
Avbruten upphandling .....	7
Avgöranden i förvaltningsdomstolar .....	7
Ej prövningstillstånd i Högsta domstolen för skadeståndsmål om avbruten upphandling .....	8
Ramavtal .....	8
Ramavtal i den klassiska sektorn .....	8
Otillåten direktupphandling – köp från leverantör utan ramavtal .....	10
Kammarrättens i Stockholm dom om ramavtal – laga kraft .....	10
Rättsmedel och processrättsliga frågor .....	10
Vägverkets upphandling av utrustning, system och tjänster för hantering av trängselskatter .....	10
Otillåten direktupphandling kan prövas trots att avtal slutits .....	12
Miljö .....	13
Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp .....	13
Handbok om grön upphandling .....	14
Sociala hänsyn inkl arbetsrätt .....	14
Redovisning av regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt .....	14
Försörjningssektorerna .....	15
Ansöknings/anbudstider i försörjningssektorerna .....	15
Förändring av regelverket .....	16
Remissyttrande över promemorian Ledarhundar .....	16
Övrigt .....	16
Samhällets behov av betaltjänster .....	16
Näringslivet och förtroendet .....	16
Kommissionens grönbok om försvarsupphandling .....	17
Internrevision i staten – förslag till en förstärkt internrevision .....	17
Dom från Arbetsdomstolen ger SL rätt att avskeda anställd efter illojala kontakter med leverantörer till SL .....	18
Handbok för upphandling av städentreprenader .....	18
Samråd angående elektronisk offentlig upphandling .....	18
Konkurrensverket avslöjar anbudskarteller .....	18

### *NOU info*

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

*NOU info* finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"*NOU info* oktober -04"



## Upphandlingsförfaranden

### Avtal mellan SL och Metro bedömdes vara en tjänstekoncession

NOU har i ett ärende (dnr 2003/0276-26) granskat avtalen mellan AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) och Tidnings AB Metro (Metro). Ärendet initierades av en privatperson, som hävdade att de avtal som ingåtts mellan SL och 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. SL hävdade bl.a. att EG-domstolens dom i mål C-331/92<sup>1</sup> skulle vara tillämpligt på de aktuella avtalen mellan SL och Metro och menade att 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 i förhållande till SL:s upplåtelse av tillgång till SL:s lokaler och att avtalen därför inte skulle omfattas av LOU.

Målet avsåg frågan huruvida en byggentreprenad som utgjorde en mindre del av en tjänstekoncession skulle ha upphandlats separat eller, om byggentreprenaden inte kunde karaktäriseras som en byggentreprenad i byggdirektivets mening<sup>2</sup>, endast utgjorde en del av tjänstekoncessionen. NOU hänvisade till vad domstolen säger i p. 27-29 i ovan nämnda dom. Domstolen hänvisade där till p. 16 i ingressen till tjänstedirektivet<sup>3</sup> i vilken anges att, för att ett arbete skall räknas som en byggentreprenad enligt byggdirektivet, måste huvudsyftet med avtalet vara att åstadkomma ett byggnadsarbete. I de fall byggnadsarbetena endast är av underordnad betydelse till kontraktets huvudsakliga ändamål, skall arbetena inte anses utgöra byggkontrakt som skall upphandlas enligt byggdirektivet. Samma definition har för övrigt skrivits in i de nyligen antagna nya EG-direktiven om offentlig upphandling<sup>4</sup>.

NOU ansåg inte att rättsfallet hade tillämpning på de aktuella avtalen. EG-domstolen tolkade endast begreppet byggentreprenad i byggdirektivets mening och konstaterade att en byggentreprenad måste utgöra kontraktets huvudsakliga ändamål och inte endast vara av underordnad betydelse för att kunna klassificeras som en byggentreprenad och innebära en skyldighet för en upphandlande enhet att utföra en

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>3</sup> Direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

<sup>4</sup> 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.

separat upphandling enligt byggdirektivet. I målet utgjorde byggarbetena endast en mindre del, och ansågs därför inte uppfylla kriteriet för byggentreprenad i direktivets mening. Arbetena fick därför anses vara en del av tjänstekoncessionerna.

NOU konstaterade att 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 ansåg att det inte finns något stöd i LOU för att SL:s köp av tjänster skulle 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, anser NOU att den upphandlande enheten måste tillämpa LOU för hela upphandlingen<sup>5</sup>.

NOU har även tidigare uttalat sig avseende frågan om blandade kontrakt<sup>6</sup>: ”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] förfrågningsunderlag 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.”

NOU konstaterade följande i det aktuella ärendet: ”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

---

<sup>5</sup> RÅ 1998 not 44.

<sup>6</sup> NOU:s dnr 1999/0210-29.

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.

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 mervärdesskatt<sup>7</sup>. Det innebär att reglerna i 4 kap. LOU i normalfallet skulle ha varit tillämpliga.”

Som ovan konstaterades ansåg NOU att SL köpt en tjänst av Metro som överstiger tröskelvärdena i 4 kap. LOU och därmed skulle ha upphandlats enligt LOU. Av avtalen framkom emellertid att SL inte betalar något för tjänsten, utan Metro har rätt att ta betalt på annat sätt. Vidare framgick att Metro tar hela den ekonomiska risken för den tidning som delas ut i SL:s trafiksystem. NOU drog därför slutsatsen att avtalsförhållandet mellan SL och Metro utgjordes av en tjänstekoncession.

NOU konstaterade vidare: ”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.”

## Förfrågningsunderlaget

### Formella krav på registreringsbevis

Kammarrätten i Göteborg har den 17 maj 2004 meddelat dom i ett mål (mål nr 2151-04) mellan Åstorps kommun och ett bussföretag.

Av förfrågningsunderlaget framgick att anbudet skulle innehålla bl.a. ”registreringsbevis” för företag. Den klagande leverantören menade att det vinnande anbudet inte kunde antas, bland annat pga. att leverantören inte medsånt

---

<sup>7</sup> 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.

registreringsbevis från PRV. Av utredningen i målet framkom att det vinnande bolagets anbud innehållit en handling, som utfärdats av Skatteverket och som bar rubriken Registreringsbevis. Handlingen utgjorde enligt kammarrätten bevis om att bolaget tilldelats F-skattsedel och vissa hos Skatteverket registrerade uppgifter om bolaget.

Kammarrätten konstaterade att det i förfrågningsunderlaget inte angetts att det efterfrågade registreringsbeviset för företaget skulle vara utfärdat av t.ex. PRV. Kravet var inte heller preciserat beträffande vilka uppgifter registreringsbeviset skulle innehålla. Under dessa omständigheter fann kammarrätten inte skäl för annan bedömning än att det av anbudsgivaren ingivna registreringsbeviset från Skatteverket var tillräckligt för att uppfylla det aktuella kravet.

*NOU:s kommentar:* I 1 kap. 18 § LOU anges att de skriftliga bevis som styrker att leverantören uppfyller de krav som uppställts med anledning av de i 1 kap. 17 § angivna uteslutningsgrunderna skall vara lämpade för ändamålet. Om det finns särskilda skäl, får ett skriftligt bevis ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller under annan liknande försäkran.

En upphandlande enhet skall i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

NOU anser att en upphandlande enhet bör precisera vad som skall styrkas och i så fall på vilket sätt (se *NOU info juni -02*, sid. 8).

## Anbudsprövning

### Rangordning av utvärderingskriterier

Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 10 september 2004 (mål nr 4412-04) uttalat sig om en upphandling som genomfördes av Söderenergi AB. Frågan i målet var huruvida utvärderingskriterierna tillmätts olika stor betydelse vid utvärderingen, trots att det i förfrågningsunderlaget angavs att utvärderingen skulle komma att ske utifrån tretton kriterier utan inbördes rangordning.

Vid utvärderingen gjorde Söderenergi en poängsättning och förde ett avslutande resonemang för att ta fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vad gäller poängsättningen konstaterade kammarrätten att jämförande poäng endast satts inom de kriterier där anbuden inte varit likvärdiga. Det anbud som *inom* respektive urvalskriterium befunnits vara det mest fördelaktiga erhöll högst poäng och en stor skillnad i poäng mellan två anbud inom ett kriterium innebar inte annat än att anbudet med högre poäng var förmånligare än det andra. Mot den bakgrunden fann kammarrätten inte stöd för att Söderenergis poängsättning skulle innebära en viktning mellan eller en rangordning av de olika urvalskriterierna i samband med utvärderingen.

I poängsättningen fick två anbudsgivare samma totalpoäng. Den anbudsgivaren som senare begärde överprövning hade en något lägre totalpoäng. För att skilja anbuden med högst poäng åt, förde Söderenergi under rubriken ”avslutning” ett avslutande resonemang i vilket motiveringen till val av anbudsgivare gavs. Kammarrätten

menade att det av det avslutande resonemanget tydligt framkom att vissa moment i den upphandlade entreprenaden värderats högre än andra. Dessa högre värderade moment föreföll enligt kammarrättens mening falla in under urvalskriterier såsom ”teknisk lösning” och ”erfarenhet från liknande ombyggnader i samma storlek”. Kammarrätten ansåg därför att Söderenergi hade värderat vissa av utvärderingskriterierna högre än andra och att en rangordning därmed hade gjorts vid utvärderingen.

Kammarrätten menade att angelägenhetsgraden för de omständigheter som skulle komma att tillmätas betydelse även borde ha angetts i förfrågningsunderlaget. Eftersom någon sådan rangordning inte fanns angiven kunde förfrågningsunderlaget enligt kammarrätten inte anses ha varit så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad Söderenergi skulle komma att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Kammarrätten fann därför i likhet med att länsrätten att upphandlingen skulle göras om.

*NOU:s kommentar:* Enligt de nya direktiven kommer det, när tilldelning sker på grundval av det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, att vara obligatoriskt att i annons eller förfrågningsunderlag ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid utvärderingen. Om viktning av påvisbara skäl inte är möjlig skall kriterierna anges i fallande prioritetsordning.

Kriteriet ”erfarenhet från liknande ombyggnad i samma storlek” borde dessutom snarare höra till kvalificeringskrav än till utvärderingskriterier.

## Avbruten upphandling

### Avgöranden i förvaltningsdomstolar

Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3832-04<sup>8</sup>) och Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 2025-03<sup>9</sup>) har under sommaren meddelat varsin dom angående frågan om avbrytande av upphandling. Båda domarna har överklagats till Regeringsrätten.

Kammarrätten i Göteborg avslog överklagandet av länsrättens beslut att Region Skånes beslut att avbryta upphandlingen skulle ogiltigförklaras. Domstolen ansåg att grund saknades att besluta om rättelse genom att ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen.

Kammarrätten i Sundsvall kom, efter en sammanfattande bedömning, fram till att en framställning om överprövning av beslut att avbryta en upphandling inte skall föras i allmän förvaltningsdomstol och talan avvisades.

I *NOU info juni –04* sid. 6 refererades en lagakraftvunnen dom meddelad av Kammarrätten i Stockholm (mål nr 139-04<sup>10</sup>). Kammarrätten fastställde i domen Länsrättens i Stockholm dom vari Sidas beslut att avbryta upphandlingen

---

<sup>8</sup> Upphandling av ambulanstransporter genomförd av Region Skåne, dom den 16 juli 2004.

<sup>9</sup> Upphandling av trafik tjänster genomförd av Malungs kommun, dom den 9 juli 2004.

<sup>10</sup> Upphandling av utbildningsprogrammet ”Journalism and Democracy” genomförd av Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida), dom den 24 mars 2004.

undandröjdes och det förordnades att Sida skall uppta den avbrutna upphandlingen till fortsatt handläggning i enlighet med vad som gäller enligt LOU i tillämpliga delar.

NOU återkommer när Regeringsrätten uttalat sig i frågan.

*NOU:s kommentar:* Det kan konstateras att den praxis som för närvarande finns från svenska domstolar beträffande möjligheten att pröva beslut att avbryta en upphandling i domstol går isär. Trots att LOU varit i kraft i drygt 10 år finns ännu inte en enhetlig praxis beträffande de rättsmedel som skall vara tillgängliga för leverantörer om en upphandlande enhet beslutat att återkalla en anbudsinfordran, dvs. att avbryta ett upphandlingsförfarande. NOU hoppas nu, när Högsta domstolen inte prövat frågan (se nedan), på ett klargörande från Regeringsrätten. NOU har i en skrivelse (dnr 2002/0180-29) underrättat Regeringskansliet om att svensk rättspraxis kan strida mot EG-domstolens bedömning av gemenskapsrätten och påtalat behovet av att överväga en översyn av den svenska lagstiftningen i denna del.

## Ej prövningstillstånd i Högsta domstolen för skadeståndsmål om avbruten upphandling

Högsta domstolen har den 17 augusti 2004 beslutat att inte meddela prövningstillstånd i ett skadeståndsmål (mål nr T 1289-03) rörande avbrytande av upphandling av undervattensinspektioner av broar till förmån för ett egenregianbud. Svea hovrätts dom (mål nr T 92-02) den 24 februari 2004 har därmed vunnit laga kraft. NOU har tidigare, på begäran av HD, avgivit ett yttrande i målet. Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Ramavtal

### Ramavtal i den klassiska sektorn

#### **Skrivelse från EG-kommissionen till Danmark**

NOU har bl.a. i ett yttrande (dnr 2004/0046-29) till Konstitutionsutskottet (refererat i NOU-info mars 2004, sid. 19) bl.a. anfört följande beträffande ramavtal i den klassiska sektorn.

”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. 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. Någon undantagsregel för tilldelning utifrån ett sådant ramavtal finns för närvarande inte i den klasiska sektorn”.

På senare tid har NOU noterat att några upphandlande enheter åberopar en skrivelse från EG-kommissionen till Danmark (vilken inkom till den danska representationen i Bryssel den 28 mars 1994), till stöd för sin bedömning att även ramavtal, i vilka samtliga villkor inte fastställts, utgör upphandlingskontrakt i direktivets mening och därför av upphandlande enheter i den klassiska sektorn kan läggas till grund för beställningar utan föregående upphandling.

NOU anser att påståenden som framförts inte på ett korrekt sätt återger skrivelsens innehåll, och vill därför framföra följande.

Bakgrunden till EG-kommissionens skrivelse är en skrivelse som från dansk sida, inför bildandet av SKI (Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S), skickades till kommissionen. Syftet med den danska skrivelsen var att utröna huruvida kommissionen ansåg att det sätt på vilket SKI avsåg att arbeta med ramavtal var förenligt med upphandlingsdirektiven för den klasiska sektorn.

Av EG-kommissionens svarsskrivelse framgår bl.a. följande (NOU:s översättning). ”Det framgår slutligen av en skrivelse från direktören för Statens Indkøb, daterad oktober 1993, att de ovannämnda ramavtalen ’i princip innehåller alla nödvändiga bindande leveransvillkor, däribland prisstruktur och sortiment.’ Detta innebär, att dessa ramavtal skall anses omfattas av definitionen av ’offentliga upphandlingskontrakt’ ...”. ”Då de ’ramavtal’, som Statens Indkøb typiskt sett ingår, på bindande och ömsesidigt förpliktande sätt fastställer de väsentligaste avtalsvillkoren, skall dessa avtal, som nämnts, rätteligen betraktas som offentliga upphandlingskontrakt, vilka endast avviker från ett typiskt köpekontrakt genom att deras användning är valfri för den upphandlande enheten. Sådana avtal inte bara kan, utan skall därför ingå i enlighet med direktivets regler. Beslutet om att rent faktiskt utnyttja den option som ramkontraktet innehåller och det därav följande avtalet, varvid leveransplats, tid och mängd fastställs, kan däremot inte självständigt anses utgöra ett ’offentligt upphandlingskontrakt i direktivets mening”.

EG-kommissionens uppfattning, så som den kommer till uttryck i skrivelsen, synes överensstämma med den uppfattning som NOU gett uttryck för i det ovannämnda yttrandet till Konstitutionsutskottet. De danska ramavtal som beskrivs i skrivelsen ”innehåller alla nödvändiga bindande leveransvillkor” och är därför upphandlingskontrakt i direktivets mening. Det innebär att utnyttjandet av dessa ramavtal, varvid endast plats, tid och mängd för leverans återstår att fastställa, inte innebär någon tilldelning av nya upphandlingskontrakt, utan utgör avrop från ett befintligt upphandlingskontrakt.

NOU vill slutligen påpeka att EG-kommissionen, så sent som den 30 augusti 2000, i förslag till det nya direktivet för den klassiska sektorn (KOM(2000) 275 slutlig/2, 2000/0115(COD) sid. 7-8) uttalat följande beträffande ramavtal. ”Ramavtal är inte ett offentligt upphandlingskontrakt i direktivets mening. Det är närmast fråga om ofullständiga avtal, eftersom vissa villkor inte är fastlagda och dessa måste fastställas innan avtalet kan genomföras. [...] Med detta slags avtal mellan upphandlare och marknadsaktörer kan det för närvarande inte beviljas undantag från

den upphandlande myndighetens skyldighet att följa direktivets förfaranden för varje upphandling – efter en beställning – om de överstiger tröskelvärdena”.

## Otillåten direktupphandling – köp från leverantör utan ramavtal

NOU har den 5 maj 2004 avgivit ett yttrande (dnr 2003/0318-26) med anledning en anskaffning av tjänster som genomförts av Nacka kommun. I yttrandet gjorde NOU, i likhet med kommunens revisorer, bedömningen att kommunen kringgått bestämmelserna i LOU. Kommunen skrev ett kontrakt med en ramavtalsleverantör under förutsättning att denne åtog sig att ha två angivna företag som underleverantörer. Genom att nyttja denne ramavtalsleverantör som mellanhand anlidade kommunen utan formbunden upphandling två bolag som inte hade något ramavtal med kommunen. NOU kunde inte finna att kommunen utnyttjat ramavtalet i den form som det varit ingånget. NOU ansåg att Nacka kommun därmed brutit mot bestämmelserna i LOU.

Nacka kommun har i ett yttrande till NOU den 23 september 2004 meddelat att kommunen tagit till sig den kritik som framförts av revisorerna och NOU och att den accepterar bedömningen att bestämmelserna i LOU kringgåts. Av yttrandet framgår också att berörda tjänstemän är fullt införstådda med de felaktiga bedömningar de gjort beträffande tolkningen av LOU och att kommunen beslutat genomföra en genomgång av verksamheten i syfte att förhindra att ramavtal ånyo misstolkas och används felaktigt.

NOU ansåg, mot bakgrund av de åtgärder som kommunen vidtagit, att det inte fanns skäl för ytterligare tillsynsåtgärder från NOU:s sida och avslutade därför ärendet.

## Kammarrättens i Stockholm dom om ramavtal – laga kraft

Regeringsrätten har den 7 juli 2004 beslutat att inte meddela prövningstillstånd i ett överprövningsmål rörande ramavtal. Kammarrättens i Stockholm dom (mål nr 2591-04), som innebar ett underkännande av pris- och produktkontrollmetoden och som refererades i *NOU info juni -04* (sid. 9), har därmed vunnit laga kraft.

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Vägverkets upphandling av utrustning, system och tjänster för hantering av trängselskatter

Kammarrätten i Sundsvall har i beslut den 9 september 2004 avskrivit målet mellan Vägverket och Combitech Consortium (Combitech) samt Efkon AG avseende Vägverkets upphandling av utrustning, system och tjänster för hantering av trängselskatter för Stockholms innerstad. Grunden för kammarrättens beslut synes vara att upphandlingen ansågs avslutad genom att ett villkorat kontrakt som Vägverket skrivit med vald leverantör, blivit giltigt. Målet är överklagat till Regeringsrätten, som har meddelat beslut om prövningstillstånd i den delen det avser Combitech.



Bakgrunden i målet är att Länsrätten i Dalarnas län den 13 augusti 2004 meddelade dom, enligt vilken Vägverkets upphandling av utrustning, system och tjänster för hantering av trängselskatter för Stockholms innerstad, skulle göras om. Länsrätten upphävde samtidigt ett tidigare meddelat interimistiskt beslut. Grunden för länsrättens dom var att Vägverket, som övertagit den påbörjade upphandlingen i sin helhet från Stockholms stad, hade brutit mot LOU genom att vid en förhandlad upphandling enligt 5 kap. 16 § LOU inleda förhandlingar endast med två leverantörer istället för i lagen föreskrivna tre samt att utesluta ytterligare en leverantör från upphandlingen. Länsrätten konstaterade att Vägverket därmed försatt sig i en situation där någon förhandling inte kom till stånd.

Vägverket överklagade länsrättens dom och yrkade att kammarrätten med ändring av länsrättens dom skulle lämna ansökan om överprövning utan bifall. Vägverket yrkade vidare att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom och avskriva målet från vidare handläggning alternativt avvisa ansökan. Vägverket slöt vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet ett villkorat kontrakt med den valda leverantören. Villkoret löd *"Detta kontrakt träder i kraft vid den tidpunkt då upphandlingen får avslutas enligt LOU. Om avtalet inte trätt i kraft senast den 1 september 2004 eller den senare tidpunkt som parterna kommer överens om förfaller avtalet. Ingendera part har i sådant fall rätt till någon ersättning från den andra parten."* Vägverket menade att kontrakt förelåg med den valda leverantören, eftersom tio dagar förflutit sedan länsrätten upphävde det interimistiska beslutet och länsrättens dom inte vunnit laga kraft. Vägverket hävdade att länsrättens dom inte träder i kraft i det interimistiska beslutets ställe förrän den dag då domen vinner laga kraft. Ett upphävande av interimistiskt beslut gäller däremot omedelbart.

Combitech bestred bifall till Vägverkets yrkanden. Bolaget yrkade att kammarrätten skulle meddela interimistiskt beslut om att upphandlingen inte fick avslutas förrän länsrättens dom vunnit laga kraft. Bolaget yrkade även att domstolen skulle inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen och yttrande från NOU alternativt yttrande från tjänsteman från NOU. Bolaget uppgav i första hand att länsrättens domslut trädde istället för det interimistiska beslutet och i andra hand att beslutet om upphävande av interimistiskt beslut inte vunnit laga kraft. Combitech framhöll att det skulle stå i strid med de principer som EG-domstolen klaggjorde i Alcatel-domen om en upphandlande enhet utan rättsliga konsekvenser kunde bortse från en länsrättsdom. Combitech bestred att bindande kontrakt skulle anses föreligga då upphandlingsförfarandet enligt länsrättens dom inte fick avslutas, utan måste göras om.

Kammarrätten konstaterade i domen att 7 kap. 1 § och 2 § LOU uppfyller de krav som ställs i rättsmedelsdirektiven. Kammarrätten uppgav därefter att det finns skäl att tolka regeln i 7 kap 1 § LOU så som Combitech hävdade, att regeln tar sikte på fall då länsrätten avslagit en ansökan och upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut, men att tolkningen inte återspeglas i lagtexten. Kammarrätten konstaterade att upphandlingen redan avslutats vid den tidpunkt då Combitech begärde att kammarrätten skulle meddela interimistiskt beslut i målet och att yrkandet därför inte kunde prövas. Kammarrätten avvisade Combitechs yrkande om interimistiskt beslut, avtog bolagets yrkande om inhämtande av yttrande från EG-domstolen och från NOU och avskrev målet.

En av domarna i kammarrätten var skiljaktig och ansåg att upphandlingen inte kunde anses avslutad, utan att kammarrätten var oförhindrad att pröva Vägverkets överklagande.

*NOU:s kommentar:* NOU avstår här från att kommentera de processuella bedömningarna i målet men konstaterar att rättspraxis synes vara oenig. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 21 april 2004 (mål nr 7336-03) konstaterat att ett avtal som slutits i enlighet med ett överprövat tilldelningsbeslut, efter det att länsrätten beslutat att upphandlingen skulle rättas till genom en ny utvärdering, utgjorde en otillåten direktupphandling. Kammarrätten ansåg att myndighetens ursprungliga tilldelningsbeslut inte längre var giltigt och förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Det kvarstår att se om Regeringsrätten beslutar att återförvisa målet till kammarrätten för handläggning. Frågan om ett villkorat kontrakt kan komma att bli giltigt enligt LOU trots att dom finns om att upphandlingen skall göras om kan ha en stor påverkan på hur upphandlade enheter tillämpar villkorade kontrakt i fortsättningen. NOU har tidigare resonerat kring vikten av att interimistiska beslut meddelas av domstolarna, men har alltid utgått från att villkorade kontrakt inte kunde anses ”få avslutas enligt LOU” när en dom från länsrätt föreskriver att upphandlingen skall rättas till eller göras om.

## Otillåten direktupphandling kan prövas trots att avtal slutits

Länsrätten i Skåne län har den 14 juli 2004 meddelat dom i ett mål (mål nr 5310-04 E) rörande upphandling av sotningstjänster. Byggnadsnämnden i Hässleholms kommun hade genomfört upphandlingen i form av en direktupphandling och slutit avtal med en leverantör.

En annan leverantör ansökte om överprövning av upphandlingen och anförde bl.a. att han på ett formellt korrekt sätt ansökt om att få utföra de aktuella tjänsterna och att han var den högst kvalificerade sökande. Byggnadsnämnden anförde i första hand att ansökan skulle avvisas eftersom det var fråga om en direktupphandling och avtal redan slutits i upphandlingen.

Länsrätten fann inledningsvis att upphandlingens värde inte var lågt, samt att några synnerliga skäl för att använda direktupphandling inte framgick. Byggnadsnämnden hade därför, genom att använda direktupphandling brutit mot bestämmelserna i 6 kap. LOU. Därefter uttalade länsrätten att ”[v]id en situation som den nu aktuella, med en i LOU:s mening otillåten direktupphandling, kan inte ett upphandlingskontrakt i enlighet med lagen åstadkommas. Den i 7 kap. 1 § LOU föreskrivna sista tidpunkten för talans väckande kan därmed inte heller inträda”. Leverantörens talan skulle därför inte avvisas på den grunden att avtal redan hade tecknats.

I andra hand anförde byggnadsnämnden att leverantören tidigare dömts för trolöshet mot huvudman och därför skulle ha uteslutits från upphandlingen redan i kvalifikationsfasen. Leverantören kunde därför enligt byggnadsnämnden inte styrka att han lidit skada och hans talan skulle därför avvisas.

Enligt länsrätten fick leverantören emellertid ”... anses ha lidit skada redan genom att han, i egenskap av leverantör av sotningstjänster, inte har getts möjlighet att delta i en upphandling som utförts i enlighet med bestämmelserna i LOU”.

Länsrätten biföll ansökan om överprövning och förordnade om att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten i Göteborg har den 10 augusti 2004 beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens beslut har överklagats till Regeringsrätten.

*NOU:s kommentar:* Domen utgör ett exempel på att en upphandling kan rättas till även om den upphandlande enheten slutit ett civilrättsligt giltigt avtal. Länsrätten har i målet analyserat huruvida ett upphandlingskontrakt föreligger och inte enbart godtagit den upphandlande enhetens uppgift att det rörde sig om en direktupphandling som inte längre kunde överprövas. En leverantör som anser sig vara förfördelad i en upphandling har en rätt att under vissa förhållanden få upphandlingen prövad av domstol. Av förarbetena till 7 kap 1 § LOU (prop. 2001/02:142, sid. 102) framgår följande. ”Den i [1 kap. 28 § 3 st.] föreskrivna tidsfristen gäller inte vid direktupphandling. Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda”. Av samma förarbeten (sid. 78) framgår vidare följande. ”Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutats riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet”. NOU inväntar ett eventuellt klargörande från Regeringsrätten men vill i avvaktan på detta varna upphandlande enheter för risken för dessa konsekvenser beträffande avtal som ingåtts efter en otillåten direktupphandling. Även av denna anledning finns således anledning att noga överväga om det finns skäl att tillämpa förfarandet direktupphandling.

## Miljö

### Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp

NOU har lämnat remissvar (dnr 2004-0136-22) på Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp – redovisning av regeringsuppdrag

I yttrandet välkomnade NOU förslaget om att stärka förutsättningarna för en ekologisk hållbar utveckling inom ramen för den offentliga upphandlingen, bland annat genom en skyldighet för statliga myndigheter att ställa relevanta miljökrav, en nationell handlingsplan, långsiktigt stöd till Miljöstyrningsrådet och NOU samt främja miljöanpassning av de offentliga ramavtalen.

NOU uttalade dock tveksamhet avseende förslaget att i LOU införa en skyldighet för myndigheter att ställa relevanta miljökrav. En sådan reglering kan leda till att en domstol tvingas bedöma om tillräckligt långtgående eller omfattande miljökrav

ställt i upphandlingen vilket NOU inte anser är lämpligt. NOU anser att andra möjligheter till styrning än via LOU bör övervägas.

Remissvaret finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Handbok om grön upphandling

Kommissionen presenterar den 28 oktober 2004 en handbok om grön offentlig upphandling i vilken ingår praktiska exempel. Länk till handboken finns på NOU:s webbplats.

## Sociala hänsyn inkl arbetsrätt

### Redovisning av regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

NOU har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Rapporten omfattar en redovisning av i vilken utsträckning de upphandlande enheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen, i vilken utsträckning någon annan liknande klausul med samma målsättning använts samt, om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det.

Vidare redovisas vilka åtgärder de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna. Rapporten innehåller även en redogörelse för de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler. Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappsombudsmannen har yttrat sig över resultatet av redovisningarna.

Kartläggningen omfattar 391 upphandlande enheter, varav 264 statliga myndigheter.

Än så länge är det ett fåtal (45) upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler. Användningen har dock ökat något sedan 2003 och majoriteten av de upphandlande enheter som idag inte använder sig av antidiskrimineringsklausuler har för avsikt att börja använda sådana. Resultatet av kartläggningen bör också ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s förslag till klausul formulerades och möjligheten att använda särskilda villkor infördes i LOU. Att införa och följa upp antidiskrimineringsklausuler på ett meningsfullt och rättssäkert sätt kräver ett omfattande arbete. Av de upphandlande enheter som använder sig av antidiskrimineringsklausuler har ett antal helt nyligen börjat använda dem.

Det framstår för NOU som om de upphandlande enheterna visserligen ser positivt på att använda antidiskrimineringsklausuler men att de upplever svårigheter med användandet av klausulerna. Återkommande i enkätsvaren är framför allt svårigheter med uppföljningen av efterlevnaden av klausulerna p.g.a. brist på kompetens och resurser. Behovet av kompetens och resurser har förts fram som en förutsättning för att kunna använda dem.

Av det fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler är det inte många som vidtagit åtgärder för uppföljning. NOU vill här påminna om att i den mån antidiskrimineringsklausuler används i upphandlingskontraktet, bör enligt regeringen ”självfallet den upphandlande enheten kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.” NOU vill även påpeka att EG-domstolen i ett förhandsavgörande har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt, strider mot principen om likabehandling.<sup>11</sup>

Den främsta anledning som uppgetts till att antidiskrimineringsklausuler inte används är att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker från avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet. Andra viktiga skäl som angetts är att den upphandlande enheten gjort så små upphandlingar att användning av antidiskrimineringsklausuler inte bedömts vara meningsfullt, att ekonomiska och administrativa resurser saknas samt att organisationen saknar kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen. NOU bedömer bl.a. mot denna bakgrund att klausulerna bör användas där de förväntas ge bäst effekt, t.ex. i ramavtal eller avseende vissa branscher och inte utgöra ett generellt krav för samtliga statliga myndigheters upphandling.

Av svaren framkommer även att det behövs mer information om hur antidiskrimineringsklausuler kan användas både avseende LOU och antidiskrimineringslagstiftningen. Flera upphandlande enheter eftersöker stöd av personal och praktisk vägledning på området samt verktyg/uppföljningsmetoder för att kunna göra uppföljningar.

Rapporten finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats. NOU har tidigare i *NOU info oktober 2003* redovisat delrapport rörande statliga myndigheters användande av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

## Försörjningssektorerna

### Ansöknings/anbudstider i försörjningssektorerna

NOU har genom åren fått många frågor om vad bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU egentligen betyder. Bestämmelsen reglerar de ansökningstider/anbudstider som gäller som minimitider vid selektiv och förhandlad upphandling. I första stycket står: ”Om vid selektiv eller förhandlad upphandling en inbjudan att lämna anbud tidigare annonserats gäller följande.”

Avsikten med första stycket är att skilja mellan en vanlig annonserad upphandling och de undantagsfall som reglerats i 4 kap. 16 § 2 st. LOU, där en upphandlande enhet i vissa angivna undantagsfall kan använda förhandlad upphandling utan annonsering. Vad som avses här är inte att upphandlingen förhandsannonserats, vilket är lätt att tro då paragrafen placerats direkt efter reglerna om förhandsannonsering. Bestämmelsen avser istället sådana upphandlingar som

---

<sup>11</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich.

antingen annonserats ”på vanligt sätt” i samband med upphandling enligt 4 kap. 15 § LOU eller att upphandlingen annonserats på de speciella sätt som bara är tillåtna i försörjningssektorerna, se 4 kap. 14 § LOU.

I försörjningssektorerna återfinns inte den möjlighet som finns inom den klassiska sektorn, att förkorta ansöknings/anbudstider vid *selektiv upphandling* och ansökningstider vid *förhandlad upphandling* om den upphandlande enheten förhandsannonserat. Anledningen är att det redan finns möjligheter att förkorta ansöknings/anbudstiderna vid selektiv och förhandlad upphandling i försörjningssektorerna. Vid *öppen upphandling* som förhandsannonserats återfinns dock möjligheten att förkorta ansöknings/anbudstiderna även inom försörjningssektorerna.

## Förändring av regelverket

### Remissyttrande över promemorian Ledarhundar

NOU har vid nämndsammanträde den 23 september 2004 fattat beslut om remissyttrande över Socialdepartementets promemoria Ledarhundar. I yttrandet behandlas bl.a. begreppet upphandlande enhet, sekretess vid upphandling, ramavtal och skadestånd enligt LOU, vilket kan vara av mer allmänt intresse. Yttrandet (dnr 2004/0156-22) finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Övrigt

### Samhällets behov av betaltjänster

NOU har lämnat remissvar avseende delbetänkandet från Post- och kassaserviceutredningen, Samhällets behov av betaltjänster (SOU 2004:52). NOU har inga invändningar mot den diskussion som förs i betänkandet avseende fem olika scenarier för grundläggande kassaservice varav det anges att upphandlingsalternativet, scenario 3, är det enda som representerar en stabil kostnadsutveckling. NOU har inte heller någon invändning mot förslaget att utföra utses av Post- och telestyrelsen (PTS) via upphandling. NOU anser emellertid att den föreslagna tiden för PTS att förbereda upphandlingen och att genomföra densamma är alltför kort. NOU framförde vidare att det inte kan anses lämpligt att föregripa det arbete som den upphandlande enheten skall göra genom att i betänkandet slå fast vissa förutsättningar. Den upphandlande enhet som skall genomföra upphandlingen bör analysera marknaden vid tidpunkten för utformningen av förfrågningsunderlaget så att det bäst lämpar sig för de aktuella förutsättningarna.

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

### Näringslivet och förtroendet

NOU har lämnat ett remissvar avseende betänkandet från Förtroendekommissionen Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47). NOU framförde bland annat att förslagen på upphandlingsområdet anses vara bristfälligt utredda. NOU ställer sig

vidare frågande till hur Förtroendekommissionens förslag på upphandlingsområdet kan bidra till att stärka förtroendet för det svenska näringslivet.

NOU avstyrker förslaget att dess uppgifter skall föras över till Konkurrensverket. Om förslaget ändå skulle genomföras ser NOU bland annat en fara i att upphandlingsfrågorna skulle få en underordnad betydelse i Konkurrensverkets verksamhet. Upphandlingsområdet rör primärt den fria rörligheten av varor och tjänster och bör därför inte underordnas konkurrensrätten.

NOU tillstyrker förslaget att i LOU införa bestämmelser om marknadsskadeavgift. Behovet av åtgärder för att komma tillrätta med bland annat otillåtna direktupphandlingar har framförts i olika sammanhang av bland annat NOU men har ännu inte omsatts i lagstiftning.

Frågorna är för närvarande föremål för beredning inom Regeringskansliet, varför resultatet av det pågående arbetet bör inväntas innan nya förslag lämnas.

Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Kommissionens grönbok om försvarsupphandling

Kommissionen publicerade i september 2004 en grönbok om försvarsupphandling. Kommissionens grönböcker är dokument som är avsedda att stimulera debatten och inleda en samrådsprocess på europeisk nivå i ett särskilt ämne. Dessa samråd kan därefter leda till att en vitbok utarbetas, i vilken de slutsatser som nåtts genom debatten överförs till praktiska förslag till gemenskapsåtgärder.

Syftet är således att få igång en diskussion på området och grönboken innehåller frågor till medlemsstaterna om t.ex. behovet av ett tolkningsmeddelande på området eller om det föreligger behov av ett separat direktiv för upphandling inom försvarsområdet. Vidare ställs frågor med utgångspunkt i de befintliga bestämmelserna, t.ex. om användningen av förhandlad upphandling. NOU återkommer när ytterligare information finns. Grönboken finns på EG-kommissionens webbplats, <http://europa.eu.int>, under inre marknaden.

## Internrevision i staten – förslag till en förstärkt internrevision

NOU har tidigare informerat om förslag till en förstärkt internrevision i staten, se *NOU info mars – 04* sid. 28. NOU uttalade därvid en förhoppning att NOU:s tillsyn på upphandlingsområdet i framtiden kan utgå från en förstärkt internrevision vid statliga myndigheter. Den i betänkandet (SOU 2003:93) föreslagna internrevisionsmyndigheten kommer emellertid enligt budgetpropositionen för 2005 inte att bildas. Det anges emellertid att en samordnad ledning av den statliga internrevisionen behövs och att Ekonomistyrningsverket (ESV) är mest lämpad för att svara för denna samordning. Regeringen kommer att ta fram ett detaljerat förslag till en framtida uppgifts- och ansvarsfördelning när det gäller verksamhet som idag bedrivs inom Statskontoret, ESV och Statens kvalitets- och kompetensråd. Ändringarna beträffande stabsstödet utformning avses träda i kraft senast den 1 januari 2006.

## Dom från Arbetsdomstolen ger SL rätt att avskeda anställd efter illojala kontakter med leverantörer till SL

En anställd hos Stockholms Lokaltrafik (SL) blev avskedad efter att han haft illojala kontakter med leverantörer till SL. Arbetsdomstolen (dom nr 57/04, mål nr A 98/03, 2004-06-23) ger arbetsgivaren rätt beträffande avskedandet men fäller SL för brott mot 18 § medbestämmandelagen.

Arbetsdomstolen uppger bland annat att det vid bedömningen av den anställdes agerande finns skäl att särskilt beakta att SL vid upphandlingar haft att iaktta LOU. Det framstår för domstolen som uppenbart att SL:s anseende vad gäller sådana upphandlingsförfaranden riskerat att allvarligt kunna skadas av den anställdes agerande. Denne har haft stor frihet vad gäller utförandet av sina arbetsuppgifter och har även åtnjutit stort förtroende bland annat som sakkunnig i olika upphandlingsförfaranden. Domstolen uppger vidare att ”det varit viktigt att han som anförtrots uppgifter av det slaget inte agerat på ett sätt som kunnat ge grund för misstankar om att han hade bindningar till någon annan”. Av e-postkorrespondens mellan den anställda och leverantörerna framkommer att han inte alltid har satt SL:s intressen i första ledet och att han genom sitt agerande grovt åsidosatt sina åligganden mot SL. Arbetsdomstolen fann redan på grund av e-postkorrespondensen att SL får anses ha varit berättigad att skilja honom från anställningen genom avskedande.

## Handbok för upphandling av städentreprenader

Almega Serviceentreprenörerna och Fastighetsanställdas Förbund har tillsammans med arbetsmarknadsparter från andra europeiska länder tagit fram en handbok för upphandling av städtjänster. Arbetet har stötts ekonomiskt och professionellt av EU-kommissionen som dock inte ansvarar för innehållet i handboken. Handboken har som mål att ge upphandlande enheter ett användarvänligt hjälpmedel för att precisera deras behov av städtjänster på ett tydligare sätt i förhållande till olika lokaler och städuppgifter. Huvuddelen av handboken är avsedd som inledande information eller ett utbildningsverktyg för personer ansvariga för en organisations upphandling. Den har skrivits för upphandlande enheter som vill välja en städentreprenör som kombinerar kvalitet och gynnsamma priser istället för att välja de anbudsgivare som erbjuder lägst pris. Handboken kan beställas från [peter.enstrom@almega.se](mailto:peter.enstrom@almega.se).

## Samråd angående elektronisk offentlig upphandling

Europeiska kommissionen har inlett ett online-samråd angående elektronisk offentlig upphandling. Samrådet är enligt EU-kommissionen förlängt och pågår till den 15 november 2004. Ytterligare information finns på NOU:s webbplats.

## Konkurrensverket avslöjar anbudskarteller

Konkurrensverket betonar i sitt senaste nyhetsbrev att myndigheten ser allvarligt på situationen när företag delar upp marknaden och kommer överens om priser, så kallade anbudskarteller. Ett sätt att få information om anbudskarteller är att upphandlare inom stat, kommun och landsting kontaktar verket när de ser tecken på



att anbudsgivarna har kommit överens om att sätta konkurrensen ur spel. Myndigheten har tagit fram en checklista över omständigheter som kan tyda på att företag samarbetar vid en upphandling. Den finns att läsa på [www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se).

## NOU:s nyhetsbrev juni 2004

Så är då kommittén äntligen utsedd som ska införliva de nya direktiven om offentlig upphandling med svensk lag. 18 experter och en referensgrupp på 13 personer (vilka dessa är framgår av nyhetsbrevet) ska bidra till ett lyckat resultat. Den korta tid som står till buds för kommittén att genomföra sin uppgift - förslaget skall vara färdigt den 1 februari 2005 – gör mig dock övertygad om att endast nödvändiga förändringar och tillägg hinner göras. Min förhoppning om att nu få en grundligt omarbetad och mera överskådlig LOU har därmed grusats.

Det mest sannolika är väl att endast de obligatoriska förändringarna kommer att föreslås redan den 1 februari 2005 och efter remissbehandling och riksdagsbeslut träda i kraft vid årsskiftet 2005/2006. Regler om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem är inte obligatoriska att genomföra i nationell lagstiftning. Även om det inte är sannolikt att Sverige väljer att avstå från att införa dem, kommer de förmodligen att införas senare. I nästa ändring av LOU.

Det var inte vidare uppmuntrande att läsa Förtroendekommissionens betänkande vad avser förslaget om NOU. Avveckling. Uppgifterna bör föras över till Konkurrensverket. "Betydande samordningsvinster"? Och egentligen har jag lite svårt att förstå hur förtroendet för näringslivet skulle öka om NOU flyttas över till Konkurrensverket. Utredningen är nu ute på remiss.

Däremot är det uppmuntrande att sommaren och semestern är nära!

Ha det så bra och försök koppla av från upphandlingsfrågorna – fränsett detta nyhetsbrev förstås!



Margareta Hentze

## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
Offentlig-privata partnerskap och koncessioner .....	3
Varor, tjänster och byggentreprenader i samma upphandling.....	3
Uthyrning av lokal eller offentlig upphandling?.....	3
Offentlig upphandling eller tillståndsgivning? .....	4
Kommunal medverkan i sjuktransporter.....	4
Upphandling av inkassotjänster.....	4
Upphandlingsförfaranden .....	4
Ingen skyldighet att förhandla .....	4
Förfrågningsunderlaget.....	5
Poängsättning av underkriterierna angavs inte i förfrågningsunderlaget .....	5
Annonsering.....	5
Annonsering på hemsida och för kort anbudstid .....	5
Avbruten upphandling .....	6
Beslut att avbryta en upphandling kan överprövas .....	6
Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen .....	7
Totalpriser kunde lämnas ut .....	7
Avtal .....	8
Revidering av ALOS 81 .....	8
Ramavtal.....	8
Frågan om ramavtal inneburit ensamrätt .....	8
Kammarrätt underkänner pris- och produktkontrollmetoden.....	9
Rättsmedel och processrättsliga frågor.....	10
Skada eller risk för skada.....	10
Skadeståndsskyldighet vid inköpsamordning och beräkning av skadestånd .....	10
Miljö .....	13
EKU-verktyget .....	13
Uppdrag till statliga myndigheter om att införa miljökrav vid upphandling av entreprenadarbeten och arbetsmaskiner.....	13
Sociala hänsyn inkl arbetsrätt .....	14
Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt .....	14
Försörjningssektorerna .....	14
Reglerna för försörjningssektorerna får användas endast av dem som bedriver sådan verksamhet .....	14
Upphandling enl. 6 kap.....	15
Annonsering i databas och anbudstider .....	15
Förändring av regelverket.....	15
Utredning om genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling.....	15
Översyn av rättsmedelsdirektiven.....	17
NOU:s tillsyn.....	18
Tillsynsprojekt över bristande efterannonsering.....	18
Övrigt.....	18
Föreskrifter och allmänna råd om gallring och återlämnande av handlingar .....	18
Designåret 2005.....	20

### *NOU info*

ges ut av Nämnden för offentlig  
upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze.

*NOU info* utkommer fyra gånger per år.

Prenumeration: Fritzes, Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms.

*NOU info* finns också på NOU:s  
webbplats.

Det är tillåtet att kopiera innehållet i  
*NOU info*.

Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -04".

## Tillämpning av LOU

### Offentlig-privata partnerskap och koncessioner

NOU beslutar den 17 juni om yttrande till Finansdepartementet över Europeiska kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner. Grönboken kommer att kunna nås via en länk på NOU:s webbplats och NOU:s yttrande (dnr 2004/0143-22) läggs ut på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se) under publikationer, ärenden m.m., remissvar.

### Varor, tjänster och byggtreprenader i samma upphandling

I NOU:s broschyr Kort om LOU och NOU (oktober 2002) anges att en upphandling som avser en kombination av varor, tjänster eller byggtreprenader skall följa de regler som gäller för den typ som dominerar värdemässigt.

NOU vill göra följande förtydligande:

Om en upphandling avser en kombination av *varor* och *tjänster* skall den upphandlande enheten följa de regler som gäller för den typ som dominerar värdemässigt. Detsamma gäller om det är fråga om en blandning av A- och B-tjänster.

Om upphandlingen avser både varor eller tjänster och *byggtreprenader* finns det däremot inte någon möjlighet att tillämpa en sådan "överviktsprincip". Istället måste upphandlingen för de olika typerna (tjänsterna eller varorna respektive byggtreprenaderna) följa de regler som gäller för respektive typ.

Kort om LOU och NOU, samt ett rättelseblad som även uppdaterar tröskelvärdena m.m., återfinns i elektronisk form på NOU:s webbplats.

### Uthyrning av lokal eller offentlig upphandling?

Länsrätten i Västmanlands län meddelade den 17 mars 2004 dom i ett mål (mål nr 2044-03) mellan ett träningsföretag och Arboga kommun. Målet gällde förnyelse av ett avtal vilket reglerade förhållandet mellan kommunen och ett annat privat bolag vad avsåg driften av en gymverksamhet m.m. i det av kommunen ägda Ekbacksbadet. Länsrätten, som begärt yttrande från NOU (se *NOU info mars-04*, sid. 5f.), konstaterar att avtalet som påståtts vara ett hyresavtal, avsåg köp av varor och tjänster. Kommunen förbehöll sig i stort sett full kontroll över verksamheten i lokalen och ekonomin. Kommunens egen personal skulle sköta den löpande driften, prissättningen skulle ske i samråd med kommunen, öppettiderna skulle bestämmas av kommunen och bolaget hade inte rätt att upplåta reklamplatser i lokalerna.

Länsrätten bedömde att den ombyggnad som skulle ske av lokalerna var en byggtreprenad som skulle upphandlas enligt LOU. Länsrätten beslutade därför att Arboga kommun skulle göra en upphandling i enlighet med LOU. Länsrättens dom har vunnit laga kraft.

## Offentlig upphandling eller tillståndsgivning?

Som NOU tidigare meddelat (*NOU info mars -04*, sid. 7 f.) har Länsrätten i Stockholm den 16 mars 2004 meddelat dom i ett mål mellan en reklambyrå och Stockholms stad (mål nr 1199-04 E). Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm, vilken avlog överklagandet (mål nr 2379-04). Kammarrättens dom har nu i sin tur överklagats till Regeringsrätten (mål nr 3594-04), vilken ännu inte fattat beslut om huruvida prövningstillstånd kommer att meddelas.

## Kommunal medverkan i sjuktransporter

NOU beslutar den 17 juni om yttrande till Finansdepartementet över Ds 2004:18 Kommunal samverkan i landstingets sjuktransporter (NOU:s dnr 2004/0101-22). Yttrandet läggs ut på NOU:s webbplats under publikationer, ärenden m.m., remissvar.

## Upphandling av inkassotjänster

NOU har under den senaste tiden fått ett flertal frågor om huruvida köp av inkassotjänster omfattas av reglerna i LOU. NOU vill därför upplysningsvis påpeka att inkassotjänster skall upphandlas enligt LOU och att en inkassotjänst är en B 27-tjänst (CPV nr 74850000). Det är således tillräckligt att annonsera i Sverige och att tillämpa övriga regler i 6 kap. LOU vid upphandlingen.

## Upphandlingsförfaranden

### Ingen skyldighet att förhandla

Kammarrätten i Sundsvall meddelade den 27 april 2004 dom i ett mål mellan Banverket och ett privat företag (mål nr 3441-03). Kammarrätten, vilken begärt yttrande från NOU (se *NOU info mars-04*), konstaterade bl.a. att Banverket inte brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, då den valt att inte förhandla i upphandlingen.

Kammarrätten konstaterade att ”en anbudsgivare när han utformar sitt anbud inte kan räkna med att vissa frågor kommer att bli föremål för förhandling då det kan bli så att han inte alls kommer med bland de anbudsgivare som upphandlande enhet väljer att förhandla med. Det är därför viktigt att anbudsgivare också i förhandlade upphandlingar avger ett så noggrant och omsorgsfullt utformat anbud som möjligt”.

Kammarrätten uttalade dessförinnan att en förhandlad upphandling inte kan ersätta kravet på klara, fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag och konstaterade att ”en förhandling får således inte uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna skall inte behöva vara osäkra på vad det är som den upphandlande enheten efterfrågar. Förhandlingarna skall inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativa utföranden, vilka inte ryms inom den av förfrågningsunderlaget angivna ramen”.

## Förfrågningsunderlaget

### Poängsättning av underkriterierna angavs inte i förfrågningsunderlaget

Kammarrätten i Göteborg har den 29 september 2003 meddelat en dom (mål nr 2409-03) avseende en upphandling av dels en abonnentväxel, dels av stödfunktioner för abonnentväxel m.m. genomförd av Mölndals kommun. Kammarrätten förordnade att upphandling skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Kammarrätten konstaterar i domen att den sakfråga den har att pröva i väsentliga avseenden rör samma faktiska omständigheter och rättsliga frågor som Regeringsrätten hade att ta ställning till vid bedömningarna i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 (se *NOU info oktober -02*, sid. 12). Kammarrättens bedömning blev dock att förfrågningsunderlagets utformning och den valda utvärderingsmodellen i det här fallet inte uppfyller kravet på affärsmässighet som uppställs i LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår endast att huvudkriterierna kommer att viktas mot varandra i enlighet med där angivna procenttal. Kammarrätten uppger vidare att "[u]tvärderingen innefattat poängsättning av underkriterier och viktningar av underkriterierna emellan på ett sätt som inte har kunnat förutses med hjälp av förfrågningsunderlaget. Som exempel kan nämnas att underkriterierna "Säkerhet" m.fl. under huvudkriteriet "Kvalitet" viktas inbördes utan att detta alls har redovisats i förfrågningsunderlaget. Underkriterier har vidare tillskapats under t.ex. underkriteriet "Säkerhet". Dessa har åsatts olika "maxpoäng" så att underkriteriet "Driftsäkerhet" kan ge högst 30 poäng medan underkriteriet "Nyttjanderätt" kan ge högst 10 poäng. Det har överhuvudtaget inte angetts i förfrågningsunderlaget att denna poängsättning skulle ske."

Kammarrätten anför att "[d]et måste förutsättas att leverantörernas möjlighet att utforma sina anbud skulle ha varit andra än vad som nu varit fallet om vetskap förelegat om hur utvärderingen skulle gå till. Förutsättningarna för utvärderingen, såsom den rent faktiskt utförts, skulle därför ha varit med i förfrågningsunderlaget. Valet av högsta poäng liksom viktningen underkriterierna emellan ger, enligt kammarrättens mening utrymme för godtycke när utvärderingsmodellen inte är tillräckligt presenterad i förfrågningsunderlaget".

## Annonsering

### Annonsering på hemsida och för kort anbudstid

Länsrätten i Västerbottens län meddelade den 9 februari 2004 dom i ett mål (mål nr 99-04 E) mellan ett flygbolag och Länsstyrelsen i Västerbottens län. Målet gällde frågan om anbudstiden i en upphandling av helikoptertjänster. Länsstyrelsen hade annonserat upphandlingen dels på sin egen hemsida, dels i Anbudsjournalens databas. Länsrätten ansåg (med stöd av prop. 1999/2000:128 sid. 26) att Länsstyrelsens annons på den egna hemsidan inte var en annons i en allmänt tillgänglig databas. Anbudstiden hade därför inte börjat löpa förrän annonsen publicerades i Anbudsjournalens databas.

Annonsen om upphandling publicerades den 18 december 2003 och anbudet skulle vara inlämnat senast den 12 januari 2004. Länsrätten konstaterade att den faktiska anbudstiden räknat i arbetsdagar endast blev 12. Dessa arbetsdagar innefattade dessutom dagar mellan jul- och nyårshelgerna och s.k. klämdagar i anslutning till helgerna samt trettondagsafton. Länsrätten menade att det är vanligt att företag under denna tidsperiod har begränsad verksamhet. Länsrätten konstaterade att Länsstyrelsens egen policy för tidsfrist att lämna anbud (minst 21 dagar), torde ha fastställts utifrån perioder med normala arbetsveckor. Länsrätten fann att, även om det inte var fråga om en särskilt omfattande upphandling, tidsfristen för att lämna anbud inte var skälig. Länsstyrelsen ålades därför att göra om upphandlingen med en anbudstid på fyra veckor. Domen har vunnit laga kraft.

## Avbruten upphandling

### Beslut att avbryta en upphandling kan överprövas

Kammarrätten i Stockholm har den 24 mars 2004 meddelat dom (mål nr 139-04) avseende en upphandling av utbildningsprogrammet ”Journalism and Democracy” genomförd av Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida).

Kammarrätten fastställer Länsrättens i Stockholm dom (mål nr 23405-03E) vari Sidas beslut att avbryta upphandlingen undanröjs och det förordnas att Sida skall uppta den avbrutna upphandlingen till fortsatt handläggning i enlighet med vad som gäller enligt LOU i tillämpliga delar. Sida valde som leverantör Fojo, som tillhör samma juridiska person, och avbröt upphandlingen. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft.

Av kammarrättsdomen framkommer att ”grunden för avbrytandet var att Sida vid utvärderingen av de anbud som slutligt kvalificerat sig fann att Fojos anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga för Sida. Sida menar att det inte är möjligt för två statliga myndigheter att teckna kontrakt i LOU:s mening och med de villkor och förutsättningar som ett affärskontrakt skall innehålla. Såvitt Sida känner till är detta förhållande grunden till en etablerad praxis att formellt avbryta upphandlingen och ingå överenskommelse i stället för att teckna kontrakt när en annan statlig myndighet befunnits ha lämnat det bästa anbudet. Mot denna bakgrund hävdas att det förelegat saklig grund för att avbryta upphandlingen.”

Fojo är beteckningen för Institutet för fortbildning av journalister och uppges tillhöra samma juridiska person som Sida, nämligen staten. Fojo är ett institut inom Högskolan i Kalmar.

Kammarrätten konstaterar i domskälen att det av EG-domstolens dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00<sup>1</sup> följer att bestämmelserna om överprövning i 7 kap. LOU skall tillämpas även på beslut om avbrytande av upphandling. Kammarrätten hänvisar vidare till vad Högsta domstolen anfört i dom meddelad den 2 januari 2001 (NJA sid. 3) att LOU måste antas vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. Kammarrätten anför vidare att ”[n]är det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal

---

<sup>1</sup> Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH (HI) och Stad Wien.

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.”

Kammarrätten gör den bedömningen att Fojo inom den juridiska personen staten intar en från Sida väsenskild roll och därmed såsom leverantör har en gentemot den upphandlande enheten självständig funktion. Fojos utförande av uppdrag som institutet tilldelats från Sida skulle därmed inte kunna anses som verksamhet i Sidas egen regi. Mot denna bakgrund fann kammarrätten att det inte fanns skäl att, enbart på den grunden att Sida och Fojo utgör delar av samma juridiska person, avbryta den aktuella upphandlingen. Kammarrätten fastställer länsrättens dom vari det förordnades att Sidas beslut att avbryta upphandlingen undanröjdes och att Sida skall uppta den avbrutna upphandlingen till fortsatt handläggning i enlighet med vad som gäller enligt LOU i tillämpliga delar.

*NOU:s kommentar:* Målet tar upp flera intressanta juridiska aspekter. Förutom frågan om ett beslut att avbryta en upphandling kan överprövas, behandlas frågan om en leverantör inom samma juridiska person som den upphandlande enheten kan anses inta en så självständig funktion att hans verksamhet inte kan anses utgöra egenregiverksamhet. Enligt kammarrättens mening är det således inte självklart att en upphandlande enhet skall avbryta en upphandling bara för att den valda leverantören tillhör samma juridiska person som enheten. Vidare behandlas frågan (framför allt i länsrättens dom) om en leverantör som tillhör staten kan begära överprövning av ett upphandlingsbeslut som fattats av en annan upphandlande enhet inom staten och därmed inom samma juridiska person. Kammarrätten och länsrätten har godtagit detta.

Högsta domstolen har ännu inte beslutat om den skall meddela prövningstillstånd i ett mål rörande skadestånd på grund av ett beslut att avbryta en upphandling. NOU har avgett yttrande i målet den 25 september 2003 och det finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen

### Totalpriser kunde lämnas ut

Kammarrätten i Sundsvall har den 23 mars 2004 (mål nr 565-04) gjort bedömningen att en anbudssammanställning utvisande totalpriser i en upphandling av matserverings- respektive städtjänster genomförd av Kommunalförbundet Gästrikre Inköp i sin helhet skall lämnas ut. Domen har vunnit laga kraft.

Anbudssammanställningen innehåller dels en sammanställning av det totala priset för matserverings- respektive städtjänster under avtalsperioden, dels en sammanställning i vilken priserna brutits ner i bland annat pris per portion vid olika skolor m.m. samt städkostnad per kvm.

Av domen framkommer att kammarrätten inte funnit att det finns tillräcklig grund att anta att ett utlämnande av anbudssammanställningen skulle medföra ekonomisk skada för Kommunalförbundet Gästrikre Inköp vid kommande upphandlingar eller i



annat hänseende. Sekretess ansågs därmed inte föreligga enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen.

Kammarrätten uppgav vidare beträffande den delen av anbudssammanställningen som innehåller totalpriser att det inte kan antas att leverantören lider ekonomisk skada enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen om dessa uppgifter röjs. Den mer utförliga anbudssammanställningen ansågs däremot vara en så detaljerad prisinformation att det av särskild anledning kan antas att leverantören lider sådan skada, vilket är en förutsättning för sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen.

Kammarrätten fann därför att den första sidan av anbudssammanställningen utvisande totalpriser i sin helhet kan lämnas ut medan andra sidan av anbudssammanställningen med mer detaljerad prisinformation inte kan lämnas ut.

## Avtal

### Revidering av ALOS 81

En revidering av standardavtalet ALOS 81 har inletts. En arbetsgrupp bestående av representanter för offentlig sektor och näringsliv har sammanträtt. Gruppen leds av Svenska Kommunförbundet och arbetet beräknas vara klart till årsskiftet 2004/2005. För att kartlägga behovet av förändringar kan eventuella synpunkter på utformningen av ett nytt avtal lämnas till [ellen.heldahl@svekom.se](mailto:ellen.heldahl@svekom.se) på Svenska Kommunförbundet.

## Ramavtal

### Frågan om ramavtal inneburit ensamrätt

Svea Hovrätt har i en dom den 23 april 2004 (mål nr T 9323-02) tagit ställning till frågan om ett ramavtal om blodprovstagning m.m. från personer misstänkta för brott, som upphandlats av Polismyndigheten i Stockholms län, inneburit ensamrätt för ramavtalsleverantören (nedan kallad bolaget). Frågan hade tidigare varit föremål för mellandom i Stockholms tingsrätt, vilket innebär att hovrätten endast prövat frågan om eventuell ensamrätt. Bakgrunden till målet var att bolaget ansåg att det inte fått alla de uppdrag som de enligt ramavtalet haft rätt till.

Bolaget hade bl.a. gjort gällande att avtalet var ett avropsavtal som i sig varit tvingande för polismyndigheten, att den som gjort en upphandling är skyldig att anlita den som upphandlats och att någon ny upphandling under avtalstiden inte gjorts avseende det som träffats avtal om med bolaget.

Rikspolisstyrelsen hade å sin sida anfört att ramavtal enligt 1 kap. 5 § LOU inte automatiskt medför ensamrätt och att man vid tolkningen av avtalet måste se till det "naturliga innehållet". Det vore enligt Rikspolisstyrelsens mening orimligt att avtala om en ensamrätt för bolaget, eftersom detta skulle innebära att polismyndigheten måste avstå från att få tjänster utförda som kunnat erhållas utan kostnad eller som man kunnat utföra själv. Om exempelvis en skadad person förts till sjukhus skulle blodprovstagning normalt ske där utan kostnad. Det var inte heller rimligt att polismyndigheten skulle ha varit skyldig att tillkalla bolaget när en polisman själv

hade kunnat ta urinprov. Avsikten var istället att man, när behov uppstod, skulle anlita bolagets tjänster.

I likhet med tingsrätten fann hovrätten att det inte av ramavtalets text eller av en tolkning av texten kunde utläsas en sådan ensamrätt som bolaget gjort gällande. Inte heller kunde enligt hovrätten någon ensamrätt följa av att avtalet ingåtts efter ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Hovrätten fastställde tingsrättens domslut.

Domen har överklagats till Högsta domstolen som ännu inte fattat beslut om prövningstillstånd.

## Kammarrätt underkänner pris- och produktkontrollmetoden

Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 2 juni 2004 (mål nr 2591-04) tagit ställning till huruvida det i målet aktuella ramavtalet utgjort ett upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU och om möjligheterna till överprövning av upphandlingen därför upphört. I målet var fråga om upphandling av arbetslivs-inriktade rehabiliteringsinsatser genomförd av Stockholms läns allmänna försäkringskassa. Tiden för överklagande till Regeringsrätten har ännu inte löpt ut.

Kammarrätten citerade inledningsvis ett yttrande från NOU till Konstitutionsutskottet (dnr 2004/0046-29). Yttrandet har refererats i *NOU info mars –04* sid. 19f.

Därefter konstaterade kammarrätten att det aktuella ramavtalet inte innehöll någon fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skulle tilldelas avrop. Enligt förfrågningsunderlaget skulle avropen istället tilldelas enligt följande. ”När ett behov uppstår avseende köp av en utredning gör Försäkringskassan i normalfallet en undersökning avseende vilket/vilka avtal eller producenter som kan tillhandahålla en tjänst som täcker behovet, samt vem eller vilka producenter som har kapacitet vid den aktuella tidpunkten. Därefter sker en jämförelse av priser samt en jämförelse av restider och reskostnader till de olika producenterna. Huvudregeln är att om det finns flera producenter som kan tillhandahålla en tjänst väljer Försäkringskassan den som utför tjänsten närmast den avropande Försäkringskassan.”

Kammarrätten konstaterade därefter att ”... den beskrivna ordningen i praktiken kan leda till att en leverantör som inte lämnat det – i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna – för den upphandlande enheten mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kan få fler avrop än den leverantör som lämnat ett ekonomiskt fördelaktigare anbud. En sådan ordning bär enligt kammarrättens mening prägel av att vara en oavslutad upphandling, där kassan inte tagit slutlig ställning till vilket anbud som är det mest fördelaktiga utifrån utvärderingskriterierna. ... Med hänsyn till att [ramavtalen] således inte fastställer samtliga villkor för avrop utgör avtalen inte upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Denna bedömning förändras inte av den omständigheten att pris och tjänstens karaktär anges i avtalen. Mot bakgrund av de krav på förutsebarhet och transparens som följer av EG-rätten och 1 kap. 4 § LOU får det anses vara den upphandlande enhetens ansvar att utarbeta en mekanism eller fördelningsnyckel för tilldelning av avrop. Införandet av en sådan skulle i ett första steg underlättas av att

den upphandlande enheten t.ex. avstod från att sluta ett enda ramavtal avseende icke jämförbara tjänster till förmån för flera kontrakt avseende jämförbara tjänster. Kammarrättens bedömning av förevarande ramavtal förändras således inte heller av att det på grund av tjänsternas karaktär för den upphandlande enheten kan finnas behov av flexibilitet.”

Eftersom det således inte förelåg något upphandlingskontrakt hade, enligt kammarrätten, inte heller tiden för överprövning av den aktuella upphandlingen upphört. Då hinder för överprövning därför inte förelåg, återförvisade kammarrätten målet till länsrätten för prövning av den klagandes ansökan om överprövning.

*NOU:s kommentar:* Domen innebär att en upphandling av ett ramavtal, som inte fastställer samtliga villkor, enligt kammarrättens mening är öppen för överprövning ända till dess att upphandlingen avslutas genom ett fullständigt avtal vid avropstillfället.

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Skada eller risk för skada

Kammarrätten i Göteborg har den 26 april 2004 meddelat dom (mål nr 622-04) avseende en upphandling av distribution av inkontinenshjälpmedel genomförd av Region Skåne. Kammarrätten har förordnat att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Kammarrätten uppger i domen bland annat att förfrågningsunderlaget innefattar stora brister avseende förutsebarhet genom att Region Skåne inte fullt ut har redovisat uppgifter som tillmätts väsentlig betydelse i utvärderingen av priskriteriet. Någon information om hur utvärderingen skulle ske av lämnade prisuppgifter har inte heller funnits i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten har funnit att upphandlingen därför i detta avseende inte kan anses ha genomförts i enlighet med 1 kap. 4 § LOU.

En överträdelse skall ha medfört att en leverantör har lidit skada eller kan komma att lida skada för att domstolen skall kunna besluta att upphandlingen skall rättas till eller att den skall göras om. Beträffande detta s.k. skaderekvisit uppger kammarrätten följande. Det kan inte krävas att de brister som konstaterats faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att anbudsgivaren inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU skall komma ifråga. Den *oförutsebarhet* som bristerna innebär har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. Det framstår därför inte som osannolikt att anbudens kunde ha varit annorlunda, om bristerna inte funnits. Kammarrätten förordnade således att upphandlingen skall göras om.

### Skadeståndsskyldighet vid inköpssamordning och beräkning av skadestånd

Svea Hovrätt har i en dom den 16 april 2004 (mål nr T 5708-02) tagit ställning till bl.a. frågan om fördelning av skadeståndsskyldighet mellan flera upphandlande enheter som deltagit i en samordnad upphandling, samt frågan om hur skadeståndet skulle beräknas.

Byggnadsaktiebolaget Mimer i Västerås (nedan kallat Mimer) och Västerås stads fastighetskontor genomförde under hösten 1998 en upphandling av ramavtal för in- och utvändiga målningsarbeten. En anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt (nedan kallad bolaget) väckte därefter, vid Västmanlands tingsrätt, skadeståndstalan mot Mimer, Västerås Hamn AB, VÄGAB Västerås Gatukontors AB, Västerås kommun och Västerås Flygfastigheter AB.

Hovrätten fann inledningsvis att Mimers m.fl. utvärderingsmetod var sådan att den inte skulle leda till ett rättvisande resultat och att Mimer m.fl. således brutit mot kravet på affärsmässighet. Hovrätten fann vidare att bolaget gjort sannolikt att dess anbud var ett av de tre som borde ha antagits och att bolaget därför var berättigat till ett skadestånd som högst kunde uppgå till det positiva kontraktsintresset.

Med anledning av det sätt på vilket bolaget lagt upp sin talan i målet – i första hand yrkande om solidariskt betalningsansvar för de fem motparterna, i andra respektive tredje hand ett specificerat ansvar för alla, respektive för vissa av motparterna – gjorde hovrätten därefter en bedömning av vem eller vilka som ådragit sig skadeståndsskyldighet mot bolaget genom den felaktiga upphandlingen.

### **Fördelning av skadeståndsskyldigheten**

Det var i målet ostridigt att Mimer varit den som haft det praktiska ansvaret för upphandlingen. Bolaget 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. Detta hade bestritts av Mimer m.fl.

Hovrätten 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 (VÄGAB) och Västerås Flygfastigheter AB (Flygfastigheter) har haft en aktiv roll vid utformningen av förfrågningsunderlaget eller att de deltagit i utvärderingen. De kan därför inte anses vara upphandlande enheter. Särskilt tydligt blir detta om det skulle bli aktuellt att ålägga parterna en solidarisk skadeståndsskyldighet, en fråga som hovrätten återkommer till. Redan på grund av det anförda skall [bolagets] talan mot de tre nu nämnda svarandena lämnas utan bifall."

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 var upphandlande enhet. Hovrätten fann därför att även kommunen ådragit sig skadeståndsansvar för den felaktiga upphandlingen.

### **Solidariskt ansvar**

Bolaget hade i första hand yrkat att Mimer m.fl. skulle åläggas ett solidariskt ansvar för skadeståndet, något som dessa hade bestritt.

Hovrätten uttalade beträffande denna fråga att "[e]n huvudregel inom skadeståndsrätten är att var och en svarar endast för den skada han har vållat. För att ett solidariskt ansvar för en skada skall uppkomma förutsätts att två eller flera parter gemensamt har vållat samma skada (6 kap. 4 § skadeståndslagen). Om en skada kan delas upp på så sätt att var och en kan svara för sin del blir bestämmelsen inte tillämplig (Bengtsson – Strömbäck, Skadeståndslagen, sid. 331).

Den skada som [bolaget] drabbats av genom att inte ha fått sitt anbud antaget, får anses uppkomma vid varje avrop som görs enligt ramavtalen, låt vara att skadeståndet bör dömas ut enligt en schabloniserad princip. Hovrätten återkommer till den frågan. Med detta synsätt måste de två upphandlande enheterna svara var och en för den skada som den enheten vållar. Något utrymme för solidariskt ansvar finns därför inte. Om även de tre övriga instämnda svarandena hade betraktats som avtalsparter skulle det olämpliga i ett solidariskt ansvar för övrigt ha blivit ännu tydligare. [Bolagets] yrkande om solidariskt skadeståndsansvar kan därför inte bifallas."

### **Kommunens ansvar för skada som vållats av Hamnbolaget, VÅGAB och flygfastigheter**

Bolaget hade yrkat att kommunen skulle svara för de skador som vållats av Hamnbolaget, VÅGAB och Flygfastigheter för det fall dessa inte skulle anses vara upphandlande enheter.

Hovrätten hänvisade även i denna del till att huvudregeln inom skadeståndsrätten är att en skadevällare bara ansvarar för de skador som han själv har vållat, och uttalade att "[r]edan av detta skäl kan eventuella skador som har vållats av andra självständiga juridiska personer inte komma i fråga. Detta utesluter också att ansvaret fördelas enligt någon slags proportioneringsprincip. Därtill kommer att någon skada vållad av de tre angivna bolagen inte kan anses visad i målet. [Bolagets] yrkande i den delen skall därför ogillas."

### **Skadeståndets storlek**

Hovrätten konstaterade att omfattningen av den skada som bolaget vållats var behäftad med så många osäkerhetsmoment att någon annan möjlighet än en skälighetsuppskattning med stöd av 35 kap. 5 § rättegångsbalken inte var möjlig. Vid den uppskattningen beaktade hovrätten de faktorer som Mimer m.fl. angivit, liksom osäkerheten om huruvida en förlängning av avtalen efter den första tvåårsperioden skulle ha skett. Vidare beaktade hovrätten möjligheten för bolaget att begränsa sin skada genom att, åtminstone efter tvåårsperiodens utgång, få andra uppdrag, eller minska personalstyrkan och därigenom reducera sina kostnader.

Hovrätten fann att de skadeståndsbelopp som skulle utgå till bolaget skäligen borde bestämmas till, för Mimer tre miljoner kronor och för Västerås kommun en miljon kronor.

Domen har överklagats till Högsta domstolen som ännu inte fattat beslut om prövningstillstånd.

## Miljö

### EKU-verktyget

Sedan början av 2003 ansvarar Miljöstyrningsrådet för drift och utveckling av EKV-verktyget. För att säkerställa att de miljökriterier som utvecklas i EKV-verktyget - som skall utformas i en nära dialog mellan företrädare för stat och näringsliv - är kvalitetssäkrade och förankrade på ett godtagbart sätt har ett nytt sätt att ta fram miljökriterier utarbetats.

Baserat på en vetenskaplig förstudie sker utveckling och uppdatering av miljökriterier i särskilda arbetsgrupper. Arbetsgrupperna ska ha kompetens vad gäller tekniska, miljö- och kvalitetsmässiga aspekter inom det specifika produkt- eller tjänsteområdet. När miljökriterier för en vara, tjänst eller entreprenad är framtagna i arbetsgrupperna skickas ärendet, efter remissbehandling, till en beslutande kommitté som gör en slutlig granskning. Den beslutande kommittén skall utgöras av en gemensam expertgrupp med representanter för samtliga ägare samt personer med upphandlingskompetens.

De kriterier som utarbetades i ett tidigare skede kommer successivt att genomgå denna granskning. Miljökriterier som har tagits fram enligt den nya organisationen är kemisk-tekniska produkter, textilier, skor och tvättjänster. Arbete pågår nu med att uppdatera och ta fram miljökriterier för livsmedel, IT-produkter, medicin-teknisk utrustning samt läkemedel.

Miljöstyrningsrådet kommer under sommaren 2004 att ge ut en bok i ekologiskt hållbar upphandling "Miljöledning vid upphandling och inköp". Boken vänder sig till alla som arbetar med upphandling och inköp i både offentlig och privat sektor.

Ett öppet nätverk (EKU-nätverk) har startats av EKV-kansliet för offentliga upphandlare som arbetar med miljöanpassad offentlig upphandling. Tanken är att man ska kunna få tips och råd från andra som har egna erfarenheter med att ställa miljökrav från något specifikt produktområde.

EKV:s kansli deltar i ett projekt med 12 europeiska städer (Local Environmental Management Systems and Procurement, LEAP) som syftar till att dels ta fram verktyg för att implementera miljöledningssystem i upphandlingsprocessen och dels pröva möjligheten att genomföra gemensam upphandling i syfte att samla en stor volym produkter för att bryta eventuella marknadsbarriärer.

För mer information besök EKV:s webbplats: [www.eku.nu](http://www.eku.nu).

### Uppdrag till statliga myndigheter om att införa miljökrav vid upphandling av entreprenadarbeten och arbetsmaskiner

NOU har lämnat remissvar (dnr 2004/0065-22) på Miljörådets rapport "Miljömålen – allas vårt ansvar".

Rapporten är ett av flera underlag som kommer att ligga till grund för regeringens miljömålsproposition 2005 och redovisar utvecklingen mot miljö kvalitetsmålen samt innehåller förslag om åtgärder och nya eller reviderade delmål.

NOU framförde väsentligen följande. NOU välkomnar Miljörådets förslag om att utveckla kraven för offentlig upphandling av godstransporter, arbetsmaskiner och entreprenadarbeten genom att alla statliga myndigheter som beställer sådana arbeten eller utnyttjar arbetsmaskiner bör ges i uppdrag att införa miljökrav vid upphandlingen.

NOU föreslog för övrigt redan år 1996 i sitt svar till Miljövårdberedningens delbetänkande Integrering av miljöhänsyn inom den statliga förvaltningen (SOU 1996:112) att ”statliga myndigheter åläggs att vid varje upphandling överväga att ställa krav med hänsynstagande till miljön”.

NOU betonade i sitt yttrande att det bör klargöras vad som skall anses omfattas av begreppen entreprenadarbeten och arbetsmaskiner samt att vägledning bör lämnas om de beloppsgränser vid vilka miljökrav skall ställas. NOU påpekade också att NOU inte tagit ställning till om de krav som utarbetats av Miljöstyrningsrådet respektive Vägverket står i fullständig överensstämmelse med LOU.

Remissvaret finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Sociala hänsyn inkl arbetsrätt

### Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

NOU har färdigställt slutrapporten avseende regeringsuppdraget rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler. Rapporten kan inom kort läsas i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Försörjningssektorerna

### Reglerna för försörjningssektorerna får användas endast av dem som bedriver sådan verksamhet

NOU har i ett yttrande över SOU 2003:67 Kollektivtrafik med människan i centrum (se NOU:s yttrande dnr 2003/0282-22 på NOU:s webbplats) påpekat att ”... det framgår av EG-domstolen i mål C-513/99 mellan Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, att en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver busstrafik på linjer, utan endast är ansvarig för att sådan tillhandahålls, skall tillämpa reglerna i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) vid upphandling av sådan kollektivtrafik. Det innebär, för motsvarande svenska förhållanden, att upphandling av kollektivtrafik, i flertalet fall, skall ske enligt 5 kap. LOU. Endast upphandlande enheter som i egen regi bedriver kollektivtrafik och sluter kontrakt för denna verksamhet kan tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling av ytterligare kollektivtrafik.” Förståelsen av EG-domstolens dom C-513/99 underlättas om man läser även generaladvokatens yttrande i samma mål. Från svensk rättspraxis se domen från Kammarrätten i Sundsvall den 24 oktober 2001 (mål nr 2375-01).

NOU vill på förekommen anledning uppmana de upphandlande enheterna att kontrollera om de avtal de har för avsikt att sluta verkligen tillhör

försörjningssektorerna. Vid en felaktig bedömning av denna fråga, d.v.s. om det visar sig att det tilldelade kontraktet rätteligen skulle ha omfattats av reglerna för den klassiska sektorn, kan både tröskelvärdesberäkningen och valet av upphandlingsförfarande vara felaktigt.

Se på webbsidan även NOU:s yttrande dnr 1999/0102-29 i Kammarrättens i Göteborg mål nr 2365-99.

## Upphandling enl. 6 kap

### Annonsering i databas och anbudstider

Ovan under avsnittet Annonsering refereras ett avgörande från Länsrätten i Västerbottens län avseende annonsering och anbudstiden i en upphandling av helikoptertjänster.

## Förändring av regelverket

### Utredning om genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling

Som NOU skrev i senaste *NOU info* har Europaparlamentet och rådet antagit EG-kommissionens förslag till direktiv om offentlig upphandling och upphandling inom områden vatten, energi, transport och posttjänster. Direktiven har fått följande officiella benämningar:

- Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3696/03 (MAP 23 CODEC 1760) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster och
- Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3695/03 (MAP 22 CODEC 1759) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Båda blev antagna av parlamentet den 29 januari 2004 och av rådet den 2 februari 2004. De nya bestämmelserna skall införlivas i svensk rätt inom 21 månader från ikraftträdandet den 31 april 2004.

Regeringen har den 7 april 2004 tillkallat en särskild utredare, f.d. regeringsrådet Leif Lindstam, med uppdrag att ge förslag på hur de nya direktiven skall genomföras i svensk rätt. Sekreterare är kammarrättsassessor Birgitta Henriksson.

### Uppdraget

Utredaren skall lämna förslag till de författningsändringar som är nödvändiga och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till. Utredaren är i övrigt fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan föranleda.

Utredarens överväganden och förslag skall präglas av direktivens grundläggande ekonomiska syfte med särskilt beaktande av miljöhänsyn och sociala hänsyn.



Utredaren skall även föreslå ändringar i nuvarande 6 kap. LOU beträffande sådana bestämmelser som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena och där denna direktivregel ändrats.

Utredaren skall överväga om huvudregeln om affärsmässighet bör ändras eller ersättas av den nya bestämmelsen som de nu antagna direktiven innehåller.

Regeringen avser att återkomma genom tilläggsdirektiv angående förenligheten med ILO:s konvention nr 94.

Det förutsätts att utredaren håller sig underrättad om hur direktiven genomförs i andra medlemsstater och han skall samråda med berörda myndigheter och företrädare för näringslivet. Vad gäller redovisning av förslagens konsekvenser för företagen skall han samråda med Näringslivets regelnämnd (NNR). Företags administrativa kostnader skall hållas så låga som möjligt.

Uppdraget skall redovisas senast den 1 februari 2005. Övervägandena och eventuella förslag i fråga om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpsystem får dock redovisas senast den 1 juni 2005.

### **Experter**

Hittills har följande experter förordnats för att biträda utredaren med särskilda uppgifter:

Rättssakkunnige Jimmy Järvenpää, Socialdepartementet, enheten för sociala tjänster,

Departementssekreteraren Rickard Falkendal, Finansdepartementet,

Kanslirådet Kerstin Krafft, Finansdepartementet, Struktureenheten,

Departementssekreteraren Åsa Edman, Finansdepartementet, enheten för kommunal lagstiftning,

Departementssekreteraren Annika Löfgren, Miljödepartementet, enheten för hållbar utveckling och miljöintegration,

Kanslirådet Ulrika Dyrke, Näringsdepartementet, näringslivs- och simplexenheten,

Juristen Eva Sveman, Landstingsförbundet, Avdelningen för hälso- och sjukvårdspolitik,

Förbundsjuristen Ulf Palm, Svenska kommunförbundet, Civilrättssektionen,

Senior adviser Olof Erixon, Svenskt näringsliv,

Chefsjuristen Jens Karlsson, Företagarna,

Chefsjuristen Michael Slavicek, Nämnden för offentlig upphandling,

Chefsjuristen Hans Sundström, Statskontoret,

Chefsjuristen Hans Sylvén, Svensk energi,

Chefsjuristen Dan Holke, LO-TCO Rättsskydd,

Förbundsjuristen Sussanne Lundberg, SKTF,

Utredaren Mikael Halápi, SACO,

Avdelningschefen Caroline Hopkins, Svenska naturskyddsföreningen,

Avdelningsrådet Per-Arne Sundbom, Konkurrensverket.

### **Referensgrupp**

Utredaren skall vidare biträdas av en referensgrupp bestående av:

Charlotta Lindmark, Banverket,

Stefan Holm, IT-företagen,

Charlotta Frenander, AB Svenska miljöstyrningsrådet,

Staffan Carenholm, Sveriges arkitekter,

Tomas Axi, Luftfartsverket,

Helena Lindskog, Linköpings universitet, ekonomiska institutionen,

Joakim Lidgren, Sveriges byggindustrier,

Märta-Lena Schwaiger, Svenska lokaltrafikföreningen,

Jan-Erik Kjellberg, Svenska Bussbranschens riksförbund,

Jan Edling, Almega,

Carl-Mikael Schlyter, Försvarets materielverk,

Charlotte Kavtaradze, Posten Sverige AB,

Sven-Eric Hargeskog, Sveriges offentliga inköpare.

## **Översyn av rättsmedelsdirektiven**

Europeiska kommissionen har påbörjat en översyn av rättsmedelsdirektiven (89/665/EEG och 92/13/EEG) som en gång antogs i syfte att garantera en effektiv tillämpning av direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling. I och med att det offentliga upphandlingsområdet hade öppnats för konkurrens mellan medlemsstaterna blev det nödvändigt att väsentligt öka garantierna för insyn och icke-diskriminering, vars effektivitet beror på tillgången av snabba och effektiva rättsmedel på nationell nivå i händelse av en överträdelse.

Kommissionen hävdar att bestämmelserna för offentlig upphandling inte tillämpas på ett tillfredsställande sätt av alla upphandlande enheter i medlemsstaterna. Kommissionen konstaterar bland annat att antalet annonserade upphandlingar är lågt och att antalet annonser varierar stort mellan olika medlemsstater och olika typer av upphandlande enheter och sektorer.

Kommissionen har tidigare haft ett inledande samråd med medlemsstaterna och näringslivet (*NOU info juni -03* sid. 19). Fram tills helt nyligen pågick ett samråd med upphandlande enheter avseende rättsmedelsdirektiven. Syftet med samrådet var att inhämta upphandlande enheters synpunkter på de nationella prövningsbestämmelserna och förslag till förbättringar och effektiviseringar av prövningen på området för offentlig upphandling. NOU informerade om samrådet på webbplatsen så snart vi fick kännedom om det. För tillgång till samrådsmaterialet se NOU:s webbplats. Kommissionen har för avsikt att lägga fram förslag till ändringar under 2004.

## NOU:s tillsyn

### Tillsynsprojekt över bristande efterannonsering

År 2001 publicerades 3909 anbudsinfordringar i EUT/TED medan endast drygt hälften så många efterannonser publicerades. Med anledning av detta har NOU genomfört ett tillsynsprojekt i vilket tio upphandlande enheter, som brustit i sin efterannonsering, har kontaktats och ombetts inkomma med kompletterande uppgifter rörande de avslutade upphandlingarnas värde. Av de svar som inkommit framgår att de tio upphandlande enheterna har underlåtit att efterannonsera totalt 160 upphandlingar till ett totalt värde av cirka 1,7 miljarder kronor. De upphandlande enheterna fick även redogöra för orsaken till att efterannonsering inte hade skett. Sju av de upphandlande enheterna angav att orsaken till försummelsen var bristande rutiner.

NOU befarar att de upphandlande enheter som inte sköter efterannonseringen på ett tillfredsställande sätt inte heller i övrigt ägnar upphandlingsverksamheten den styrning och omsorg som är befogad.

En upphandlande enhet som avslutat en upphandling över tröskelvärdena skall annonsera resultatet av upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Ett av syftena med detta är att underlätta för leverantörer att få information om vilken leverantör som tilldelats kontraktet, vilket utöver det rena upplysningssyftet även kan förväntas bidra till en god leverantörsutveckling. Ett annat syfte är att utgöra ett underlag för den obligatoriska statistiken till EU och WTO. Vid den årliga sammanställningen av upphandlingsstatistiken har det under flera år visat sig att det förekommer stora brister i de upphandlande enheternas efterannonsering, något som även påtalats av den Europeiska kommissionen.

Kostnaderna till följd av bristerna hos de upphandlande enheterna kan beräknas uppgå till 150000 kronor per år under åren 2000 - 2002. Det är för NOU som är ytterst ansvarig för och finansierar statistikinsamlingen

## Övrigt

### Föreskrifter och allmänna råd om gallring och återlämnande av handlingar

I Riksarkivets föreskrifter och allmänna råd om gallring av handlingar av tillfällig eller ringa betydelse (RA-FS 1991:6) reglerades tidigare delvis gallring av handlingar inom upphandlingsområdet. I RA-FS 1997:6 föreskrivs ändringar i RA-FS 1991:6 utan att handlingarna rörande upphandling omnämns. Riksarkivet anser att en separat reglering behövs. Riksarkivet avser nu att föreskriva om gallring och återlämnande av handlingar som tillkommit vid upphandling. NOU har varit en av de myndigheter som tillfrågats i samband med föreskrifternas utarbetande. De som skall omfattas är statliga myndigheter (med undantag för riksdagens myndigheter, regeringen, Regeringskansliet, utrikesrepresentation och myndigheter under Försvarsdepartementet). Föreskrifterna skall vidare gälla för sådana organ som avses i 1 kap. 8 § andra stycket sekretesslagen samt organ hos vilka allmänna handlingar

förvaras med stöd av antingen lagen (1994:1495) om överlämnande av allmänna handlingar till andra organ än myndigheter eller lagen (1999:288) om överlämnande av allmänna handlingar till Svenska kyrkan. Gallring och återlämnande av vissa handlingar skall ske under förutsättning att vissa handlingar bevaras och att handlingar inte gallras eller återlämnas innan alla de formella och rättsliga krav som styr upphandlingsområdet är uppfyllda. Föreskriften bedöms innebära en besparing för myndigheterna, då den medger gallring och återlämnande av ett flertal handlingar som tillkommer under upphandlingen. Färre handlingar som hanteras och förvaras beräknas medföra besparingar i personalresurser och lägre kostnader för förvaring och skydd i godkända arkivlokaler.

Myndigheten får enligt förslaget gallra handlingar under förutsättning att följande handlingar bevaras.

1. Inköpsgrundande handlingar, t.ex. anskaffningsbeslut, investeringsbeslut och inköpsanmodan.
2. Annons med inbjudan till ansökan om att få lämna anbud, formgivningstävling eller annan inbjudan att inkomma med intresseanmälan.
3. Förfrågningsunderlag och underlag för anbudsansökan eller motsvarande.
4. Av det anbud eller motsvarande som har antagits: anbud, anbudsansökan, tävlingsbidrag, bekräftelse om deltagande inom ramen för kvalifikationssystem och motsvarande handlingar samt begärda förtydliganden och kompletteringar.
5. Protokoll över öppning av anbud, förteckning över anbud och motsvarande.
6. Dokumentation från förhandling, provning, tester, muntlig presentation vid upphandling samt tagande av referenser.
7. Sammanställning över kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud.
8. Handlingar rörande beslut, skälen till beslut om upphandling eller beslut om att avbryta en upphandling.
9. Upphandlingskontrakt med bilagor.
10. Beställning eller motsvarande handling vid avrop mot ramavtal, i de fall värdet av det beställda överstiger ringa belopp.
11. Handlingar vid direktupphandling, i de fall värdet av det upphandlade överstiger ett ringa belopp.

Övriga handlingar föreslås gallras eller återlämnas till anbudsgivare tidigast när tiden för att begära skadestånd har gått ut, när de inte behövs för redovisning, kontroll eller revision eller när de inte behövs för styrkande av fordringar eller andra rättigheter och skyldigheter.

Bestämmelsernas allmänt hållna karaktär kommer enligt NOU:s bedömning att ställa ganska höga krav på upphandlarna att hålla reda på alla tidsfrister. Skyldigheterna att upprätta rapporter om avslutad upphandling samt att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna enligt 4 kap. 27 § skall bevara vissa i paragrafen angivna handlingar i fyra år får inte glömmas bort.

## Designåret 2005

NOU har, tillsammans med en mängd andra myndigheter, erhållit uppdrag från regeringen att under 2004 förbereda sin medverkan i Designåret 2005 och att det året genomföra olika verksamheter avseende designfrågor.

NOU planerar att utföra följande aktiviteter:

- NOU kommer att delta som föreläsare vid den/de konferenser m.m. som planeras inom ramen för Designåret.
- NOU kommer under 2004 och 2005 att samverka med Rådet för arkitektur, form och design.
- NOU planerar att under Designåret 2005 ta fram en kortfattad information avseende frågor om offentlig upphandling av arkitektur, formgivning och design att användas vid utbildningar m.m.

Upphandlande enheter som känner till goda exempel på upphandling med designaspekter är mycket välkomna att tipsa NOU om dessa. I den skriftliga information som kommer att tas fram vill NOU gärna informera om sådana exempel, så att även andra upphandlande enheter uppmärksammas på hur de kan ta hänsyn till designfrågor i sina upphandlingar. Kontakta gärna Andrea Sundstrand på NOU [andrea.sundstrand@nou.se](mailto:andrea.sundstrand@nou.se).

## NOU:s nyhetsbrev mars 2004

NOU överlämnar här några påskägg med upphandlingsnyheter.

Vissa ägg är välfyllda medan andra fortfarande väntar på att få sitt slutliga innehåll. Ett välfyllt strutsägg är Europeiska rådets och Parlamentets antagna upphandlingsdirektiv. Dessa kommer att publiceras på svenska senare i april. Regeringskansliets ägg med kommittédirektiv för utredningen om lagändringar i LOU gapar dock fortfarande tomt. NOU:s framtid, förstärkning och organisation får snart räknas till kategorin förlorade ägg.

Vi på NOU har dock inte suttit sysslolösa och räknat andras påskägg. NOU har bidragit till samlingen genom flera remissyttranden samt yttranden till domstolar och ett yttrande till Konstitutionsutskottet om laglig användning av ramavtal.

NOU konstaterar också att några av NOU:s tidigare bedömningar har fått en, i vart fall för påskägg, mycket lång hållbarhet. NOU:s tidigare bedömningar huruvida vissa stiftelser, bolag och samfälligheter var upphandlande enheter har nu, flera år senare, bekräftats av rättspraxis. I detta nummer redovisas Högsta domstolens beslut angående Högmarsö samfällighetsförening och Länsrättens i Stockholm beslut med intressanta uttalanden om Sveriges Television AB och Stiftelsen för Sveriges television, Sveriges Radio och Utbildningsradio.

Med en förhoppning att det inte gömmer sig några otrevliga överraskningar i era påskägg, i form av t.ex. olagliga ramavtal, önskar vi på NOU alla en Glad Påsk.

Michael Slavicek

# Innehåll

Upphandlande enhet .....	3
Sveriges Television är en upphandlande enhet .....	3
Sveaskog är en upphandlande enhet.....	3
Friskolor omfattas inte av LOU .....	3
Högmarsö samfällighetsförening är en upphandlande enhet enligt HD .....	4
Tillämpning av LOU .....	5
Uthyrning av lokal eller offentlig upphandling? .....	5
Upphandling av kollektivtrafik och färdtjänst.....	6
Offentlig upphandling eller tillståndsgivning?.....	7
Tröskelvärden .....	8
Upphandlingsförfaranden .....	8
Ingen skyldighet att förhandla.....	8
Direktupphandling vid lågt värde.....	10
Förfrågningsunderlaget.....	10
Beskrivning av det som skall upphandlas i så neutrala termer som möjligt.....	10
Annonsering .....	11
Efterannonsering av avbrutna upphandlingar.....	11
Öppning av anbud/anbudsansökan .....	12
Försändelser går på avsändarens risk .....	12
Leverantörskvalificering/urval .....	12
RSV 4820 blir SKV 4820 .....	12
Möjlighet att anlita underleverantörer.....	12
Anbudsprövning .....	14
Användande av referenser.....	14
Komplettering och förtydligande .....	16
Tilldelningsbeslut .....	17
Tiodagarsfristen ansågs inte ha börjat löpa när upplysningar om tilldelningsbeslutet inte lämnats till samtliga anbudsgivare.....	17
Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen .....	18
Att lämna ut sändlistan under pågående upphandling ansågs vara ett brott mot tystnadsplikten .....	18
Ramavtal.....	19
Parallella ramavtal i den klassiska sektorn.....	19
Rättsmedel och processrättsliga frågor.....	20
Förslag om restriktioner i bestämmelserna om överprövning .....	20
EG-domstolens tolkning av uttrycket ”intresse av att få avtal om offentlig upphandling”.....	21
Allmänna förvaltningsdomstolarnas möjlighet att förhindra fortsatt tillämpning av ett olagligt slutet avtal .....	22
Sociala hänsyn inkl arbetsrätt .....	23
Övergång av verksamhet.....	23
Försörjningssektorerna .....	24
Upphandling genom prekvalificeringssystem m.m. ....	24
Undantag från upphandling.....	24
Förändring av regelverket.....	25
De nya EG-direktiven om offentlig upphandling.....	25
Statistik .....	26
Statistikinsamling.....	26
Övrigt.....	26
Ökning av antalet överprövningsmål .....	26
Ny webbplats för rättsinformation .....	27
PPN – Public Procurement Network.....	27
Tolkförmedlingsutredningen.....	27
Internrevision i staten - förslag till en förstärkt internrevision .....	28
Aktiebolag med begränsad vinstutdelning .....	28

## NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på NOU:s [webbplats](http://www.nou.se).

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info mars -04"

## Upphandlande enhet

### Sveriges Television är en upphandlande enhet

Länsrätten i Stockholms län har i ett beslut (mål nr 4077-04 E) fastslagit att Sveriges Television (SVT) är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Länsrätten fann inledningsvis att det av utredningen i målet framgick att SVT är ett aktiebolag som ägs av en förvaltningsstiftelse, vilken har till uppgift att främja självständigheten hos företag som i den omfattning och på det sätt som riksdagen bestämt bedriver sändningar av ljudradio- och televisionsprogram i allmänhetens tjänst. Det hade vidare framkommit att staten genom regeringen utser ledamöterna i förvaltningsstiftelsens styrelse. Förvaltningsstiftelsen utser fem av sju ledamöter i SVT:s styrelse. Ordförande och en suppleant utses av regeringen. SVT:s verksamhet finansieras till största delen av TV-avgifter.

Länsrätten uttalade därefter att ”...SVT och förvaltningsstiftelsen har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Förvaltningsstiftelsens styrelse utses av regeringen. Förvaltningsstiftelsen är enligt länsrättens bedömning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Redan vid sådant förhållande uppfyller SVT kriterierna i 1 kap. 6 § LOU, då SVT:s styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av annan upphandlande enhet (förvaltningsstiftelsen). SVT är således en upphandlande enhet och har att tillämpa LOU.”

Länsrätten fann emellertid att upphandlingskontraktet redan hade tecknats i den aktuella upphandlingen och att länsrätten därför var förhindrad att pröva ansökan om överprövning och avskrev målet från vidare handläggning.

### Sveaskog är en upphandlande enhet

Sveaskog AB är ett helägt statligt skogsbolag. NOU har vid nämndsammanträde den 19 november 2003 gjort bedömningen att Sveaskog är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Till grund för bedömningen lägger NOU främst det faktum att Sveaskog är skyldigt att tillhandahålla ersättningsmark till staten i samband med bildande av naturreservat och markavsättningar för andra allmännyttiga ändamål. De allmännyttiga behov som Sveaskog 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. Hela yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

### Friskolor omfattas inte av LOU

NOU har i ett ärende (dnr 2003/0300-29) utrett huruvida fristående skolor (i dagligt tal friskolor) är upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Genom att tillhandahålla utbildning för barn och ungdomar tillgodoser fristående skolor enligt NOU:s mening behov i det allmännas intresse. Det finns dock inga legala hinder mot att fristående skolors verksamhet bedrivs i vinstsyfte. En övervägande majoritet av de organisationer som bedriver fristående skolverksamhet har också sådan associationsform som normalt innebär att verksamheten bedrivs i



vinstsyfte. De fristående skolorna verkar dessutom på en konkurrensutsatt marknad såtillvida att de konkurrerar, både inbördes och med de kommunala skolorna om elevunderlaget. Dessutom är storleken av de intäkter som de erhåller, i form av kommunala bidrag, beroende av hur många elever som de lyckas attrahera. Det senare innebär enligt NOU:s mening att de fristående skolorna dessutom själva kan anses bära den ekonomiska risken för sin verksamhet.

NOU anser därför att övervägande skäl talar för att de behov i det allmännas intresse som de fristående skolorna tillgodoser är av kommersiell karaktär och att de fristående skolorna normalt inte är upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Bland de organisationer som bedriver fristående skolverksamhet kan det emellertid återfinnas sådana som vid sidan om skolverksamheten även bedriver annan verksamhet. Om den verksamheten tillgodoser behov i det allmännas intresse utan kommersiell karaktär och det offentliga har avgörande inflytande över den i form av finansiering, tillsyn eller majoritet i styrelsen kan denna andra verksamhet medföra att organisationen är en upphandlande enhet och att all dess upphandling skall följa LOU, d.v.s. även upphandling som görs för skolverksamheten.

## Högmarsö samfällighetsförening är en upphandlande enhet enligt HD

Högsta domstolen (HD) har den 30 december 2003 meddelat beslut (mål nr Ö 3682-02) angående en fråga som Norrtälje tingsrätt hänskjutit till HD med stöd av 56 kap. 13 § Rättegångsbalken.

Den fråga som tingsrätten hade ställt var om Högmarsö samfällighetsförening var en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU och LOU därför varit tillämplig på samfällighetsföreningens upphandling avseende ombyggnad av Högmarsö färja, alternativt ny färja. Frågan hade uppkommit i ett skadeståndsmål vid tingsrätten mellan Högmarsö varv AB och Högmarsö samfällighetsförening.

Högmarsö samfällighetsförening driver och förvaltar gemensamhetsanläggningen Högmarsö ga:13, som bl.a. omfattar en utfartsväg från den allmänna vägen på Svartnö till Högmarsö brygga, inklusive en lindriven färja. Alltsedan färjan mellan Svartnö och Högmarsö började användas har staten och Norrtälje kommun lämnat ekonomiskt bidrag till driften. Dessa bidrag utgjorde under år 2000 över 80% av föreningens intäkter.

I målet var ostridigt att samfällighetsföreningen inte tillkommit för att tillgodose behov av industriell eller kommersiell karaktär. Den avgörande frågan i HD var därför hur uttrycket ”som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse” (1 kap. 6 § LOU) skulle tolkas.

HD hänvisade inledningsvis till EG-domstolens praxis beträffande begreppet upphandlande enhet och uttalade därefter att: ”De behov som statsbidragen är avsedda att täcka är sådana som normalt tillgodoses av det allmänna antingen genom att staten svarar för anläggning och väghållning av allmänna vägar eller genom att statsbidrag lämnas till enskild väghållare. Behoven måste därför, oavsett om de primärt avser fast boende, fritidsboende, näringsliv eller det rörliga friluftslivet, anses vara av sådan karaktär att de är att betrakta som behov i det allmännas intresse i den mening som avses i LOU. Det förhållandet att i detta fall föreningens intressen

sammanfaller med det allmännas och att föreningen primärt inrättats för att tillgodose medlemmarnas egna intressen kan inte påverka bedömningen.”

HD besvarade därför tingsrättens fråga så att Högmarsö samfällighetsförening, vid den fortsatta handläggningen av målet, skulle betraktas som en upphandlande enhet i LOU:s mening. NOU har i december 2001 lämnat ett yttrande till Norrtälje tingsrätt med i allt väsentligt samma bedömning (NOU:s dnr 2001/0224-21)

## Tillämpning av LOU

### Uthyrning av lokal eller offentlig upphandling?

NOU har på begäran yttrat sig till Länsrätten i Västmanland (NOU:s dnr 2003/0329-29).

Målet gällde förnyelse av ett avtal vilket reglerade förhållandet mellan kommunen och ett privat bolag vad avsåg driften av en gymverksamhet m.m. i det av kommunen ägda Ekbacksbadet. Det framgick att bolaget till kommunen 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. En konkurrent till det privata bolaget uppgav till länsrätten att kommunen köpt tjänster, varor och byggtreprenader till ett sammanlagt kontraktsvärde överstigande 10 miljoner kronor av bolaget utan föregående upphandling i konkurrens. Den klagande gjorde gällande att avtalet inte kunde karaktäriseras som annat än ett leasingåtagande samt en byggtreprenad, vilken rätteligen bort ha upphandlats på ett affärsmässigt sätt enligt LOU.

Länsrätten, vilken begärde yttrande från NOU, specificerade inte närmare vad NOU skulle uttala sig om. NOU gjorde därför en översiktlig prövning hur LOU skulle tillämpas vid olika avtalskonstruktioner. Den första prövningen utgick ifrån att avtalet avsåg en hyressituation. NOU hänvisade här till sitt yttrande i ett tidigare mål, vilket redovisats i Sammanställning NOU info 1996. Där uttalade NOU bl.a. följande:

#### ”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 anser att uttalandet fortfarande är tillämpligt.

Den andra prövningen avsåg situationen för det fall kommunen kunde anses ha köpt varor och tjänster från det privata bolaget. I det fallet hävdade kommunen att 6 kap. 2 b § 3 p LOU var tillämplig på upphandlingen av hyresavtalet. NOU överlät till länsrätten att avgöra om paragrafen var tillämplig i det aktuella fallet, men betonade att det enligt 6 kap. 2 b § 3 p LOU skulle handla om en ensamrätt som i praktiken innebar att leverantören var den enda som kunde utföra beställningen.

Den tredje prövningen avsåg frågan om en ombyggnad av kommunens simhall kunde anses utgöra en del av det s.k. hyresavtalet. NOU menade här att den byggtreprenad som omfattades av det aktuella avtalet skulle upphandlas enligt reglerna i LOU, eftersom någon ”överviktsprincip” inte förekommer i LOU vad avser värdeförhållandena mellan varor/tjänster å ena sidan, och å byggtreprenader andra sidan.

Länsrätten meddelade dom i målet den 17 mars 2004, varvid rätten dömde enligt NOU:s tolkningar. Tiden för överklagande till kammarrätten har ännu inte löpt ut. Hela yttrandet finns att läsa på [NOU:s webbplats](#).

## Upphandling av kollektivtrafik och färdtjänst

NOU har lämnat yttrande över utredningen ”Kollektivtrafik med människan i centrum” (SOU 2003:67) samt över utredningen ”Färdtjänsten och riksfärdtjänsten” (SOU 2003:87). Remissvaren finns att läsa i sin helhet på [NOU:s webbplats](#).

### *Kollektivtrafikutredningen*

NOU avstyrker Kollektivtrafikutredningens föreslagna ändringar av LOU vad avser införandet av möjligheter att omförhandla avtal och avseende arbetsmiljöfrågor. I det första fallet anser NOU att sådana förändringar inte är förenliga med EG-rätten, i det andra fallet anser NOU att det redan idag är möjligt för upphandlande enheter att ställa krav på leverantörerna, under förutsättning att kraven har samband med föremålet för upphandlingen. NOU anser att det inte kan uteslutas att andra krav skulle strida mot LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling.

NOU anser det inte heller nödvändigt att såsom utredningen föreslår utreda vilket kapitel i LOU som skall tillämpas vid upphandling av kollektivtrafik. NOU hänvisar till att det i det nya EG-direktivet avseende upphandling inom försörjningssektorerna återfinns en bestämmelse i artikel 9 som klargör vilka regler som skall tillämpas i de fall en upphandling innefattar tjänster både inom den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. NOU anser, med hänvisning till EG-domstolen i mål C-513/99, *Concordia*<sup>1</sup>, att en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver någon

---

<sup>1</sup> *Concordia Bus Finland Oy Ab*, tidigare *Stagecoach Finland Oy Ab*, och *Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne REG*, 2002, sid. I-7213. Se särskilt p. 40-42.

form av kollektivtrafik som omfattas av 4 kap. 1 § LOU, skall upphandla sådan enligt 5 kap. LOU.

NOU redogör även för att rättsläget i dag inte medger att upphandling inom den klassiska sektorn sker från ett helägt bolag utan konkurrensutsättning. NOU anser heller inte att läget har förändrats genom antagandet av de nya EG-direktiven om offentlig upphandling.

### *Färdtjänstutredningen*

NOU:s yttrande begränsar sig till att instämma i utredningens konstaterande av att det för närvarande saknas rättsliga förutsättningar att föreslå undantag från upphandlingsskyldigheten när ett kontrakt tilldelas trafikhuvudmannen att bedriva samordningstjänster (beställningscentraler) för sjukresor, färdtjänst och riksfärdtjänst.

## Offentlig upphandling eller tillståndsgivning?

Länsrätten i Stockholm meddelade den 16 mars 2004 dom i ett mål mellan en reklambyrå och Stockholms stad (mål nr 1199-04 E). Målet gällde frågan huruvida stadens tillståndsgivning och uttag av avgifter för upplåtelse av offentlig plats borde ha upphandlats enligt LOU, då staden ställt vissa krav på motprestation för att bevilja tillstånd. Enligt 3 kap. 15 § ordningslagen (1993:1617) får en kommun, när den yttrar sig över en ansökan om tillstånd att använda offentlig plats inom detaljplanerat område, ange de villkor som behövs för att tillgodose de intressen som kommunen har att bevaka i fråga om skötseln av den offentliga platsen, markanvändningen, stadsbilden, miljön och trafiken.

Reklambyrån hävdade i målet att Stockholms stad krävt att den som tilldelas tillstånd att använda offentlig plats för reklamändamål, även skall upplåta fri yta att användas för förenings- och kulturaffischer. Byrån menade att detta krav i praktiken innebär att Stockholms stad genomför otillåtna direktupphandlingar av den ”fria ytan”. Staden menade att det endast var fråga om tillståndsgivning, inte offentlig upphandling, eftersom avtalet inte var ömsesidigt förpliktande. Staden hänvisade härvid till NOU:s utlåtande om sponsring den 26 augusti 2003 (NOU:s dnr 2003/0039-28) och till att staden enligt ordningslagen har rätt att ställa vissa krav i samband med tillståndsgivning.

Länsrätten fann att det inte var fråga om offentlig upphandling utan om tillståndsgivning, eftersom avgiftslagen (1957:259) hindrar en kommun från att ingå civilrättsliga nyttjanderättsavtal beträffande utnyttjande av sådan offentlig plats som kräver tillstånd enligt ordningslagen. Noterbart är dock att Länsrätten även anger följande: ”I den mån kommunen i samband med tillstyrkande av tillstånd till ianspråktagande av offentlig plats ställer villkor som i realiteten innebär att kommunen ingår en affärsuppgörelse med ett företag torde detta strida mot avgiftslagen, som endast medger offentligrättsligt grundade avgiftsuttag (jfr RÅ 1992 ref 87)”.

Huruvida Stockholms stads krav på ”fri yta” i samband med tillståndsgivning för användandet av offentlig plats är förenlig med 3 kap. 15 § ordningslagen (1993:1617), besvaras inte av länsrätten, eftersom målet inte omfattade den frågan.

Länsrättens dom överensstämmer med vad NOU tidigare hävdade, nämligen att tillståndsgivning inte kan/skall upphandlas enligt LOU. I likhet med länsrätten anser NOU inte heller att en kommun i samband med tillståndsgivning kan ställa krav på varor eller tjänster som skall upphandlas enligt LOU. Något överklagande har inte inkommit till Kammarrätten, men NOU kommer att meddela om så blir fallet.

## Tröskelvärden

Regeringen har beslutat att ändra förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Den ändrade förordningen trädde i kraft den 15 februari 2004. I LOU anges värdena i euro och sdr (särskilda dragningsrätter) och dessa fastställs i förordningen att motsvara följande värden i svenska kronor.

	EURO	SEK
<b>Byggtreprenader</b>	5 000 000	46 134 000
<b>Varor och tjänster</b>		
<i>Försörjningssektorerna (utom telesektorn)</i>	400 000	3 690 000
<i>Statliga myndigheter</i>	130 000 sdr	1 421 000
<i>Övriga upphandlande enheter</i>	200 000	1 845 000
<b>Förhandsannonsering</b>	750 000	6 920 000

## Upphandlingsförfaranden

### Ingen skyldighet att förhandla

NOU har på begäran yttrat sig till Kammarrätten i Sundsvall (NOU:s dnr 2004/0010-29).

Banverket genomförde under 2003 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, varav Banverket fattade beslut om att anta en av dessa som leverantör.

Den leverantör som inte antogs ansökte hos länsrätten om överprövning av Banverkets beslut. Grunden var bl.a. 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 begärde yttrande från NOU.

Kammarrätten begärde att NOU skulle uttala sig i följande frågor: Föreligger en ovillkorlig skyldighet att förhandla vid förhandlad upphandling? Om sådan förhandlingsskyldighet föreligger, i vilken form kan förhandling ske?

NOU angav i sitt yttrande avseende förhandlad upphandling i försörjningssektorerna följande: ”I det fall ett anbud uppfyller alla ställda skallkrav 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, /---/ NOU vill här hänvisa till EG-domstolens dom i mål C-214/00 Europeiska gemenskaperna kommission mot Konungariket Spanien, särskilt p. 62-81.”

*Den slutsats NOU drog är att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna har en rätt, men inte en skyldighet, att förhandla med en eller flera anbudsgivare i en förhandlad upphandling.*

NOU uttalade sig även om hur en förhandling skall genomföras, i de fall den upphandlande enheten väljer att genomföra en sådan. NOU anförde: ”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.” Kammarrätten har ännu inte meddelat dom i målet.

Hela yttrandet finns att läsa på [NOU:s webbplats](#).

## Direktupphandling vid lågt värde

Länsrätten i Stockholms län har i den 2 februari 2004 meddelat en dom i mål nr 1196-04 E.

Den klagande har ifrågasatt att Statens fastighetsverk (SFV) genomfört en upphandling som en direktupphandling och därvid hänvisat till upphandlingens värde. SFV har uppgivit att upphandlingen genomförts som en direktupphandling eftersom värdet har uppskattats till 220 000 – 240 000 kr. SFV har nämligen, enligt domen, antagit riktlinjer enligt vilka direktupphandlingsnivåerna för upphandling av entreprenader, varor och tjänster skall vara sju prisbasbelopp. Länsrätten tar inte uttryckligen ställning i frågan om detta belopp är lågt värde. Rätten anger att klaganden, mot den upphandlande enhetens bestridande, inte visat att enheten inte ägt genomföra upphandlingen såsom en direktupphandling. Länsrätten har avvisat klagandes ansökan om överprövning. Domen har vunnit laga kraft.

*NOU:s kommentar:* NOU vill påminna om att Upphandlingskommitténs förslag om sju prisbasbelopp i regeringens proposition sänkts till fem prisbasbelopp. Riksdagen har inte godtagit detta utan har valt att i bestämmelsen om direktupphandling behålla begreppet lågt värde.

## Förfrågningsunderlaget

### Beskrivning av det som skall upphandlas i så neutrala termer som möjligt

NOU vill påminna om att en upphandlande enhet inte får hänvisa till en särskild vara eller process så att vissa företag gynnas eller missgynnas, om det går att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt.

Luleå kommun medgav, efter ett klagomål från Europeiska kommissionen, att det var felaktigt att i den tekniska beskrivningen av datorer hänvisa direkt till märket ”Intel Pentium IV”. Kommunen angav att det var möjligt att utforma kravspecifikationen på ett mera neutralt sätt och beslutade att avbryta de aktuella upphandlingarna. Kommande förfrågningsunderlag skulle utformas så att referenser till ett specifikt märke, fabrikat eller ursprung skulle undvikas.

NOU inhämtade ett yttrande även från Umeå kommun, som i ett tillägg till förfrågningsunderlaget i en pågående likartad upphandling angivit att även andra, med Pentium likvärdiga produkter, kunde godtas. Tillägget hade skickats ut ca två veckor före den sista anbudsdagen.

NOU vill mot denna bakgrund på nytt påpeka att en hänvisning till ett specifikt märke, även om det kombineras med orden ”eller likvärdigt”, kan komma i fråga endast om det som skall upphandlas inte kan beskrivas mer neutralt genom att hänvisa till europeiska eller nationella tekniska specifikationer.

Europeiska kommissionen nämnde i skrivelsen angående Luleå kommuns upphandling att prestanda borde beskrivas på ett objektivt sätt som tog hänsyn till både mikroprocessorns klockfrekvens (MHz) och IPC (instruktioner per sekund). Kommissionen angav att ”en hänvisning till en lämplig norm som har utvecklats

för mätning av prestanda av datorer skulle kunna vara ett alternativ”. Kommunen var emellertid inte övertygad om att den av kommissionen föreslagna mätmetoden (IPC) var den bästa metoden att använda vid den tekniska beskrivningen. Företaget AMD, som är konkurrent till Intel, har vid kontakt med kommissionen och NOU framfört att den mest neutrala metoden att använda sig av är ”benchmarks”, antingen specifika, vilka mäter prestanda vid olika typer av användning (e-post, office-program) eller mera allmänna, vilka mäter datorns sammanlagda prestanda.<sup>2</sup>

NOU kan självfallet inte ange vilket sätt som är lämpligast för att beskriva önskade prestanda på processorer i datorer. För detta krävs närmare kunskap om den upphandlande enhetens faktiska behov samt teknisk sakkunskap. Det är dock NOU:s bestämda uppfattning att principen om likabehandling av leverantörerna kräver att en upphandlande enhet, så långt det över huvudtaget är möjligt, undviker uttryckliga varumärken och diskriminerande tekniska beskrivningar. Till diskriminerande tekniska beskrivningar hör sådana som inte är avgörande för prestanda. Vid upphandling av datorer kan det vara en processors klockfrekvens, eftersom processorer som utför många operationer per klockfrekvens kan ha bättre prestanda än sådana som har högre klockfrekvens men utför färre operationer per frekvens. Både Intel och AMD synes vara eniga angående den sistnämnda punkten.

Även i de fall krav ställs på tillverkningsprocessen eller på vilket sätt en tjänst skall utföras skall detta i normalfallet göras utan hänvisning till bestämda varumärken och diskriminerande tekniska beskrivningar. NOU vill påminna om att möjligheten att ställa krav på tillverkningsprocessen endast finns då denna process påverkar slutproduktens egenskaper och är nödvändig för varans funktion och kvalitet.

## Annonsering

### Efterannonsering av avbrutna upphandlingar

En upphandlande enhet skall underrätta Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer om sitt beslut att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen (1 kap. 29 § LOU). Några blanketter för sådana meddelanden finns inte och såvitt känt har kommissionen och publikationskontoret heller inga planer på att ta fram sådana. NOU vill också påpeka att meddelandena skall skickas till nämnda publikationskontor och inte till kommissionen. Meddelanden om övergång från öppen eller selektiv upphandling till förhandlad upphandling skall däremot skickas till kommissionen.

---

<sup>2</sup> Företaget föreslår att beskrivningen kan göras genom att ange typ av utrustning samt vilket resultat den skall uppnå i benchmark, t.ex. En stationär dator med x86-mikroprocessor som presterar minst x poäng i SYSmark 2004 Overall Office Productivity benchmark.



## Öppning av anbud/anbudsansökan

### Försändelser går på avsändarens risk

Länsrätten i Norrbottens län har den 30 januari 2004 meddelat en dom i mål nr 93-04 E. Den klagande hävdar att fyra anbud lämnades in hos länsarbetsnämnden (LAN) i en brevlåda sista anbudsdagen. LAN uppger att endast tre anbud fanns inlämnade i brevlådan och att det fjärde fanns i brevlådan först dagen därpå. Den klagande hävdar att anbudet fastnat i inkastet och att LAN vid tömning missat detta anbud. Länsrätten uppger att försändelser och inlämnande av skrivelser, anbud och liknande enligt praxis går på den avsändandes risk. Detta innebär att det är avsändaren som har bevisbördan för att en försändelse kommit in till en myndighet inom viss angiven tid. LAN har enligt länsrätten haft fog för att avvisa anbudet som för sent inkommet. Domen har vunnit laga kraft.

## Leverantörskvalificering/urval

### RSV 4820 blir SKV 4820

Den 1 januari 2004 bildade Riksskatteverket och landets tio regionala skattemyndigheter en ny myndighet, Skatteverket. En följd av det blir att blanketten "RSV 4820, Begäran om upplysningar vid upphandling" byter namn till "SKV 4820, Begäran om upplysningar vid upphandling". Blanketten går att hämta på [Skatteverkets webbplats](http://www.skatteverket.se)<sup>3</sup>.

### Möjlighet att anlita underleverantörer

EG-domstolen har den 18 mars 2004 meddelat förhandsbesked i mål nr C-314/01, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner mot Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, biträdd av Bietergemeinschaft EDS/ORGA.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, som är en österrikisk myndighet, annonserade i september 1999 i EGT att den avsåg att inleda ett upphandlingsförfarande angående framtagning, utveckling och genomförande av ett system för elektronisk uppgiftsbehandling baserat på chipkort. Myndigheten beslutade våren 2000 att låta fem av de sex kandidatgrupper som hade deltagit i förfarandets första fas inkomma med anbud, och att utesluta den sjätte kandidaten. I en av punkterna i förfrågningsunderlaget stod att högst 30 procent av de arbeten som kontraktet avsåg fick läggas ut på underleverantörer och endast under förutsättning att anbudsgivaren eller anbudsgivargruppen själv utförde projektering, framtagning av systemet, utveckling, genomförande, leverans av och hantering av centrala beståndsdelar i det allmänna systemet som är speciella för det ifrågavarande projektet, nämligen utveckling, leverans och förvaring av korten i enlighet med deras livscykel samt utveckling av terminalerna.

---

<sup>3</sup> [www.skatteverket.se](http://www.skatteverket.se)

Efter tilldelningsbeslutet hävdade de klagande bolagen att förfrågningsunderlaget innehöll ett olagligt urvalskriterium, nämligen förbudet mot att anlita underleverantörer. Detta innebar ett åsidosättande av anbudsgivarens rätt enligt gemenskapsrätten, såsom den tolkats av EG-domstolen (se bland annat dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98, *Holst Italia*, REG 1999, sid. I-8607).<sup>4</sup> Om förfrågningsunderlaget inte hade innehållit detta villkor skulle de uteslutna grupperna i det förevarande fallet ha kunnat anlita en underleverantör t.ex. för leveransen av korten.

Den österrikiska domstolen ställde fyra frågor om tolkningen av rådets rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG. Bland annat undrade domstolen om förfarandet kunde prövas av den nationella domstolen.

EG-domstolen tog upp endast en av de fyra frågorna till prövning, nämligen frågan om kontraktet kan anses vara ogiltigt på grund av det föreskrivna villkoret. I österrikisk lag finns en föreskrift om att ett avtal, varigenom ett rättsligt förbud åsidosätts eller som strider mot god sed, är ogiltigt. EG-domstolen fann att medlemsstaternas inhemska rättsordning skall innehålla en möjlighet att åberopa en oförenlighet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna beträffande offentlig upphandling inom ramen för sådana prövningsförfaranden som avses i rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG.

Beträffande frågan om klausulen verkligen är oförenlig med gemenskapsrätten uttalar EG-domstolen att tjänstedirektivet 92/50 uttryckligen innefattar möjligheten för anbudsgivaren att anlita underleverantörer för att verkställa en del av kontraktet. Bevis på tjänsteleverantörens tekniska kapacitet får ges i form av uppgifter om vilka tekniker och tekniska organ som står till dennes förfogande för utförandet av tjänsten, även om de inte direkt tillhör leverantören, eller i form av uppgifter om hur stor del av kontraktet han eventuellt avser att lägga ut på underleverantörer. Av det tidigare nämnda målet *Holst Italia* framgår att en person inte kan uteslutas ur ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster endast på grund av att han avser att ianspråka reserver som inte är hans egna, utan som tillhör en eller flera andra enheter för att genomföra kontraktet. Det innebär att det är tillåtet för en tjänsteleverantör att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos utomstående som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Det ankommer dock på leverantören att visa att han faktiskt förfogar över nämnda resurser hos dessa företag.

Tjänstedirektivet 92/50 utgör dock inget hinder för ett förbud mot eller en begränsning av möjligheten att anlita underleverantörer för utförandet av grundläggande delar av ett kontrakt, när den upphandlande myndigheten inte har kunnat kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet vid undersökningen av anbudet och valet av leverantör.

Det ankommer på den nationella domstolen att undersöka om den omtvistade punkten i anbudsinfordran avser upphandlingsförfarandets **undersöknings- och urvalsfas** eller **verkställandefasen**. Domstolen synes ange att det är tillåtet att ange villkor vars syfte är att undvika att grundläggande delar av kontraktet läggs ut på

---

<sup>4</sup> NOU info dec-99, sid. 5.

enheter vars tekniska och ekonomiska kapacitet inte har kunnat kontrolleras av den upphandlande myndigheten vid valet av anbudsgivare.

Om det dock skulle visa sig att en klausul i förfrågningsunderlaget verkligen strider mot direktiv 92/50, särskilt i den del klausulen innehåller ett olagligt förbud mot anlitan­de av underleverantörer, är medlemsstaterna skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas så effektivt och skyndsamt som möjligt.

## Anbudsprövning

### Användande av referenser

En hos NOU vanligen återkommande fråga är i vilken utsträckning en upphandlande enheter kan infordra referenser för att använda dessa vid utvärderingen av inkomna anbud. Vissa leverantörer har påtalat att en alltför omfattande referenstagning kan orsaka dem problem vid upphandlingar. Även de upphandlande enheterna påtalar att det är betungande att till leverantörerna utfärda alla de referenser som andra upphandlande enheter kräver. Om en upphandlande enhet kräver fem aktuella referenser av varje anbudsgivare och 20 anbudsgivare lämnar anbud, måste 100 referenser utfärdas, som skall skrivas och bedömas på ett objektivt sätt. Saken blir inte bättre av att många anbud inte sällan lämnas under sommarsemestern eller juledigheten, när ansvariga upphandlare inte är på plats.

### *Krav på leverantören*

Förfarandet avseende kvalificeringen av leverantörer är i huvudsak skriftligt. Vid upphandlingar enligt 1, 2 eller 5 kap LOU skall en upphandlande enhet enligt 1 kap. 18 § LOU i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Det finns ingen skyldighet för den upphandlande enheten att bedöma en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning eller tekniska förmåga och kapacitet. I de fall detta görs skall det ske med hänsyn taget till det som upphandlats och dess art, mängd och ändamål.

I förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling anges de bevis som kan begäras vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU. Uppräkningen av *bevis avseende leverantörens finansiella och ekonomiska ställning är inte uttömmande* utan även andra bevis kan begäras. Leverantören kan, om han har skäl för att inte förete det begärda beviset, visa sin finansiella/ekonomiska ställning på något annat sätt som den upphandlande enheten kan godta. Uppräkningen av *bevis avseende leverantörens tekniska förmåga och kapacitet är däremot uttömmande, dvs.* endast de bevis som anges i förordningen får begäras in.

Det är vanligt förekommande att upphandlande enheter ställer krav på leverantörens tidigare erfarenhet och som bevis på den begär referenser. De krav som ställs på tidigare erfarenheter får dock inte gå utöver vad som anges i förordningen om bevis. I förordningen anges bl.a. att en förteckning över de viktigaste leveranser (arbeten, tjänster) som utförts under de tre senaste åren (fem senaste åren för byggentreprenader) räknas som bevis på teknisk förmåga och kapacitet. Bevis för att

leveransen har skett skall lämnas i form av intyg från referenskunderna eller i vissa fall genom att leveransen bekräftas av mottagaren. Leverantören kan således använda samma intyg vid flera upphandlingar. Om den upphandlande enheten väljer andra tillvägagångssätt för referenstagning riskerar den att förutom att ställa för långtgående och därmed otillåtna krav, även förorsaka anbudsgivaren ett omfattande merarbete. Anbudsgivaren kan då komma att vid varje upphandling tvingas kontakta sina referenskunder med olika typer av referensfrågor.

Förordningen om bevis gäller inte vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU, men kan tjäna som viss vägledning när det gäller att fastställa vilka krav som kan ställas och vilka bevis som kan begäras i en upphandling. Att ställa mer långtgående krav vid en upphandling enligt 6 kap. LOU än vad som skulle ha gjorts vid en direktivstyrd upphandling kan komma att strida mot proportionalitetsprincipen.

### *Anbudsprövning*

I 1 kap. 22 § LOU och 6 kap 12 § LOU exemplifieras vilka utvärderingskriterier den upphandlande enheten kan ta hänsyn till. De i LOU exemplifierade utvärderingskriterierna kan kompletteras och ersättas med andra under förutsättning att de uppfyller följande av EG-domstolen angivna förutsättningar. De skall ha anknytning till det som upphandlas och skall anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget. De får inte ge den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet när den tilldelar kontraktet och de måste vara förenliga med de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

En upphandlande enhet kan vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt beakta även referenser. Att endast ange referenser som ett kriterium eller del av kriterium utan att närmare fastställa kriteriets innebörd är dock inte tillåtet. Kammarrätten i Sundsvall<sup>5</sup> har uttalat att detta skulle lämna stort utrymme för godtycke och överlämna åt anbudsgivaren att tolka dess innebörd. EG-domstolen har angivit att det inte heller är tillåtet att använda *antalet* referenser som tilldelningskriterium. En enkel förteckning över antalet referenser ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kan därför inte utgöra ett tilldelningskriterium. Inte heller får referenserna syfta till att bedöma leverantörens tidigare erfarenhet, eftersom detta är krav på leverantören som skall ställas vid leverantörskvalificeringen.

NOU anser att referenser är tillåtna i samband med anbudsprövningen om de begärs in och används som intyg/bevis som styrker anbudsgivarens uppgifter om uppfyllande av utvärderingskriterium. Även referenstagning måste följa de grundläggande principerna som gäller för all offentlig upphandling.

NOU vill påminna om att ordet referenser i dessa sammanhang avser anbudsgivarens bevis om hans ekonomiska eller finansiella ställning och hans erfarenhet och inte själva inhämtandet av omdömen. NOU har bl. a. vid införandet av annonseringsblanketter (SFS 2002:590) pekat på att det svenska ordet referens inte är den mest adekvata översättningen av engelska "references" eller tyska

---

<sup>5</sup> Kammarrätten i Sundsvall, dom den 30 juni 2000 i mål nr 1669-2000

”Nachweise”, utan borde snarare översättas som ”hänvisningar” eller ”upplysningar/bevis”.

## Komplettering och förtydligande

Kammarrätten i Sundvall har den 6 februari 2004 meddelat dom i ett mål (mål nr 2831-03) avseende upphandling av registreringsskyltar. NOU har tidigare på begäran av kammarrätten avgett ett yttrande i målet. Yttrandet finns att läsa på [NOU:s webbplats](#).

Vägverket hade genomfört en öppen upphandling av tillverkning och distribution av registreringsskyltar och funnit att två lämnade anbud uppfyllde förfrågningsunderlagets ovillkorliga krav. Efter anbudstiden utgång, den 23 juli 2002, begärde Vägverket i en skrivelse den 21 juli 2003, att anbuden skulle kompletteras med pris för s.k. EU-skylt, då upphandlingen nu omfattade även EU-skylt i två olika storlekar. Efter att båda anbudsgivarna kompletterat sina anbud beslutade Vägverket den 11 september 2003 att anta den ene av dem som leverantör.

En fråga i målet var om Vägverkets begäran om komplettering av prisuppgift för EU-skylt skett i strid med 1 kap. 21 § 2 st. LOU. Kammarrätten uttalade beträffande möjligheten till komplettering och förtydligande enligt denna bestämmelse att det inte är tillåtet att ”... begära in sådana nya uppgifter som medför att upphandlingens omfattning utökas till att avse sådant som inte enligt förfrågningsunderlaget omfattas av upphandlingen. Om den upphandlande enheten upptäcker att dess förfrågningsunderlag väsentligen behöver förändras bör den avbryta upphandlingen och påbörja en ny. Varje leverantör måste för sin bedömning av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud kunna utgå från att förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt och uttömmande sätt anger föremålet för upphandlingen. En leverantör som avstår från att lämna anbud kan i annat fall riskera att diskrimineras i förhållande till sådan leverantör som lämnar anbud och ges tillfälle att komplettera sitt anbud till att avse en, i förhållande till förfrågningsunderlaget, ny vara/produkt.”

Kammarrätten fann vid en samlad bedömning att EU-skylden inte omfattades av förfrågningsunderlaget och att Vägverkets begäran om komplettering därför skett i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och därmed även med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Den klagande hade dock, enligt kammarrätten, inte lidit skada på grund av kompletteringen.

I målet var utrett att den vinnande anbudsgivarens, för testning inlämnade, röda skylt saknade röd reflektionsförmåga. Frågan var därför om Vägverket kunde anses ha uppställt som krav att samtliga de skyltar som anbudsgivare skulle skicka in för testning skulle ha reflekterande botten.

Kammarrätten fann att förfrågningsunderlaget lämnade utrymme för olika tolkningar och att den standard som använts för testning saknade krav på reflektionsförmåga för blå, gröna och röda skyltar. Vägverket kunde därför inte anses ha uppställt som skall-krav att de skyltar som skulle skickas in för testning skulle uppfylla vissa krav på reflektion. Mot denna bakgrund ansåg kammarrätten att Vägverket haft fog för att inte förkasta det vinnande anbudet på den grunden att den röda testskylden saknat reflektionsförmåga.

Anbudsutvärderingen hade gjorts dels med hänsyn till det totala priset för tillverkning av registreringsskyltarna, dels registreringsskyltens kvalitet i enlighet med förfrågningsunderlagets krav och utförda kvalitetstester. Kammarrätten fann att Vägverket vid utformningen av kvalitetskraven lagt stor vikt vid skyltarnas reflektionsförmåga och att denna tillmätts en avgörande betydelse. Kammarrätten instämde mot denna bakgrund i vad NOU anfört i sitt yttrande. NOU ansåg i yttrandet att Vägverket baserat anbudsutvärderingen på resultatet av tester utförda på skyltar vilkas egenskaper, i ett väsentligt avseende, tillåtits avvika från egenskaperna hos de skyltar, som enligt förfrågningsunderlaget skulle levereras. Ett sådant förfarande var enligt kammarrätten "... inte förenligt med de krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av transparensprincipen och därmed även kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU." Kammarrätten konstaterade att den klagandes anbud skulle ha varit det enda som uppfyllt samtliga skall-krav om inte Vägverket brutit mot bestämmelserna i LOU. Vägverkets agerande hade således inneburit att den klagande lidit skada.

Kammarrätten förordnade om att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse gjorts. Vid utvärderingen skulle det beaktas att den klagandes anbud var det enda anbud som uppfyllde samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav.

## Tilldelningsbeslut

### Tiodagarsfristen ansågs inte ha börjat löpa när upplysningar om tilldelningsbeslutet inte lämnats till samtliga anbudsgivare

Länsrätten i Göteborg har i mål nr 8547-03 E prövat en förenklad upphandling av service och reparationer av pumpar för tecknande av ramavtal för tiden december 2003 – december 2004 genomförd av det kommunägda bolaget Gryab AB (bolaget). Av domen framkommer att åtta anbud inkommit vid anbudstidens utgång och att bolaget tecknade avtal med två leverantörer den 20 november 2003.

Enligt domen anser bolaget, i motsats till den klagande, att upplysningar enligt 1 kap. 28 § LOU hade lämnats till den klagande vid telefonsamtal den 28 november 2003 och i översända handlingar. Bolaget hävdar att tiodagarsfristen har löpt ut och att upphandlingskontrakt har tecknats, varför den klagandes talan bör avvisas. Länsrättens uppger att oavsett hur det förhåller sig med lämnade upplysningar till den klagande så framgår det att några sådana upplysningar under alla förhållanden inte lämnats till samtliga berörda anbudsgivare. Tiodagarsfristen har därför inte börjat löpa, varför länsrätten inte är förhindrad att pröva den klagandes ansökan.

Länsrätten fann, när det konstaterats att den klagandes begäran om överprövning gjorts i rätt tid, att varken förfrågningsunderlaget eller utvärderingen kan anses uppfylla kraven som ställs i LOU och att förfarandet kan medföra skada för leverantören. Av domen framkommer bland annat att det i förfrågningsunderlaget anges att det anbud skall antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till anbudspris, tekniskt utförande och prestanda, leveranssäkerhet och referenser från liknande uppdrag. Länsrätten anger att det inte framkommer om övriga utvärderingskriterier än priset tillmätts någon betydelse vid utvärderingen.

Länsrätten uppger vidare att det inte heller har framkommit att det varit omöjligt för bolaget att rangordna och vikta de olika kraven. I praktiken har således, förutom priset, de övriga värderingsgrunderna använts som i bästa fall skall-krav, och förfarandet legat nära vad som kan betecknas som fri provningsrätt. Länsrätten förordnade att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

## Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen

### Att lämna ut sändlistan under pågående upphandling ansågs vara ett brott mot tystnadsplikten

JO har den 29 januari 2004 i ett beslut (dnr 1085-2002) funnit att en anställd vid upphandlingsenheten i Mora kommun av oaktsamhet lämnat ut en sekretessbelagd handling och därigenom gjort sig skyldig till brott mot tystnadsplikten enligt 20 kap. 3 § brottsbalken jämfört med 1 kap. 6 § sekretesslagen (1980:100). JO har i ett tidigare ärende (dnr 518-2000) avseende Mora kommun, som då under pågående anbuds-förfarande röjt identiteten hos en av de presumtiva anbudsgivarna för de övriga, uttalat att han ”givetvis ser mycket allvarligt på det inträffade”. I ärendet uppgav JO vidare: ”Jag förutsätter att kommunen vidtagit åtgärder för att förhindra ett upprepande”.

Av utredningen i nu aktuellt ärende framkommer att den anställde, sedan en person begärt att få del av förfrågningsunderlaget, tillsammans med underlaget lämnat ut sändlistan över vilka leverantörer som inbjudits att lämna anbud. JO konstaterar att den anställde härigenom uppsåtligt eller av oaktsamhet röjt uppgift som hon varit pliktig att hemlighålla enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen.

Vid en samlad bedömning av omständigheterna i ärendet uppger JO att han funnit att oaktsamheten kan betraktas som ringa och således inte straffbar. JO riktar emellertid allvarlig kritik mot det inträffade. I bedömningen anges: ”Erfarenheterna från detta ärende bör enligt min mening föranleda kontorsledningen att överväga sina rutiner vad gäller handhavandet av handlingar i upphandlingsärenden som innehåller sekretessbelagda uppgifter. Det är således oacceptabelt att, såsom skett, en hos enheten förvarad handling av misstag lämnas ut. Ansvaret för att arbetet inom enheten bedrivs enligt de bestämmelser som reglerar verksamheten åvilar i första hand [N.N.] som chef. Jag noterar med viss förvåning att han inte i anslutning till mitt tidigare beslut vidtagit några särskilda åtgärder för att säkerställa sekretessen i upphandlingsärenden.”

I förarbetena till sekretesslagen anges att sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen även gäller för uppgifter som kan lämna upplysning om att ett visst anbud har inforrats eller lämnats eller för uppgifter som på något annat sätt avser ett visst anbud (prop. 1979/80:2, del A, sid. 148). Något skaderekvisit finns inte i bestämmelsen och sekretessen är således absolut under anbuds-förfarandet.

## Ramavtal

### Parallella ramavtal i den klassiska sektorn

NOU har vid nämndsammanträde den 17 mars 2004 på begäran av Konstitutionsutskottet yttrat sig över Regeringskansliets upphandling av ramavtal för juridiska och ekonomiska konsulttjänster (NOU:s dnr 2004/0046-29). I yttrandet uttalar NOU bl.a. följande.

”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. 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.

[...]

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.”

Hela yttrandet finns att läsa på [NOU:s webbplats](#).

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Förslag om restriktioner i bestämmelserna om överprövning

NOU har vid nämndsammanträde den 19 november 2004 beslutat att begära att regeringen överväger att införa vissa restriktioner i bestämmelserna om överprövning enligt 7 kap. 2 § LOU, syftande till att fel i upphandlingen skall rättas till i ett så tidigt skede av upphandlingsprocessen som möjligt.

NOU uppmärksammar att Sverige har en ovanligt hög andel överprövningar av upphandlingsbeslut. Antalet mål har ökat kontinuerligt fram till lagändringen i juli 2002 och därefter i ett accelererande tempo. Under år 2003 har antalet till länsrätten inkomna mål uppgått till 865 mål.<sup>6</sup> Om man räknar även med interimistiska beslut och överklaganden till kammarrätterna och Regeringsrätten utgör mål enligt LOU en allt oftare förekommande och arbetskrävande måltyp hos de allmänna förvaltningsdomstolarna. Rättspraxis gagnas inte av mängden avgöranden eftersom dessa kännetecknas av mycket varierande kvalitet och avgörandena pekar i helt oförenliga riktningar.

Dagens lagstiftning medger att felaktigheter som hänför sig till upphandlingens initialskede tas upp först efter tilldelningsbeslutet. En anbudsgivare har därmed möjlighet att avvakta det slutliga tilldelningsbeslutet och först om han inte tilldelats kontraktet återopa sådana felaktigheter. Det är NOU:s mening att Sverige bäst uppfyller direktivens andemening om snabba och effektiva rättsmedel, om felaktigheter återopas och rättelse frammanas på ett så tidigt stadium i processen som möjligt. Antalet överprövningar av tilldelningsbeslut skulle därmed minska samtidigt som kvaliteten på domstolsprövningar kan höjas. När fel påtalas på ett tidigt stadium kan flera upphandlingar rättas till i stället för att behöva göras på nytt. En anbudsgivares möjlighet att kunna underlåta att i ett tidigare skede söka rättelse av en felaktighet i upphandlingen ökar osäkerheten och skadar upphandlande enheter och övriga leverantörer.

NOU hänvisade bl.a. till EG-domstolens förhandsbesked i mål C-230/02 Grossmann Air Service, och förhandsavgörande i mål C-327/00 mellan Santex SpA och Unità

---

<sup>6</sup> Det stora antalet mål har sannolikt sin grund i att så många upphandlingar under tröskelvärdena överklagas.

Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia. EG-domstolen har uttalat att artiklarna 1.3 och 2.1 b i direktiv 89/665 inte utgör hinder mot en nationell lagstiftning som innebär att en person anses sakna rätt att söka sådan prövning som föreskrivs i det ovan nämnda direktivet om han inte sökt prövning i ett tidigare skede när rättelse kunde ha åstadkommit. NOU föreslog därför att departementet skall överväga att i LOU införa en preklusionsbestämmelse med nämnd innebörd.

### EG-domstolens tolkning av uttrycket ”intresse av att få avtal om offentlig upphandling”

EG-domstolen meddelade den 12 februari 2004 förhandsbesked i mål C-230/02 Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republiken Österrike. Grossman hade deltagit i en upphandling som avbrutits och bolaget hade avstått från att delta i den förnyade anbudsprövningen. Bolaget hade strax innan upphandlingskontraktets tecknande klagat på att förfrågningsunderlagets regler var anpassade för att ett konkurrerande bolag skulle vinna. Kontraktet hade tecknats innan målet avgjordes.

EG-domstolen konstaterar att företaget, för det fall att handlingarna avseende anbudsförfarandet eller kontraktshandlingarna innehållit specifikationer som påstås vara diskriminerande, kan söka prövning av dessa specifikationer direkt, även innan det berörda offentliga upphandlingsförfarandet avslutas.

Enligt domstolen framgår det tydligt av lydelsen i artikel 2.1 b i direktiv 89/665 att prövningsförfarandet skall göra det möjligt att "åsidosätta [...] olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer". Det skall därför vara möjligt för ett företag att söka prövning av sådana diskriminerande specifikationer direkt, utan att upphandlingsförfarandet slutförts.

EG-domstolen uttalar att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiv 89/665 inte är uppfyllda när en person inte ansöker om prövning av specifikationerna för upphandlingsförfarandet, utan i stället ansöker om prövning först efter tilldelningsbeslutet.

Den österrikiska domstolens frågor besvaras med att artiklarna 1.3 och 2.1 b inte utgör hinder för att en sökande anses sakna intresse av att tilldelas ett kontrakt om han inte deltagit i en offentlig upphandling och inte heller sökt prövning av de fastställda specifikationerna för upphandlingsförfarandet. Efter kontraktets tilldelning får en sådan sökande anses sakna rätt att begära den i direktivet föreskrivna prövningen.

Domstolen anger slutligen, angående de specifika österrikiska förhållanden, att direktivet utgör hinder för att någon som har deltagit i ett offentligt upphandlingsförfarande skall anses ha förlorat sitt intresse av att tilldelas avtalet på grund av att han inte begärt att en medlingskommission skulle inleda ett medlingsförfarande.

## Allmänna förvaltningsdomstolars möjlighet att förhindra fortsatt tillämpning av ett olagligt slutet avtal

Regeringsrätten har den 22 mars 2004 meddelat dom (mål nr 998-03) angående Landstingets Västernorrland tvätteriserviceavtal. Regeringsrätten bifaller landstingets överklagande och upphäver länsrättens och kammarrättens avgöranden. NOU har avgivit yttrande i målet (NOU:s dnr 2003/0176-29).

Målet avser ett avtal som gäller sedan 1990, alltså före LOU:s tillkomst. En ändring av och tillägg till avtalet gjordes år 1997. Avtalet löper sedan dess med två år i taget med tolv månaders ömsesidig uppsägningstid.

I sin ansökan om överprövning till länsrätten yrkade det klagande bolaget att upphandlingen skulle göras om och anförde att en förlängning av avtalet på grund av utebliven uppsägning före utgången av år 2002 kunde jämföras med en direktupphandling.

Regeringsrätten gjorde bedömningen att det yrkande som bolaget framställde i själva verket innebar att landstinget skulle åläggas att säga upp 1997 års tilläggsavtal före utgången av år 2002. Varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning av detta avtal utgör emellertid en del av något upphandlingsförfarande som skulle kunna göras om eller rättas efter ett domstolsbeslut. Bestämmelserna i 7 kap. 1 och 2 §§ LOU lämnar därför inte något utrymme för en domstol att inom överprövningens ram fatta ett sådant beslut som avses med ansökningen.

*NOU:s kommentar.* Regeringsrättens dom belyser på nytt frågan om effektiviteten av de rättsmedel som finns i 7 kap. 1 och 2 §§ LOU. Regeringsrätten konstaterar att domstolen inte kan fatta ett beslut att förbjuda att kontraktet förlängs. Regeringsrätten anger dock inte att landstinget haft fog för sitt handlande.

Regeringsrätten har också valt att återge följande avsnitt ut NOU:s yttrande: ”Medlemsstaterna inom EU har enligt rättsmedelsdirektivet<sup>7</sup> 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 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.”

---

<sup>7</sup> 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.

## Sociala hänsyn inkl arbetsrätt

### Övergång av verksamhet

EG-domstolen har i mål C-340/01 konstaterat att direktiv 77/187/EEG om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter är tillämpligt på en situation där en beställare, som genom avtal uppdragit åt en första entreprenör att sköta hela storköksdriften på ett sjukhus, säger upp detta avtal och ingår ett nytt avtal med en annan entreprenör om att utföra samma uppgifter under förutsättningen att den andra entreprenören använder stora delar av de materiella tillgångar som dessförinnan nyttjades av den första entreprenören. Bedömningen påverkas inte av att den andra entreprenören skulle ha uttryckt avsikten att inte överta de anställda från den första entreprenören.

Domstolen hänvisade till tidigare rättspraxis och konstaterade att det avgörande kriteriet för att fastställa om det föreligger en övergång enligt direktivet är om enheten i fråga behåller sin identitet och att övergången hänför sig till en ”varaktigt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av visst arbete”. (bl.a. i mål C-24/85, Spijkers, REG 1986 s. 1119, mål C-13/95, Süzen, REG 1997 s. 1-1259 och mål C-48/94, Rygaard, REG 1995, s.1-2745.)

Domstolen konstaterade vidare att en helhetsbedömning måste göras där hänsyn tas till samtliga omständigheter som kännetecknar transaktionen. Sådana omständigheter är vilket slags företag eller vilken verksamhet det gäller, huruvida några materiella tillgångar har övertagits, värdet på de immateriella tillgångarna vid tidpunkten för övergången, huruvida huvuddelen av personalstyrkan har övertagits, huruvida kundkretsen övertagits samt hur lika de verksamheter är som har bedrivits före och efter övergången och hur länge ett eventuellt avbrott har varat.

Domstolen fann att storköksverksamhet inte kan betraktas som en verksamhet som i huvudsak är baserad på arbetskraft, eftersom den kräver omfattande utrustning och fastslog i det aktuella fallet att den omständigheten att ett övertagande av lokaler och den utrustning som krävs för driften av storköket skett räcker för att anse att det föreligger en övergång av en ekonomisk enhet.

Domstolen påpekade att det inte behöver finnas ett direktavtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren för att direktiv 77/187 skall bli tillämpligt. Den omständigheten att de materiella tillgångar som övertogs av dens nye entreprenören tillhandahölls av beställaren utesluter inte heller att det handlar om en övergång av verksamhet enligt direktiv 77/187.

Se även *NOU info mars-01 sid. 10* för NOU:s referat av mål C-172/99 OY Liikenne.

## Försörjningssektorerna

### Upphandling genom prekvalificeringssystem m.m.

NOU har på begäran yttrat sig till Finansdepartementet över bl.a. hur LOU reglerar öppenhet och möjlighet till överprövning för upphandlingar genom prekvalificeringssystem inom försörjningssektorerna<sup>8</sup>.

NOU konstaterar i yttrandet följande: ” Endast de leverantörer som är upptagna i prekvalificeringssystemet kan uppmanas att delta i ett upphandlingsförfarande baserat på systemet. Det finns dock ingen begränsning i LOU vad avser vilka leverantörer som har rätt att begära överprövning av en upphandlande enhets beslut om urval av leverantörer ur ett prekvalificeringssystem i en upphandling baserad på detta.

Den 1 juli 2002 infördes en bestämmelse i 1 kap. 28 § LOU vilken innebär att en upphandlande enhet är skyldig att lämna upplysningar till varje anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om leverantör och anbud och skälen för beslutet.

Bestämmelsen omfattar även 4 kap. LOU, vilken reglerar upphandling över tröskelvärdena inom försörjningssektorerna. I 4 kap. regleras dels öppen, selektiv och förhandlad upphandling, men även upphandling genom prekvalificeringssystem. Det innebär att bestämmelsen i 1 kap. 28 § LOU är tillämplig även på upphandlingar baserade på sådana system. I praktiken innebär det att Sverige infört en skyldighet för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna att vid upphandlingar baserade på prekvalificeringssystem lämna upplysningar till varje i systemet kvalificerad leverantör som kunnat komma i fråga för den aktuella upphandlingen samt till de utvalda anbudsgivarna om beslutet om leverantör och anbud och skälen för beslutet. Dessa har sedan möjlighet att inom en tiodagars lång frist begära överprövning av den upphandlande enhetens beslut hos länsrätten, 7 kap. 1 § LOU.

Den upphandlande enheten måste vidare inom 60 dagar publicera sitt beslut om leverantör i Europeiska unionens officiella tidning, se 4 kap. 15 § LOU.”

I anledning av yttrandet vill NOU informera upphandlande enheter inom försörjningssektorerna om skyldigheten enligt 1 kap. 28 § LOU, *att vid upphandling genom prekvalificeringssystem lämna information om tilldelningsbeslutet till alla leverantörer i systemet, som skulle ha kunnat komma ifråga för den aktuella upphandlingen.*

### Undantag från upphandling

NOU vill uppmärksamma upphandlande enheter inom försörjningssektorerna på artikel 30 samt artikel 71.1 fjärde stycket i det nya försörjningsdirektivet. Bestämmelserna innebär att vissa sektorer kan medges undantag från reglerna för offentlig upphandling under vissa förutsättningar och i vissa geografiska områden, samt att *undantagen kan beviljas och träda i kraft samma dag som direktiven, dvs när dessa publiceras, sannolikt i mitten av april 2004.* NOU hänvisar de

---

<sup>8</sup> NOU:s dnr 2004/0002-29.

upphandlande enheterna till berört departement inom Regeringskansliet, eftersom det fram tills de svenska lagändringarna träder ikraft, endast är regeringen som kan ansöka om undantag. Ansökan görs hos Europeiska kommissionen, som enligt huvudregeln har tre månader på sig att meddela sitt beslut. Tiden kan under vissa förutsättningar utsträckas tre månader. Har kommissionen inom denna tid inte meddelat beslut, träder dock undantaget automatiskt ikraft. För mer information avseende ansökningsproceduren hänvisar NOU till direktivtexten avseende [försörjningssektorerna](#)<sup>9</sup>.

Kommissionen avser att under sommaren/hösten 2004 ta fram ett dokument med ansökningsförfarandet enligt artikel 30. NOU kommer att informera om detta så snart dokumentet färdigställts. Dokumentet kommer att återfinnas på [SIMAP:s](#)<sup>10</sup> webbplats.

## Förändring av regelverket

### De nya EG-direktiven om offentlig upphandling

Europaparlamentet och EU-rådet har den 29 januari respektive den 3 februari 2004 fattat beslut om att anta två nya direktiv för offentlig upphandling. De nya direktiven träder ikraft den dag de publiceras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT), vilket beräknas ske i mitten av april 2004. De förändringar som krävs i LOU beräknas träda i kraft i början av 2006. Regeringen har ännu inte fattat beslut om kommittédirektiv för en utredning om förändringarna i LOU.

För närvarande återfinns direktivtexten endast på engelska, men när direktiven publiceras i EUT kommer de att återfinnas på alla officiella EU-språk, inklusive svenska. Intresserade läsare hittar den engelska versionen av direktivet för den [klassiska sektorn](#)<sup>11</sup> samt direktivet för [försörjningssektorerna](#)<sup>12</sup>, vilka Europaparlamentet och EU-rådet röstade om, på parlamentets webbplats.

Europeiska kommissionen är angelägen om att alla medlemsstater tolkar de nya reglerna på ett likartat sätt. Kommissionen kommer därför att ta fram särskilda införlivningsdokument avseende reglerna om konkurrenspräglad dialog, ramavtal i klassiska sektorn, särskilda och exklusiva rättigheter i försörjningsdirektivet och artikel 30 i försörjningsdirektivet, vilka kommer att publiceras på [SIMAP:s](#)<sup>13</sup> webbplats, någon gång under sommaren/hösten 2004.

---

<sup>9</sup> <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT%2BDOC-C%2BC5-2003-0608%2B0%2BNOT%2BXML%2BV0//EN>

<sup>10</sup> <http://simap.eu.int/SV/pub/src/welcome.htm>

<sup>11</sup> <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT%2BDOC-C%2BC5-2003-0607%2B0%2BNOT%2BXML%2BV0//EN>

<sup>12</sup> <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT%2BDOC-C%2BC5-2003-0608%2B0%2BNOT%2BXML%2BV0//EN>

<sup>13</sup> <http://simap.eu.int/SV/pub/src/welcome.htm>

Kommissionen har även påbörjat ett arbete med att omarbete de två rättsmedelsdirektiven för offentlig upphandling, vilka innehåller de regler som 7 kap. LOU baseras på.

## Statistik

### Statistikinsamling

Statistiska centralbyrån (SCB) kommer under våren att på uppdrag av NOU samla in uppgifter om de upphandlingar som gjorts under 2003. Uppgifterna sammanställs med stöd av LOU i enlighet med avtalet om upphandling inom WTO (GPA) och EG:s upphandlingsdirektiv.

Uppgifter gällande upphandlingar över tröskelvärdena hämtas i EUT/TED och grundas på genomförd efterannonsering. Det är NOU:s förhoppning att alla upphandlande enheter genomfört lagstadgad efterannonsering. För statliga myndigheter samt upphandlande enheter inom försörjningssektorerna omfattas även upphandlingar under tröskelvärdena av statistikinsamlingen. De upphandlande enheter som är skyldiga att för år 2003 lämna sådana uppgifter kommer att tillskrivas av SCB och NOU.

## Övrigt

### Ökning av antalet överprövningsmål

NOU har inhämtat följande statistik från Domstolsverket rörande avgjorda mål i länsrätterna.

#### Antal mål i länsrätter

År	Inkomna mål	Mål som avslutats genom slutligt beslut	Mål som avslutats genom dom	Totalt antal avslutade mål
2000	113	57	51	108
2001	153	65	85	150
2002	343	120	179	299
2003	865	280	561	840

Att ett mål har avslutats genom slutligt beslut innebär att det avslutats genom avskrivning, avvísning eller genom annat beslut. Exempel på skäl till att slutligt beslut meddelas kan vara att ansökan om överprövning inkommit för sent eller att domstolen av något annat skäl inte är behörig att pröva målet. Då mål avgjorts genom dom har länsrätten prövat målet i sak.

## Ny webbplats för rättsinformation

Domstolsverket har lanserat en ny webbplats för rättsinformation. På webbplatsen finns rättspraxis från de svenska domstolarna samt föreskrifter, remissyttranden och på sikt handböcker från Domstolsverket. Webbplatsen har, enligt Domstolsverket, skapats dels för att uppfylla domstolväsendets åliggande att bidra med information till det offentliga rättsinformationssystemet, dels för att publicera annan rättsinformation som kan anses vara av intresse för allmänhet, studenter och praktiserande jurister. Webbplatsen är under uppbyggnad och kommer allteftersom att kompletteras med mer material, särskilt vad avser rättspraxis. Adressen till webbplatsen är [www.rattsinfo.dom.se](http://www.rattsinfo.dom.se).

## PPN – Public Procurement Network

Representanter för NOU och Finansdepartementet har i januari deltagit i PPN:s andra konferens i London. Medlemskap i nätverket är öppet för alla EU/EES-medlemsstater, kandidatländer och andra Europeiska länder samt EG-kommissionen. Det löpande arbetet utförs av årets, fjolårets och nästa års ordförandeländer, som år 2004 motsvaras av Storbritannien, Danmark respektive Slovenien.

PPN:s huvudsakliga uppgifter är att tillhandahålla snabba möjligheter att informellt lösa internationella upphandlingskonflikter, framför allt innan ett kontrakt tecknas. NOU skulle därmed vid behov kunna be tjänstemän i andra länder att hjälpa till att lösa problem som uppkommit vid anbudsgivning utomlands. Det huvudsakliga syftet är att lösa problem snabbt, utan inblandning av högre regeringstjänstemän och med så låg konfliktnivå som möjligt. Vid mötet i London avhandlades de kontakter som nätverket haft under året. PPN samarbetar med SOLVIT (se [Kommerskollegiums webbplats](#)<sup>14</sup>). Kontaktpersoner vid NOU är Margareta Hentze och Michael Slavicek.

Nätverkets andra målsättning är att dela med sig erfarenheter och goda exempel på nya upphandlingstekniker, fungerande lösningar och varna för eventuella fallgropar. Vårdarna från Storbritannien stod för merparten av presentationer av denna typ vid årets möte. Office of Government Commerce presenterade bl.a. sina erfarenheter av elektroniska auktioner, ramavtal och arbete med miljö- och sociala frågor. Vidare diskuterades arbetet med att få små och medelstora företag engagerade i offentlig upphandling i Storbritannien och även inom andra länder.

## Tolkförmedlingsutredningen

En av regeringen tillkallad särskild utredare har utrett behovet av tillsyn och kvalitetskontroll över tolkförmedlingarnas verksamhet. Kopplat till utredaren har funnits ett antal experter och bland dessa har NOU representerats. Utredningen har nu överlämnat sitt betänkande (SOU 2004:15). NOU har även utarbetat underlag för det kapitel i utredningen som behandlar offentlig upphandling. I kapitlet belyser utredningen några av de områden där den funnit brister samt lämnar förslag till hur upphandlingarna bör genomföras.

Utredningen konstaterar att bristerna vid upphandling av tolktjänster inte väsentligt avviker från vad som gäller på många andra områden där tjänster upphandlas av

---

<sup>14</sup>[www.kommers.se](http://www.kommers.se)



offentliga beställare. Bland annat anser den att beställarna vid upphandling av tolktjänster inte alltid beskriver den tjänst som skall köpas på ett tillfredsställande klart sätt i förfrågningsunderlaget. Det finns också brister som rör beställarens uppföljning av tolkförmedlingens åtaganden. Därmed kan upphandlingarna på området tendera att främst bli en konkurrens om priset där kvalitetsfrågorna inte tillräckligt uppmärksammas. Utredningen har även funnit att otillåten direktupphandling förekommer i många fall.

Utredningen menar att en stor del av problemen som rör förmedling av tolktjänster och inte minst tjänsternas kvalitet skulle kunna elimineras om den offentliga upphandlingen bedrevs i effektiva former. Information om upphandlingsregler och utbildning av beställare av tolktjänster och tolkförmedlingar bör därför enligt utredningen förbättras. Utredningen anser att en särskild information till beställare av tolktjänster och tolkförmedlingar behövs för att få till stånd en mer ändamålsenlig upphandling.

Betänkandet åter finns på [regeringens webbplats](#)<sup>15</sup>

## Internrevision i staten - förslag till en förstärkt internrevision

NOU har besvarat en remiss avseende ett förslag till en förstärkt internrevision i staten, SOU 2003:93. NOU framförde bland annat förhoppningen att NOU:s tillsynsinsatser i framtiden kan utgå ifrån en stärkt internrevision vid statliga myndigheter. Om den föreslagna internrevisionsmyndigheten inrättas bör den åläggas att samråda med NOU i den del av verksamheten som avser granskning på upphandlingsområdet. Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

## Aktiebolag med begränsad vinstutdelning

NOU har lämnat yttrande över utredningen Aktiebolag med begränsad vinstutdelning, SOU 2003:98. Utredningen har haft i uppdrag att utarbeta förslag till två modeller av aktiebolag med vinstutdelningsbegränsningar. Enligt utredningens direktiv skall den nya bolagsformen vara lämplig för verksamheter inom områdena skola, vård och omsorg, men även kunna användas inom andra verksamhetsområden.

Utredningen berör endast i begränsat omfattning offentlig upphandling och lägger inte heller fram några förslag på särbehandling av aktiebolag av den nya formen i samband med upphandling.

NOU framhåller i sitt remissvar att möjligheter till särbehandling inte får finnas. Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske utan ovidkommande hänsyn och utan någon preferens för en viss associationsrättslig form och utan hänsyn till leverantörens nationella hemvist. Alla fysiska och juridiska personer, inklusive ideella föreningar, skall behandlas lika och utan hänsyn till om de är offentligt eller privat ägda och om de delar ut vinst eller inte. Att direkt eller indirekt gynna eller missgynna en leverantör på grund av leverantörens associationsform är enligt NOU:s uppfattning inte förenligt med upphandlingsreglerna. Hela remissvaret finns att läsa på NOU:s webbplats.

---

<sup>15</sup> [http://justitie.regeringen.se/propositionermm/sou/pdf/sou2004\\_15.pdf](http://justitie.regeringen.se/propositionermm/sou/pdf/sou2004_15.pdf)

## NOU:s nyhetsbrev december 2003

Dags igen att summera ett år! Tiden går alldeles förfärligt fort. Våldigt mycket har vi hunnit med under 2003 och mycket är vi stolta över, men väldigt många ambitioner har också stannat i verksamhetsplanen. Men vi är väl inte ensamma om det.

Den överraskande stora uppslutningen på våra konferenser i oktober och november, totalt långt mer än 500 personer, gör att jag vågar hoppas på att de kommande direktiven om offentlig upphandling fått en bra start. På NOU:s webbplats kan även de som inte var med hitta OH-materialet från konferenserna.

Som framgår av nyhetsbrevet är den s.k. förlikningskommitténs arbete med direktiven slutfört. Nu återstår bara besluten om antagande i rådet och parlamentet i januari. Ingenting tyder väl på att något oförutsett skall inträffa, så det bör gå bra för den ivrige att studera in reglerna redan nu. Nyhetsbrevet lämnar en länk till den engelska versionen av förlikningsgruppens förslag. Jag vill dock höja ett varningens finger för att tillämpa kommande regler redan nu. En del upphandlande enheter tycks snabbt anpassa sig till regelförslag som man anser fördelaktiga, samtidigt som man inte ägnar tillräcklig uppmärksamhet åt vissa mindre fördelaktiga regler som gällt sedan länge.....

I slutet på nyhetsbrevet finns också ett ABC för att hitta i EG-domstolens labyrinter. Kanske ett mellandagsnöje?

Till alla våra tillskyndare och alla er övriga:

En riktigt God jul och ett Gott Nytt År

Margareta Hentze

## Innehåll

Förändring av regelverket .....	3
Överenskommelse om nya EG-direktiv för offentlig upphandling .....	3
Upphandlande enhet.....	5
Begreppet upphandlande enhet .....	5
Tillämpning av LOU .....	6
Uppdragsarkeologi.....	6
Otillåten direktupphandling av marknadsföringsåtgärder .....	6
Undantag med hänsyn till rikets säkerhet.....	7
Tröskelvärden.....	8
Nya tröskelvärden .....	8
Förfrågningsunderlaget .....	8
Anbuds- och kontraktshandlingar .....	8
Annonsering .....	8
CPV-koderna ändras den 20 december 2003 .....	8
Leverantörskvalificering/urval .....	9
Gemensamma anbud och återopande av annans kapacitet .....	9
Avbruten upphandling .....	11
Möjligheten att avbryta en upphandling.....	11
Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen .....	13
Sekretess med anledning av överprövning .....	13
Ramavtal .....	13
Rangordning av leverantörerna m.m. ....	13
Rättsmedel och processrättsliga frågor .....	15
Tidpunkten för begäran om överprövning.....	15
Även en leverantör som uteslutits kan begära överprövning.....	15
Antalet inhibitioner synes ha ökat.....	15
Miljö.....	16
Miljökriterier som utvärderingsgrunder – krav på el från förnybara energikällor.....	16
Upphandling enligt 6 kap LOU.....	19
Tillämpning av undantaget för direktupphandling på grund av synnerliga skäl.....	19
Statistik.....	20
Statistik avseende år 2002.....	20
Övrigt .....	22
Rättsfall från EG-domstolen och generaladvokatens yttrande .....	22

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info december -03"

## Förändring av regelverket

### Överenskommelse om nya EG-direktiv för offentlig upphandling

Vid ett möte den 2 december 2003 mellan Rådets och Europaparlamentets gemensamma förlikningskommitté (Conciliation Committee) nåddes en överenskommelse om förslag till nya direktiv för offentlig upphandling (ett för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorerna). Överenskommelsen måste godkännas av Europaparlamentet (majoritet av de avgivna rösterna) och rådet (omröstningsförfarande med kvalificerad majoritet) för att direktiven skall antas. Om förslagen godkänns av rådet och Europaparlamentet, har varje medlemsstat 21 månader på sig att införliva dessa i sin nationella lagstiftning. Tidsfristen börjar löpa när de antagna direktiven publicerats i Europeiska Gemenskapernas Officiella Tidning (EGT).

Förlikningskommittén löste alla de utestående frågor som härrörde från de ändringar som Europaparlamentet antog vid sin andra behandling av direktivförslagen den 2 juli 2003. Överenskommelsen omfattar i huvudsak följande:

#### *avseende bägge direktiven*

- de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlagen bör vara så klart angivna, att alla anbudssökande/-givare förstår innebörden av de krav den upphandlande enheten ställer,
- en upphandlande enhet tillåts ställa krav på anbudssökandes/-givares produktionsmetoder vid definitionen av miljöhänsyn i den tekniska specifikationen i förfrågningsunderlaget,
- tilldelningskriterier. Denna fråga har varit huvudfrågan i förhandlingarna. Den föreslagna lösningen baseras på principen att de upphandlande enheterna kan ställa miljökrav m.m. som utvärderingskriterium vid offentlig upphandling, men att dessa kriterier måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen. Kommittén har baserat sitt förslag på EG-domstolens dom i mål C-513/99 Concordia Bus Finland,
- upphandlande enheter bör, när det är möjligt, ställa tekniska specifikationer på så sätt att de tar hänsyn till tillgänglighet för personer med funktionshinder m m,
- det ges möjlighet för medlemsstater att reservera vissa kontrakt för organisationer som har som syfte att ge arbetshandikappade personer arbete,
- att anbudssökande/-givare inte tar hänsyn till arbetstagares lika rättigheter enligt EG-direktiv 2000/78/EEC och 76/207/EEC kan innebära att dessa anses ha begått brott i sin yrkesutövning,

- medlemsstaterna får rätt att undanta vissa byggtreprenadkontrakt och komplicerade tjänstekontrakt, som innefattar någon form av intellektuellt arbete, från möjligheten att tillämpa s.k. elektroniska auktioner och
- då rådet och Europaparlamentet erkänner vikten av en effektiv kontroll av efterlevandet av den nya lagstiftningen kan medlemsstaterna välja att inrätta eller utse en oberoende organisation för att tillförsäkra att de nya direktiven tillämpas på ett effektivt och transparent sätt samt att offentlig upphandling är tillgänglig för alla intresserade leverantörer.

*avseende det klassiska direktivet*

- vid upphandling av tjänster avseende skolböcker, där det finns nationella regler som prissätter sådana tjänster, får de upphandlande enheterna fastställa utvärderingskriterierna baserade på andra kriterier än pris,
- regler för prekvalificeringssystem i den klassiska sektorn kommer inte att införas.

*avseende försörjningsdirektivet*

- en viktig punkt där överenskommelse träffades var att medlemsstater kan begära att EG-kommissionen intervenerar i ärenden där tredje länder inte efterlever internationella arbetsrättsliga standarder vid offentlig upphandling.

Värt att notera är att förslaget från Europaparlamentet om att kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelat en enhet som myndigheten utövar fullständig kontroll över eller ett "samföretag" som myndigheten bildat med andra upphandlande myndigheter inte ska behöva upphandlas enligt EG-direktiven, har aldrig behandlats av förlikningskommittén. Eftersom rådet inte kunde enas om EG-kommissionens tidigare utformning av förslaget menade kommissionen att denna fråga bäst löses av rättspraxis och drog därför tillbaka sitt förslag (EG-kommissionen har ensamrätt på att föreslå nya direktivregler). En begäran om yttrande i frågan har dessutom redan inkommit till EG-domstolen, se mål C-26/03 Stadt Halle m.fl.

NOU kommer att på sin webbplats, [nou.se](http://nou.se), informera om när beslut fattats av rådet och Europaparlamentet, samt länka till de antagna direktiven när dessa publicerats i EGT. NOU utgår ifrån att direktiven kommer att publiceras under februari-mars 2004. För den som är intresserad av att se förlikningskommitténs förslag till nya direktiv, hänvisar NOU till Europaparlamentets webbplats, där förslagen återfinns, dock ännu endast på engelska.

[http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PROG=JOINT-TEXT&NAV=S&QUERY=ALL&SV=0&L=SV&LEVEL=2&SAME\\_LEVEL=1](http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PROG=JOINT-TEXT&NAV=S&QUERY=ALL&SV=0&L=SV&LEVEL=2&SAME_LEVEL=1)

## Upphandlande enhet

### Begreppet upphandlande enhet

EG-domstolen har den 16 oktober 2003 meddelat dom i ett mål (C-283/00) mellan EG-kommissionen och Spanien. EG-kommissionen väckte den 18 juli 2000 talan vid domstolen om fastställelse av att Spanien åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten genom att rådets direktiv 93/37/EEG (bygg- och anläggningsdirektivet) inte iakttagits vid en upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia (Experimentell utbildnings- och kriminalvårdsanstalt i Segovia) som genomförts av Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (SIEPSA). SIEPSA är 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 eller ej, och då särskilt huruvida bolaget tillgodosåg behov i det allmännas intresse, vilka inte var av industriell eller kommersiell karaktär (jfr 1 kap. 6 § LOU).

EG-domstolen hänvisade inledningsvis till tidigare rättspraxis angående begreppet upphandlande enhet (bl.a. mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, sid. I-1931) och mål C-18/01, Korhonen m.fl., REG 2003, punkt 47), för referat av dessa domar se *NOU info mars-03* respektive *NOU info juni-03*).

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 uttalade därefter att "[e]ftersom de allmänna intressen som SIEPSA skall tillgodose således utgör ett nödvändigt villkor för utövandet av statens rätt att bestraffa, hänger de mycket nära samman med den allmänna ordningen. Detta mycket nära samband framgår bland annat av det avgörande inflytande som staten har på genomförandet av de uppgifter som har anförtrots SIEPSA. Det står nämligen klart att SIEPSA skall genomföra en plan för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter som har godkänts av regeringen och att det bedriver sin verksamhet i enlighet med riktlinjer som utfärdats av den offentliga förvaltningen. Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahåller inom ramen för planering och upprättande av kriminalvårdsanstalter. Såsom kommissionen med rätta har anfört omfattas sådan verksamhet som nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, som återfinns bland de huvudsakliga föremålen för SIEPSA:s verksamhet, inte av någon konkurrens på marknaden. Detta bolag kan således inte anses som ett organ om bjuder 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 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 att genomförandet av detta bolags uppgifter utgör en grundläggande del av den spanska statens kriminalvårdspolitik, synes det vara troligt att nämnda stat i egenskap av ensam aktieägare skulle vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att förhindra att SIEPSA går i konkurs."

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.

## Tillämpning av LOU

### Uppdragsarkeologi

Kommerskollegium har i ett yttrande till Kulturdepartementet (dnr 313-2605-2003) beträffande det i lagen (1988:950) om kulturminnen m. m. (KML) stadgade undantaget från LOU, anslutit sig till den bedömning som tidigare gjorts av bl.a. NOU, Konkurrensverket och Statskontoret.

Av 2 kap. 13 § 3 st. KML framgår att länsstyrelsen i beslut om arkeologisk förundersökning eller särskild undersökning skall ange vem som skall utföra undersökningen och att LOU därvid inte gäller. Av 14 § 1 st. framgår att den som utför ett arbetsföretag som berör fast fornlämning svarar för kostnaden för åtgärder enligt 13 §. Företagaren svarar dock, enligt 2 st. 1 p., inte för kostnad som hänförs till en fornlämning som inte förut varit känd.

Kommerskollegium påpekar i yttrandet till Kulturdepartementet att det föreligger behov av en översyn av innehållet i och tillämpningen av KML. I yttrandet gör kollegiet bedömningen att tillämpningen av det i KML 2 kap. 13 § 3 st. stadgade undantaget från LOU, vad avser uppdragsarkeologi rörande tidigare okända fornlämningar, kan stå i strid med EG-rätten. Eftersom länsstyrelsen i dessa fall svarar för kostnaderna är det enligt Kommerskollegium, "... naturligt att i dessa sammanhang se länsstyrelsen som beställare och kontraktsslutande part ...". Kollegiet anser därför att länsstyrelsen i dessa fall är skyldig att följa bestämmelserna i LOU.

### Otillåten direktupphandling av marknadsföringsåtgärder

Länsrätten i Södermanlands län meddelade i dom den 15 september 2003 (mål nr 1537-03) att Nyköpings kommuns upphandling av marknadsföringsåtgärder skulle göras om (se NOU info okt-03 där domen refereras).

Kammarrätten i Stockholm avslag i dom den 21 november 2003 (mål nr 6364-03) kommunens överklagande och fann i likhet med länsrätten att de marknadsföringsinsatser som Ryanair enligt avtalet åtagit sig att tillhandahålla Nyköpings kommun samtliga var sådana som åsyftas i 5 kap. LOU. Kommunen skulle därför ha upphandlat tjänsterna enligt reglerna i LOU.

Kommunen invände i sitt överklagande att undantaget i 5 kap. 17 § p. 1 LOU skulle vara tillämpligt på upphandlingen, dvs. att kommunen skulle haft rätt att använda förhandlad upphandling utan annonsering, p.g.a. att det i princip förelegat en ”ensamrättsliknande situation”. Kammarrätten fann emellertid att kommunen inte visat att det inte funnits någon annan leverantör som hade kunnat tillhandahålla de aktuella reklamtjänsterna i syfte att marknadsföra Nyköpings kommun. Kammarrätten påpekade även att Ryanair inte haft någon ensamrätt i LOU:s mening att tillhandahålla dessa tjänster.

Nyköpings kommun invände även i sitt överklagande till kammarrätten, att den leverantör som begärt överprövning av kommunens beslut i länsrätten, inte rimligen hade kunnat få det aktuella kontraktet, varför han inte riskerat att lida skada och därmed inte haft rätt att begära överprövning enligt 7 kap. 1 § LOU. Kammarrätten ansåg dock att leverantören fick anses ha lidit skada eftersom Nyköpings kommun överhuvudtaget inte gjort någon upphandling av de ifrågavarande tjänsterna, trots att tjänsterna omfattades av LOU, och leverantören därmed helt uteslutits från möjlighet att delta i upphandlingen.

Kammarrätten ansåg att Nyköpings kommun genom sitt förfarande brutit mot bestämmelserna i LOU och att, då kommunen inte meddelat något tilldelningsbeslut enligt 7 kap. 1 § LOU, någon tidsfrist överhuvudtaget inte hade börjat löpa. Det fanns därför inget hinder för domstolen att överpröva upphandlingen.

## Undantag med hänsyn till rikets säkerhet

EG-domstolen har i mål C-252/01 Kommissionen mot Belgien konstaterat att en upphandling av flygfotografering, vilken krävde militärt säkerhetsintyg för att kunna utföras, omfattas av undantaget i artikel 4.2 i direktiv 92/50 (för motsvarande bestämmelse i LOU, se 1 kap. 3 § 2 st. p. 1). Domstolen ansåg att det ankom på de belgiska myndigheterna att bestämma vilka säkerhetsåtgärder som krävdes för att skydda nationella anläggningar. De tjänster som omfattades av kontraktet fick endast utföras om särskilda säkerhetsåtgärder i den mening som avses i art. 4.2 hade vidtagits. Till dessa åtgärder hörde att det företag som skulle tillhandahålla tjänsten skulle erhålla ett visst militärt säkerhetsintyg.



## Tröskelvärden

### Nya tröskelvärden

Tröskelvärdena vid offentlig upphandling kommer, enligt vad NOU erfar, inom kort att höjas med ca: 6 %. Regeringen förbereder en ny tröskelvärdesförordning som förväntas komma under början av år 2004. De gamla tröskelvärdena skall tillämpas till dess att den nya förordningen träder i kraft.

## Förfrågningsunderlaget

### Anbuds- och kontraktshandlingar

EG-domstolen har den 25 november 2003 meddelat dom i mål C-278/01 EG-kommissionen mot Spanien. Målet rörde inte specifikt EG-direktiven om offentlig upphandling, utan behandlade frågan om Spanien underlåtit att åtfölja en tidigare dom från EG-domstolen avseende att säkerställa kvaliteten på de inre badvattnen inom dess territorium. I domstolens bedömning, p. 53, uttalar sig dock domstolen om upphandlingsdirektiven enligt följande: ”Det skall i samband därmed bland annat beaktas att det i gemenskapsdirektiven rörande offentlig upphandling exempelvis krävs att anbuds- eller kontraktshandlingarna skall vara upprättade på ett uttömmande sätt innan det offentliga upphandlingsförfarandet inleds, och de får inte ändras därefter. I dessa direktiv föreskrivs dessutom vissa tvingande frister för de upphandlande myndigheterna, och möjligheten att vidta nödfallsåtgärder begränsas kraftigt.”

NOU anser att EG-domstolens uttalande i detta mål är i linje med domen i mål C-448/01 EVN och Wienstrom (se referat av den domen under rubriken ”Miljö” nedan) dvs. att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att förändra förutsättningarna i en påbörjad offentlig upphandling.

## Annonsering

### CPV-koderna ändras den 20 december 2003

Lördagen den 20 december träder en förordning ikraft som innehåller en omarbetad CPV-nomenklatur som skall användas vid annonsering i EGT/TED. I den omarbetade CPV-nomenklaturen tillkommer några koder medan andra utgår. En del koder som tidigare varit knutna till en viss vara/tjänst kommer nu att knytas till en annan vara/tjänst. På SIMAP finns en konverteringstabell mellan de nya och gamla CPV-koderna. Det är viktigt att använda de nya CPV-koderna vid *all annonsering i EGT/TED från och med 20 december*.

NOU har fått indikationer på att vissa benämningar i CPV-nomenklaturen kan vara fel översatta. Det förekommer t.ex. att två olika CPV-koder kopplats till samma vara eller tjänst trots att de i andra språkversioner är kopplade till olika varor eller tjänster. Vid osäkerhet kan en jämförelse med andra språkversioner vara till vägledning.

En länk till förordningen samt konverteringstabellen återfinns på [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Leverantörskvalificering/urval

### Gemensamma anbud och åberopande av annans kapacitet

EG-domstolen har i mål C-176/98, Holst Italia SpA uttalat att det är tillåtet för en tjänsteleverantör, som inte själv uppfyller de villkor som krävs för att delta i en offentlig upphandling att åberopa kapacitet hos en annan leverantör som han avser utnyttja, om kontraktet tilldelas honom. Den upphandlande enheten måste dock pröva om anbudsgivaren har faktisk möjlighet att utnyttja det som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet. Denna rättspraxis kommer även att införas i de kommande upphandlingsdirektiven.

I tre nyligen avkunnade domar från länsrätten i Stockholm behandlas situationer där leverantörer som bevis på sin finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet åberopar annans ställning och kapacitet.

Den första domen (mål nr 19688-03 E) behandlar en situation där en anbudsgivare inte själv anses ha erforderlig ekonomisk ställning. Den klagande anbudsgivaren menade att han var ensam anbudsgivare, men att han i anbudet i tydliggörande syfte namngett en av flera underleverantörer. Därmed borde inte kvalifikationskraven på bl.a. 15 % i soliditet, ”eller motsvarande ekonomiska stabilitet”, gälla underleverantören. Även om också underleverantören skulle betraktas som anbudsgivare, skulle det vara fel att förkasta anbudet. Underleverantörens soliditet angavs i bifogad årsredovisning uppgå till 5,6 %. Av årsredovisningen framgick även att aktieägarna lämnat ett aktieägartillskott på ca 9,7 mkr och att moderbolaget ställt borgen uppgående till 20 mkr för underleverantörens förpliktelser.

Den upphandlande enheten menade att anbudet lämnats gemensamt av de båda leverantörerna och att båda leverantörerna därmed måste kvalificeras för att få delta i upphandlingen. Vidare angav man att uppgifterna om ägartillskott m.m. i årsredovisningen var för vagt och att det inte gick att avgöra viken betydelse borgensåtagandet kunde få för den upphandlande enheten under avtalstiden.

Länsrätten fann att de båda leverantörerna gemensamt lämnat anbudet. Länsrätten menade att de uppgifter som framkom i årsredovisningen inte var tillräckliga för att kunna anses klagöra att den andre leverantören innehade ”motsvarande ekonomiska stabilitet” och avslog ansökan om överprövning.

I den andra domen (mål nr 17720-03 E) bedömde länsrätten en upphandling där ett av kraven var att anbudsgivarna skulle uppfylla en viss riskklass hos Upplysningscentralens företagsupplysning (UC). Av förfrågningsunderlaget

framgick att endast anbudsgivare med riskklass 3 enligt UC eller motsvarande som kunde bevisas av anbudsgivaren, skulle gå vidare till anbudsutvärderingen.

Den klagande anbudsgivaren angav att den kände till att deras riskklass var lägre än tre och bifogade därför ett utdrag från ett annat riskbedömningsföretag med riskklass 2. Därtill bifogades en aktuell resultat- och balansräkning samt ett revisorsintyg som visade att anbudsgivaren inte var på obestånd samt att anbudsgivarens ägare utställt en kapitaltäckningsutfästelse om totalt fyra miljoner kronor. Den gällde dock inte under hela avtalsperioden.

Den upphandlande enheten menade att för att bevismedlen skall kunna anses motsvara riskklass 3 hos UC måste de uppfylla de grundläggande kraven på objektivitet och opartiskhet och således vara utfärdade av annat motsvarande riskbedömningsföretag, av bank eller av annat officiellt kreditinstitut. Den upphandlande enheten ansåg att vare sig den av ägaren utställda kapitaltäckningsutfästelsen eller någon av de övriga bifogade handlingarna uppfyllde dessa krav. Det enda dokument som kunde anses likvärdigt, utdraget från riskbedömningsföretaget, angav en riskbedömning som var lägre än UC:s riskklass 3.

Länsrätten gjord bedömningen att handlingarna inte kunde anses motsvara UC:s riskbedömning.

I en den tredje domen bedömde länsrätten (mål nr 21999-03E) en situation där en grupp av leverantörer med stöd av 1 kap. 23 a § LOU lämnat ett gemensamt anbud. En leverantör hade ansökt om att få lämna anbud för ett konsortium av bolag. Leverantören ansåg att dessa bolag tillsammans hade erforderlig erfarenhet för att få lämna anbud. Den upphandlande enheten var osäker på huruvida bolagen som uppgavs ingå i konsortiet lämnat bindande utfästelser om att bilda ett gemensamt bolag om de vann upphandlingen och ställde därför en fråga om detta till leverantören. Leverantören svarade att den avsåg att inom 10 dagar efter tilldelningsbeslutet bilda ett gemensamt bolag tillsammans med ett av de andra bolagen. Därtill hade man inbjudit övriga bolag i konsortiet att ingå i detta gemensamma bolag.

Länsrätten bedömde att den upphandlande enhetens krav på att företagen som ingick i ett konsortium skulle lämna bindande utfästelser att bilda ett gemensamt bolag var ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Av utredningen i målet framgick att en sådan försäkran bara fanns mellan leverantören och ytterligare ett bolag och att endast dessa två kunde anses utgöra konsortiet. De enda referenser som länsrätten ansåg relevanta var därmed de som avsåg dessa båda bolag, eftersom det inte fanns något som garanterade att andra bolags resurser stod till konsortiets förfogande.

*NOU:s kommentar:* När kraven i förfrågningsunderlaget utformas är det viktigt att detta görs på ett sådant sätt att det är möjligt för anbudsgivaren att åberopa annans kapacitet. Den möjligheten får inte fräntas anbudsgivaren. Kraven kan således inte utformas så att anbudsgivaren själv måste uppfylla dem, exempelvis genom att kräva att leverantören själv skall ha viss personal anställd.

## Avbruten upphandling

### Möjligheten att avbryta en upphandling

Under hösten har det kommit flera avgöranden i vilka svenska länsrätter avslagit ansökan om beslut enligt 7 kap. 2 § LOU med anledning av att en upphandlande enhet avbrutit upphandlingen. Högsta domstolen har ännu inte beslutat om den skall meddela prövningstillstånd i ett mål rörande avbrytande av upphandling, i vilket NOU avgett yttrande (yttrandet finns på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)).

*EG-domstolen* har i oktober 2003 avgett ett förhandsavgörande till Högsta förvaltningsdomstolen i Finland angående avbruten upphandling. Domstolen har i mål C-244/02 mellan Kauppatalo Hansel Oy och Imatran kaupunki i huvudsak anfört att rättsmedelsdirektivet 93/36/EEG skall tolkas så, att en upphandlande myndighet kan avbryta förfarandet utan att tilldela något kontrakt, när den inser att den inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Av domen framgår följande: Staden Imatra skickade en anbudsinfordran till tjugo elleverantörer avseende leverans av el. Bland de anbud som inkom erbjöd Hansel det lägsta priset. Stadens tekniska kommitté hade dock kommit fram till att ett byte av leverantör skulle medföra merkostnader som inte hade beaktats. Efter ett nytt förfrågningsunderlag med ändrade utvärderingskriterier tilldelades kontraktet ett annat företag. Hansel inledde då vid det finska Konkurrensrådet en talan mot den upphandlande myndighetens beslut att avbryta det ursprungliga upphandlingsförfarandet och yrkade att beslutet skulle upphävas och att staden skulle förpliktas att jämföra de ingivna anbuden eller, i andra hand, förpliktas att betala en ersättning motsvarande 15 procent av upphandlingens totala värde. Till stöd för sin talan gjorde Hansel bland annat gällande att staden inte hade något giltigt skäl för att avslå ett anbud som uppfyllde de uppställda kraven och avbryta upphandlingsförfarandet. Bolaget ansåg att det var rättsstridigt att inleda ett nytt upphandlingsförfarande i vilket det ursprungliga tilldelningskriteriet, det vill säga lägsta pris, ersattes med kriteriet det som helhet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Hansel hävdade vidare att det nya upphandlingsförfarandet utgjorde en förhandlingsomgång. Konkurrensrådet ansåg att avbrytande endast är möjligt om det finns sakliga skäl. Staden Imatra hade dock ett, med hänsyn till det allmänna intresset, giltigt skäl i den mening som avses i den finska lagen nämligen att allmänna medel skall användas på ett verkkningsfullt sätt. Konkurrensrådet ogillade därför talan.

Högsta förvaltningsdomstolen i Finland ansåg att det mot bakgrund av EG-domstolens dom i mål C-27/98, *Fracasso och Leitschutz* (REG 1999, sid. I-5697) inte var möjligt att avgöra frågan och ställde följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

1) Skall rådets varudirektiv 93/36/EEG tolkas så, att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbuds-förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan

avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbud, inser att den på grund av innehållet i anbudsinfordran inte har möjlighet att välja det anbud i vilket den mest fördelaktiga totalkostnaden erbjuds?

2) Påverkas skälet till att förfarandet avbryts av det förhållandet att innehållet i en anbudsinfordran är behäftat med ett fel som begåtts av den upphandlande myndigheten vid dess förhandsbedömning?

EG-domstolen konstaterade att den enda bestämmelse i direktiv 93/36 som specifikt avser beslut att avstå från en offentlig upphandling för vilken anbud begärts är artikel 7.2. I denna bestämmelse föreskrivs bland annat att de upphandlande myndigheterna så snart som möjligt skall underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om skälen för sitt beslut om de har beslutat att avstå från en upphandling. Motsvarande bestämmelse finns i 1 kap. 29 § LOU.

I målet *Fracasso och Leitschutz* hade den upphandlande myndigheten begärt in anbud avseende bygg- och anläggningsarbeten. Domstolen fastställde att artikel 8.2 i direktiv 93/37 inte föreskriver att möjligheten att avbryta en påbörjad upphandling, endast föreligger i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl.

I mål C-92/00, HI har domstolen vidare påpekat att artikel 12.2 i direktiv 92/50 skall tolkas så, att den visserligen innebär att den upphandlande myndigheten åläggs en skyldighet att underrätta anbudssökande och anbudsgivare om skälen för sitt beslut om den beslutar att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster, men att den inte innebär någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att fullfölja upphandlingen.

Domstolen har vidare preciserat att även om direktiv 92/50 inte innehåller någon specifik bestämmelse om de materiella eller formella villkoren för beslut att återkalla en anbudsinfordran, förutom kravet på underrättelse om skälen för sådana beslut, omfattas direktivet ändå av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna, särskilt av de principer om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som fastslagits i EG-fördraget.

Syftet med upphandlingsdirektiven, att öppna upp för konkurrens och insyn, skall säkerställas genom en miniminivå av insyn i de offentliga upphandlingsförfarandena som gör det möjligt att kontrollera att principen om likabehandling iakttas.

Den finska domstolens frågor besvarades på följande sätt: Varudirektiv 93/36 ”skall tolkas så, att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbud, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.”

## Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen

### Sekretess med anledning av överprövning

Kammarrätten i Stockholm har den 13 juni 2003 meddelat dom i ett mål om utlämnande av allmänna handlingar (mål nr 2982-03).

Stockholms läns landsting hade genomfört en upphandling av städtjänster. En leverantör begärde att få ta del av samtliga avgivna anbud, ett komplett utvärderingsprotokoll där även utvärdering av andra anbud än det vinnande ingick samt de referenser avseende anbudsgivarnas kompetens som legat till grund för utvärderingen. Leverantören ansökte därefter om överprövning av upphandlingen.

Landstinget beslutade att endast lämna ut vissa av de handlingar som leverantören begärt ut. Beslutet motiverades med att skada kunde antas uppkomma för landstinget om handlingarna lämnades ut och den pågående överprövningen medförde förordnande om att upphandlingen skulle göras om. Sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen förelåg därför enligt landstinget för de aktuella uppgifterna. Vidare anförde landstinget att skada i konkurrens hänseende kunde tänkas uppstå för en viss anbudsgivare om uppgifterna lämnades ut. Enligt landstinget förelåg därför även sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen.

Leverantören överklagade landstingets beslut till Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten fann att enbart den omständigheten att upphandlingen överklagats, och därmed kunde behöva göras om, inte utgjorde en tillräckligt konkretiserad risk för skada för att skaderekvisitet i 6 kap. 2 § skulle anses uppfyllt. Inte heller den risk för anbudskarteller och konkurrenssnedvridning som landstinget påtalat kunde enligt kammarrätten ligga till grund för antagande att ett utlämnande av handlingarna skulle medföra ekonomisk skada för landstinget. Kammarrätten fann vidare att de begärda handlingarna inte kunde anses innehålla sådana uppgifter att det kunde antas att anbudsgivaren skulle lida skada om uppgifterna i handlingarna röjdes. Sekretess förelåg därför enligt kammarrätten inte heller enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen.

## Ramavtal

### Rangordning av leverantörerna m.m.

Länsrätten i Södermanlands län har den 6 november 2003 meddelat dom i ett mål (mål nr 2098-03 E) rörande upphandling av ramavtal avseende bostadsanpassning för synskadade. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling.

Länsrätten konstaterade inledningsvis att det av förfrågningsunderlaget framgick att den upphandlande enheten (kommunen) varken garanterat några inköpsvolymmer eller haft för avsikt att rangordna ramavtalsleverantörerna. I ramavtalsleverantörernas åtagande ingick vidare att informera kommunens olika enheter, förvaltningar och

tillhörande bolag som omfattas av ramavtalet och själva med aktiv marknadsföring påverka kommunens enheter så att avrop gjordes i enlighet med ramavtalet.

Länsrätten uttalade därefter att "[m]öjligheterna till förutsebarhet och öppenhet reduceras betänkligt för en anbudsgivare när uppgifter om rangordning, procentuell fördelning av inköpsvolymen saknas. Kravet på att antagna leverantörer själva skall påverka olika enheter genom aktiv marknadsföring för att avrop sker i enlighet med ramavtalet riskerar att tillsammans med ovan angivna avtalsvillkor leda till förhandlingssituationer i strid mot syftet med LOU och reglerna om öppen upphandling. Av utredningen får anses framgå att ovan angivna utformning av Nyköpings kommuns förfrågningsunderlag inte kan anses förenlig med principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och de principer som gäller inom gemenskapsrätten. Ramavtalet i sin nuvarande utformning strider mot principen om transparens."

Länsrätten förordnade att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelsen skulle "... göras så att leverantörerna rangordnas och att den totala inköpsvolymen delas upp samt att förhandlingssituationer i strid med LOU förhindras."

Domen har vunnit laga kraft.

Länsrätten i Stockholms län har den 7 november 2003 meddelat beslut i ett mål (mål nr 20303-03 E) rörande en ansökan om överprövning av en upphandlande enhets avrop från ett ramavtal avseende tekniska larm, larminstallationer och servicetjänster.

Länsrätten konstaterade inledningsvis att ramavtal slutits den 15 april 2003, att tilldelningsbeslut meddelats den 3 april 2003, att tiodagarsfristen för överprövning (se 7 kap. 1 § LOU) löpt ut och att länsrätten därför inte hade möjlighet att pröva en ansökan om överprövning av den upphandlingen. Länsrätten uttalade därefter att "[e]n förutsättning för att avropsavtalet skall kunna överprövas av länsrätten är att det skulle strida mot ramavtalet i sådan utsträckning att det skulle utgöra en otillåten direktupphandling. Ingenting har emellertid framkommit som ger stöd för att så skulle vara fallet."

Länsrätten avvisade därför ansökan om överprövning. Beslutet har vunnit laga kraft.

*NOU:s kommentar:* Ett ramavtal i vilket samtliga villkor fastställts (såsom rangordning, priser och volymer) utgör ett upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU och upphandlingsdirektiven. Avrop från ett sådant ramavtal utgör endast utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och innebär således inte att det sker någon ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Ett avrop från ett sådant ramavtal kan därför, som framgår av den ovan refererade domen från Länsrätten i Stockholms län, endast överprövas av länsrätten om det strider mot eller går utöver ramavtalet i sådan utsträckning att det innebär att ett nytt upphandlingskontrakt tilldelas genom otillåten direktupphandling.

Ett ramavtal i vilket samtliga villkor inte fastställts utgör inget upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU och upphandlingsdirektiven. Varje beställning från ett sådant ramavtal (ibland felaktigt kallat avrop) innebär tilldelning av ett nytt upphandlingskontrakt. Varje utnyttjande av ett sådant ramavtal måste därför föregås av en upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Eftersom varje utnyttjande

av ett sådant ramavtal innebär att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt, skall varje utnyttjande följas av ett tilldelningsbeslut i enlighet med 1 kap. 27 § LOU och varje sådant utnyttjande av ramavtalet kan överprövas av länsrätten.

En sammanställning av svensk rättspraxis rörande ramavtal återfinns i materialet från NOU:s upphandlingskonferenser, vilket finns tillgängligt på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Tidpunkten för begäran om överprövning

Länsrätten i Stockholm har i en dom i mål nr 17917-03E uttalat att talerätt uppkommer först när ett beslut om upphandlingen fattats. I domen fann länsrätten att talerätt inte föreligger mot beslut att undersöka möjligheten att inom stadsdelen utveckla någon form av äldrevårdskoncept med tre olika leverantörer som samarbetspartners. Länsrätten ansåg att något upphandlingsförfarande inte kunde anses ha inletts, eftersom ett beslut i ärendet skulle fattas senare. Inte heller kunde landstingets underlåtenhet att inom viss tid förlänga avtalet med det klagande bolaget överprövas enligt LOU. Länsrätten avvisade därför ansökan.

### Även en leverantör som uteslutits kan begära överprövning

Kammarrätten i Stockholm fastställde i mål nr 6401-03 att en leverantör vars anbud förkastats vid kvalificeringen har talerätt. En upphandlande enhet överklagade länsrättens dom med motiveringen att en anbudsgivare som varken uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställda absoluta krav (angivet bevis om ekonomisk stabilitet) eller alla kvalificeringskriterier inte kan vinna kontraktet och därmed bli leverantör. Kammarrätten meddelade prövningstillstånd och angav att det i länsrätten sökande bolaget i sin begäran om överprövning anfört att bolaget i kvalificeringsfasen felaktigt blivit uteslutet från upphandlingen, innan utvärderingen av anbuderna skett. Bolaget har således deltagit i upphandling och frågan om det varit rätt att förkasta bolagets anbud är föremål för länsrättens prövning. Bolaget hade därför rätt att begära en överprövning av upphandlingen. Kammarrätten avtog den upphandlande enhetens överklagande. (Jfr EG-domstolens mål C-249/01 Hackermüller som refererats i NOU info okt. –03.)

### Antalet inhibitioner synes ha ökat

NOU har tidigare noterat att många yrkanden om interimistiskt förordnande (inhibition) i länsrätterna avvisats med en motivering som liknar den följande: ”Vad



bolaget anfört och vad som hittills framkommit i målet ger enligt länsrättens mening inte anledning att förordna att upphandlingen, i avvaktan på slutlig prövning, inte får avslutas.” Under hösten 2003 kan dock noteras en viss ökning i rätternas benägenhet att meddela interimistiska förordnanden. Som två exempel kan nämnas:

*Kammarrätten i Göteborg* har i mål nr 5716-03 beslutat att Kronofogdemyndigheten i Karlstad inte fått avsluta upphandlingen innan länsrätten avgjort målet slutligt eller beslutat något annat. Kammarrätten betonade att det inte framstod som osannolikt att myndigheten begått ett fel som haft betydelse för utgången i målet. Kammarrätten ansåg inte att skadan för den upphandlande enheten - att delgivningsverksamheten måste löpa utan avbrott - framstod som större än skadan för bolaget om detta gick miste om upphandlingen.

*Regeringsrätten* har i mål nr 7276-03 fattat ett interimistiskt beslut när domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra. Målet mellan Sharp Electronic Nordic AB och VHS inkom till Regeringsrätten med ett yrkande om interimistiskt beslut. Länsrätten hade tidigare avslagit ansökan och kammarrätten hade vägrat prövningstillstånd i målet. Målet kom in till Regeringsrätten under förmiddagen den 17 oktober 2003. Avtalet skulle enligt uppgift i länsrätten tecknas ”tidigast” den 17 oktober 2003. Regeringsrätten beslutade samma dag att upphandlingen inte fick avslutas, innan rätten beslutat något annat. Beslutet expedierades under eftermiddagen samma dag, men VHS uppgav att kontrakt redan tecknats under förmiddagen, således innan Regeringsrättens beslut meddelades. Sharp påtalade ett antal otydligheter och frågetecken rörande omständigheterna kring de påstådda undertecknandena. Regeringsrätten fann dock inte att det funnits skäl att ifrågasätta uppgifter att avtalet undertecknats under den angivna förmiddagen och att upphandlingskontrakt därmed förelegat. Regeringsrätten upphävde därför sitt interimistiska förordnande och avskrev målet.

*NOU:s kommentar:* Målet får anses visa att det enligt regeringsrättens mening är berättigat att förordna om interimistiskt beslut när möjligheterna till överprövning annars skulle upphöra. Vid sådant förordnande i länsrätt eller kammarrätt bör observeras att en ny frist om tio dagar börjar löpa efter det att det interimistiska förordnandet upphävts.

## Miljö

### Miljökriterier som utvärderingsgrunder – krav på el från förnybara energikällor

EG-domstolen har meddelat ett förhandsavgörande till en Österrikisk domstol (Bundesvergabeamt) i mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich.

EG-domstolen behandlade frågan huruvida gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt artikel 26 i direktiv 93/36 (varudirektivet), utgör hinder för att en upphandlande enhet vid en upphandling av elförsörjning tillämpar ett kriterium

enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor.

Vid en upphandling av elförsörjning till samtliga avdelningar inom den statliga förvaltningen i delstaten Kärnten angavs: "Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt följande kriterier: Tjänsternas miljöpåverkan enligt kontraktshandlingarna". Elleverantören skulle förplikta sig att så långt som det var tekniskt möjligt leverera el från förnybara energikällor och inte under några omständigheter leverera el som han visste hade producerats med kärnkraft. Elleverantören var inte skyldig att inge handlingar som visade varifrån elen köptes och i förfrågningsunderlaget angavs att den upphandlande enheten var medveten om att det av tekniska skäl inte var möjligt för någon leverantör att garantera att elen kom från förnyelsebara energikällor. Den årliga förbrukningen vid de statliga avdelningarna uppskattades till ungefär 22,5 GWh och avtal skulle ingås med anbudsgivare som årligen producerade minst 22,5 GWh el från förnybara energikällor. Anbud som inte innehöll några bevis på att "anbudsgivaren under de senaste två åren och/eller under kommande två åren har producerat eller köpt, respektive skall producera eller köpa minst 22,5 GWh el från förnybara energikällor som denna har levererat, eller skall leverera till slutkonsumenter" skulle underkännas. Kriterier "el från förnybara energikällor" skulle vägas in med 45 % och hänsyn skulle endast tas till den årliga mängd el utöver 22,5 GWh som kunde levereras från förnybara energikällor.

EVN och Wienstrom väckte talan vid en nationell domstol som ställde ett antal tolkningsfrågor till EG-domstolen.

Den nationella domstolen undrade om ett kriterium för tilldelning av kontrakt enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor är förenligt med gemenskapsrätten, om man beaktar att:

- kriteriet skall vägas in med 45 %,
- kriteriet inte är förenat med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den lämnade informationen är korrekt eller möjliggör att det avsedda syftet uppnås,
- en viss leveransdag inte fastställs,
- det krävs att anbudsgivarna anger hur mycket el från förnybara energikällor de kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare och det maximala antalet poäng tilldelas den anbudsgivare som anger störst mängd och endast den mängd beaktas som överskrider den inom ramen för upphandlingen förväntade konsumtionen.

Med hänvisning till mål C-513/99 Concordia Bus Finland konstaterade EG-domstolen att inte samtliga kriterier som används för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste vara av rent ekonomisk art samt att bestämmelserna om offentlig upphandling inte utgör hinder för att vid upphandling av elförsörjning tillämpa ett kriterium enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor under förutsättning att kriteriet:

- har ett samband med kontraktets föremål,

- inte ger myndigheten obegränsad valfrihet,
- uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling
- och är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen.

Avseende kriteriets viktning med 45 % erinrade EG-domstolen om rättspraxis av vilken följer att en upphandlande enhet kan välja kriterier för tilldelning av kontrakt och bestämma viktningen av dessa under förutsättning att gemenskapsrätten iakttas och att en utvärdering kan göras på grundval av kriterierna för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Avseende det aktuella kriteriet i målet hänvisade EG-domstolen till att Europeiska gemenskaperna och dess medlemsstater har föresatt sig att motverka klimatförändringar och att det är en viktig prioritering för gemenskapen att med hjälp av marknadskrafterna öka de förnybara energikällornas andel av elproduktionen på den inre marknaden. Med hänsyn till att det är ett betydelsefullt syfte som ligger bakom och att det inte visats att gemenskapsrätten åsidosatts, konstaterade EG-domstolen att en viktning på 45 % av kriteriet i målet inte strider mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

EG-domstolen konstaterade vidare att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten.

Domstolen fastslog att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbuden samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna.

Avseende frågan om det aktuella kriteriet strider mot gemenskapsbestämmelserna genom att det inte nödvändigtvis bidrar till att öka produktionen av el från förnybara energikällor, påpekade EG-domstolen att ”även om så verkligen är fallet, kan ett sådant kriterium inte anses strida mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling endast på grund av det inte nödvändigtvis medför att det avsedda syftet uppnås”.

EG-domstolen fann att den omständigheten att leveransdatum inte fastställts för den mängd som anbudsgivarna skulle uppge att de kunde leverera och att den upphandlande myndigheten underlät att ange i anbudsinfordran för vilken period anbudsgivarna skulle ange den mängd el från förnybara energikällor de kunde producera, kan innebära att principerna om likabehandling och insyn åsidosatts om det visar sig att det blivit svårt eller omöjligt för anbudsgivarna att förstå den exakta innebörden av kriteriet och därmed tolka det på samma sätt.

EG-domstolen överlät åt den nationella domstolen att kontrollera om kriteriet utformats tillräckligt klart för att uppfylla de krav på likabehandling och insyn som ställs vid offentlig upphandling.

Slutligen fastslog EG-domstolen att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling inte tillåter ett krav på att anbudsgivarna anger hur mycket el från förnybara de kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare, varvid det maximala antalet poäng tilldelas den anbudsgivare som anger störst mängd, och det preciseras att endast den mängd beaktas som överskrider den konsumtion som förväntas inom ramen för upphandlingen.

Domstolen erinrade om att kriterier avseende ekologi som används som utvärderingskriterier i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall ha ett samband med föremålet för kontraktet. Domstolen konstaterade att det aktuella kriteriet inte avsåg den tjänst som skulle upphandlas ”dvs. leveransen av el till den upphandlande myndigheten av sådan mängd som motsvarar den inom ramen för upphandlingen förväntade årliga konsumtionen utan kriteriet avser den mängd som anbudsgivarna levererat eller skall leverera till andra kunder än den upphandlande enheten” och därför inte kunde anses ha ett samband med kontraktets föremål.

Ett sådant kriterium kan innebära att de anbudsgivare gynnas som på grund av sin produktions- eller leveranskapacitet kan leverera större mängder el än andra och att de anbudsgivare som till fullo uppfyller de villkor som har ett samband med föremålet för kontraktet oberättigat diskrimineras.

Domstolen påpekade även att leveranssäkerhet i princip kan ingå bland de kriterier som läggs till grund för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet men att det inte går att som utvärderingskriterium ange anbudsgivarnas förmåga att leverera största möjliga mängd el utöver den mängd som fastställts i upphandlingen.

## Upphandling enligt 6 kap LOU

### Tillämpning av undantaget för direktupphandling på grund av synnerliga skäl

I prop. 2001/02:142 anges: ”Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- eller boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning.”

Till NOU har inkommit en skrivelse i vilken två anhöriga klagar på att en upphandlande enhet gjort en sådan direktupphandling. De anhöriga har uppgett att patienterna inte vill ha den leverantör som den upphandlande enheten hade för avsikt att direktupphandla. Samma personer har även begärt överprövning hos länsrätten som inte tagit ansökningarna upp till prövning i sak eftersom de sökande inte var leverantörer och inte hade talerätt.

NOU uppmärksammar ärendet eftersom länsrättens dom är formellt riktigt men tillämpningen av LOU i detta fall svårligen kan anses överensstämma med lagstiftarens avsikt. NOU anser att ett undantag på grund av synnerliga skäl, för

vilket den upphandlande enheten har bevisbördan, inte skall kunna åberopas i situationer där den som vården är avsedd för, direkt eller genom ombud, motsätter sig den föreslagna vården och anser att ett byte av leverantör bättre hade tillgodosett hans behov.

## Statistik

### Statistik avseende år 2002

Statistiken över upphandlingar som slutfördes under år 2002 är nu klar och en sammanställning av resultatet redovisas nedan. Statistiken inkluderar samtliga upphandlingar som genomförts inom försörjningssektorerna och upphandlingar genomförda av statliga myndigheter. Däremot ingår inte kommuners och landstings upphandlingar under tröskelvärdena.

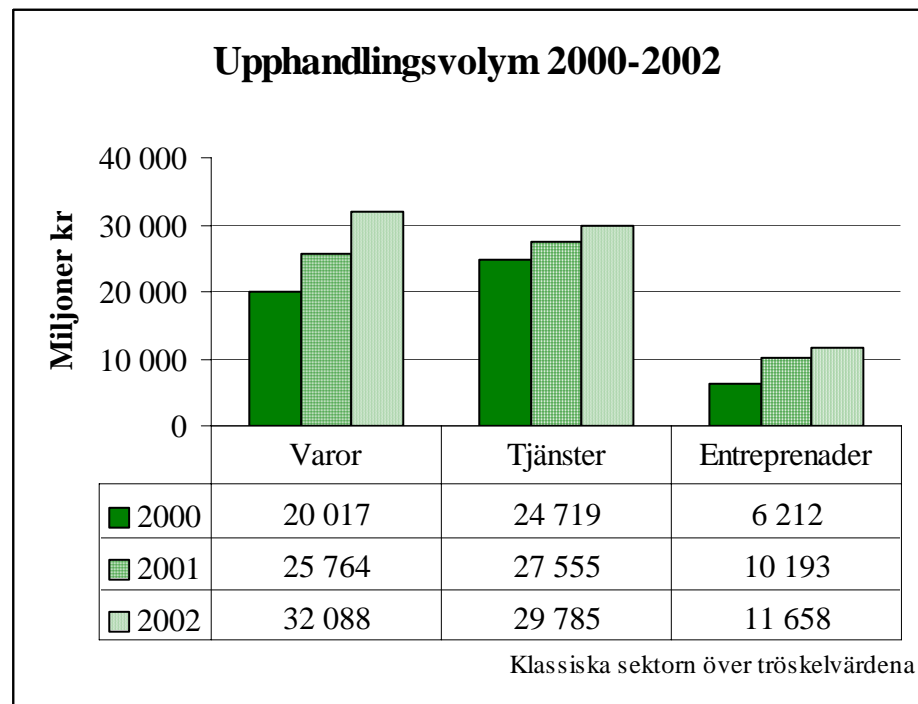
Enligt sammanställningen uppgick den offentliga upphandlingen i Sverige år 2002 till närmare 122 miljarder kronor. Det är inte möjligt att säkert säga hur väl den siffran överensstämmer med verkligheten. Upphandlingskommittén (SOU 1999:139) uppskattade år 1999 att den sammanlagda upphandlingsvolymen som regleras i LOU uppgick till omkring 400 miljarder kronor per år. Detta skulle i sådana fall motsvara drygt 23 procent av BNP. Till viss del kan skillnaden förklaras av att upphandlingskommittén även inkluderat samtliga upphandlingar under tröskelvärdena. En annan förklaring kan vara den bristfälliga efterannonseringen av upphandlingar som gör NOU:s statistik osäker. Upphandlingskommitténs uppgifter förefaller även inkludera vissa statliga bolag som inte anser sig omfattas av LOU och vissa privata bolag som tidigare tillhörde försörjningssektorerna.

De värden som redovisas i statistiken avseende upphandlingar över tröskelvärdena bygger på den efterannonsering som görs när en upphandling är avslutad. Eftersom många upphandlande enheter alltjämt inte efterannonserat på det sätt som anges i LOU, har SCB, som på NOU:s uppdrag genomför sammanställningen, tvingats begära in kompletterande uppgifter för hela 2300 upphandlingar. En vanlig brist är att det i många annonser saknas uppgift om upphandlingens värde. I annonsen skall upphandlingens hela värde, inklusive eventuella optioner, anges.

**Klassiska sektorn över tröskelvärdena 2002 (miljoner kronor)**

	Varor		Tjänster		Entreprenader		Totalt	
	Antal	Värde	Antal	Värde	Värde	Antal	Antal	Värde
Kommuner	620	11 428	731	10 913	86	2 639	<b>1 437</b>	<b>24 980</b>
Landsting	398	7 573	156	5 929	71	744	<b>625</b>	<b>14 246</b>
Staten	280	4 724	505	11 285	59	5 384	<b>844</b>	<b>21 396</b>
Övriga <sup>*)</sup>	75	8 363	229	1 658	73	2 891	<b>377</b>	<b>12 912</b>
<b>Totalt</b>	<b>1 373</b>	<b>32 088</b>	<b>1 621</b>	<b>29 785</b>	<b>289</b>	<b>11 658</b>	<b>3 283</b>	<b>73 531</b>

<sup>\*)</sup> Bolag m.m.



Ovanstående siffror, liksom siffrorna i övriga tabeller, skall tolkas mycket försiktigt. På grund av bristande efterannonsering går det inte att med säkerhet fastställa om de ökade volymerna beror på att upphandlingen i Sverige ökar eller om de beror på förbättrad efterannonsering.

**Försörjningssektorerna över tröskelvärdena 2002 (miljoner kronor)**

	Varor		Tjänster		Entreprenader		Totalt	
	Antal	Värde	Antal	Värde	Värde	Antal	Antal	Värde
Totalt	170	1 775	159	12 810	96	2 802	425	17 387

**Försörjningssektorerna under tröskelvärdena:** 11 019 miljoner kronor.

**Statliga myndigheter under tröskelvärdena 2002 (miljoner kronor)**

	Varor	Tjänster	Entreprenader	Totalt
Totalt	5 304	9 624	5 132	20 060

## Övrigt

### Rättsfall från EG-domstolen och generaladvokatens yttrande

NOU redovisar löpande de mest intressanta rättsfallen från EG-domstolen avseende offentlig upphandling i NOU info. För dem som är intresserade av att läsa hela rättsfallen kan det vara intressant att veta hur man hittar dessa. EG-domstolens webbplats på svenska återfinns på adressen <http://europa.eu.int/cj/sv/index.htm>.

För att se vilka domar m.m. som kan förväntas inom en snar framtid klickar man på "Kalendrar" under "Nyheter:". Man kommer då till EG-domstolens veckokalender med planerade avgöranden under de närmaste veckorna. Rättsfall som behandlar upphandlingsfrågor definieras som "Bolagsrätt". Även generaladvokatens planerade yttranden redovisas här.

För att söka efter ett visst rättsfall klickar man på "Rättspraxis" under "Rättsfall". Rättsfall sedan juni 1997 återfinns under "Domstolens och förstainstansrättens rättspraxis". Söker man efter en viss dom där man har målnumret, går det att söka både på "Samtliga dokument" och enbart på "Domar". Söker man på "Samtliga dokument" får man även fram generaladvokatens yttrande i målet. Har man inte tillgång till målnumret, kan man istället använda datum, parternas namn, område eller sökord för att hitta rätt. Området för offentlig upphandling är här oftast "Associationsrätt". Den som är intresserad att se vilka domar om offentlig upphandling som kommit, kan välja "Associationsrätt" avseende område och fylla i orden offentlig upphandling under "sökord". Man får då en lista på samtliga rättsfall om offentlig upphandling (samt några om konkurrensregler m.m.) sedan juni 1997.

För domar om offentlig upphandling som avgjorts före juni 1997 måste man istället gå till rubriken "Mål som anhängiggjorts vid domstolen" och sedan "från 1953 till 1988" eller "sedan 1989". Även här klassificeras upphandlingsmål som

”Associationsrätt”. Här redovisas alla inkomna mål, även de vilka ännu inte börjat handläggas.

Värt att notera är att textinnehållet i en dom som återfinns på EG-domstolens hemsida kan skilja sig från den officiella versionen av domen. Den officiella versionen återfinns endast i tryckt form i ”Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt” (EGT).

Generaladvokaterna har till uppdrag att förbereda målen åt EG-domstolen och lämna förslag till avgörande. För varje mål utses en särskild generaladvokat. Domstolen är normalt skyldig att höra generaladvokaten i processuella frågor, innan beslut fattas. Generaladvokaten är även närvarande och kan ta aktiv del i en muntlig förhandling. Han tar dock inte del i utformningen av själva domen, vilket sker bakom stängda dörrar. Generaladvokatens förslag till avgörande, vilka ibland visar sig inte ligga i linje med domen, är på intet sätt prejudicerande. NOU redogör därför inte längre för generaladvokatens yttranden i NOU *info*.

Något som diskuteras inför EU:s nya konstitution är om generaladvokaterna vid EG-domstolen skall avskaffas, bl.a. till följd av harmoniseringen med reglerna för Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter i Strasbourg.



## NOU:s nyhetsbrev oktober 2003

Nyhetsbrevet är sent denna gång, så det blir tätt till nästa. Våra konferenser har väl sysselsatt oss lite utöver vad vi normalt ska hinna med. Men vi är glada över att så många vill lyssna på oss. Den extrainsatta konferensen får t.o.m. fler deltagare än den första.

Eftersom jag fått tillräckligt mycket utrymme på konferenserna för att säga mitt hjärtas mening, så avstår jag från att lägga ut texten mera här. Vi har också för avsikt att lägga ut OH-bilderna från konferensen på vår webbplats.

Som vanligt innehåller nyhetsbrevet en hel del rättsfall, som vi tror att man kan dra lärdom av. Och så, förstås kan man nästan säga, några ytterligare kommentarer runt tilldelningsbeslut och offentlighet och sekretess.

Med önskan om en november som blir ljusare och gladare än tidigare ”novembar”!

Margareta Hentze

## Innehåll

Upphandlande enhet.....	3
Svensk Kassaservice AB.....	3
Tillämpning av LOU .....	3
Lagen om offentlig upphandling och sponsring.....	3
Överföring av påstådd ensamrätt enligt 5 kap. 2 § LOU.....	5
Upphandling av marknadsföringsåtgärder .....	5
Förfrågningsunderlaget .....	6
Antalet referenser som utvärderingskriterium m.m.....	6
Leverantörskvalificering/urval .....	7
Komplettering .....	7
Allvarligt fel i yrkesutövningen .....	8
Tilldelningsbeslut.....	9
Avtalsslutande inom tiodagarsfristen.....	9
Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen.....	10
Sekretess efter avbrytande av upphandling.....	10
Rättsmedel och processrättsliga frågor .....	11
Rättsfall från EG-domstolen .....	11
Köp från bolag som en upphandlande enhet har ägarandel i.....	15
Domstolars möjlighet till prövning av fel som inte uttryckligen påtalats, s.k. ex officio-prövning.....	16
Miljö.....	16
Krav på att en leverantör skall ha miljöledningssystem .....	16
Sociala hänsyn, inklusive arbetsrätt .....	17
Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.....	17
Förändring av regelverket .....	19
On-linesamråd om rättsmedelsdirektiven.....	19

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info oktober -03"

## Upphandlande enhet

### Svensk Kassaservice AB

I NOU:s tillsynsverksamhet 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” vara skyldiga att följa bestämmelserna i LOU vid köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Posten AB har i samband med NOU:s förfrågningar åren 1998 – 2000 meddelat att inget av de bolag som ingick i Postkoncernen var upphandlande enhet. Denna bedömning delades inte av NOU, i synnerhet inte beträffande den del av verksamheten som bestod av att förmedla betalningar. Posten AB:s dotterbolag Svensk Kassaservice AB, som bl.a. bedriver kassaservice över disk, har nu med anledning av en förfrågan från NOU meddelat att bolaget anser sig vara en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU och att det därför tillämpar LOU vid tilldelning av kontrakt utanför den egna juridiska personen.

## Tillämpning av LOU

### Lagen om offentlig upphandling och sponsring

Den 13 februari 2003 gav regeringen i uppdrag till NOU att klarlägga under vilka förutsättningar LOU är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter. Regeringen beslutade samtidigt att ge i uppdrag till Statkontoret att bl.a. lämna förslag till definition av begreppet sponsring samt ta fram generella kriterier för sponsring för myndigheter eller verksamheter. NOU redovisade sin utredning till regeringen den 27 augusti 2003. Rapporten återfinns på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se). Statskontorets rapport återfinns på dess webbplats, [www.statskontoret.se](http://www.statskontoret.se).

NOU inledde med att konstatera att de regler som kunde vara aktuella vid en bedömning av frågan om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU är desamma för samtliga upphandlande enheter. Orsaken är att LOU i detta avseende inte gör någon skillnad mellan upphandlande enheter.

NOU konstaterade vidare att ett avtal måste innehålla *ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor* och avse en upphandlande enhets köp, leasing, hyra eller hyrköp för att omfattas av reglerna i LOU. För att få klarhet i om ett avtal ska upphandlas enligt LOU, måste således den upphandlande enheten *i varje enskilt fall* avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen. Upphandlande enheters försäljning, liksom rena gåvor till upphandlande enheter, omfattas inte av reglerna i LOU.

Avtal om sponsring med *varor eller tjänster* ska i vissa fall upphandlas enligt LOU. Upphandlingskyldigheten inträder då sponsorn bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande enhet och i gengäld av enheten erhåller varor eller tjänster, s.k. barteravtal, eller kontanta medel. Är avtalet om leverans av varor eller tjänster utan förpliktelser för den upphandlande enheten, utgör varorna eller tjänsterna en gåva, vilken inte omfattas av reglerna i LOU. Att en upphandlande enhet endast åtar sig att upplysa om att en leverantör sponsrat den upphandlande enheten med varor eller tjänster, innebär normalt inte att avtalet innehåller sådana förpliktelser för enheten att det kan anses utgöra ett upphandlingskontrakt.

Sponsring med endast *kontanta medel* kan aldrig omfattas av reglerna i LOU. Är avtalet utan förpliktelser för den upphandlande enheten utgör de kontanta medlen en gåva. Avtal om gåvor behöver inte upphandlas enligt LOU, eftersom sådana avtal inte innehåller ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor. Om avtalet innehåller förpliktelser för den upphandlande enheten att tillhandahålla varor eller tjänster innebär avtalet i juridisk mening en försäljning från den upphandlande enheten, vilken inte omfattas av reglerna i LOU.

NOU konstaterade att det inte är möjligt att definiera vilka typer av sponsring som ska upphandlas enligt LOU enbart på grundval av ett företags rätt till skattemässigt avdrag för sin sponsring, eftersom skattelagstiftningen inte gör skillnad mellan sponsring med varor och tjänster och sponsring endast med kontanta medel. Inte heller den definition som presenteras av Statskontoret är möjlig att använda som enda utgångspunkt för att avgöra om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU, eftersom inte heller den gör någon åtskillnad mellan de olika typer av sponsring som förekommer.

Inga andra EU-länder har, enligt den kartläggning NOU utfört, i lag eller annan författning reglerat förhållandet mellan sponsring och offentlig upphandling. EG-kommissionen avser att under 2003 ge ut en grönbok avseende de olika former av samarbeten mellan det offentliga och det privata som förekommer i EU:s medlemsländer och i EES-länderna. Fenomenet sponsring kan då komma att belysas.

NOU avslutade kartläggningen med att konstatera att de regler som redogörs för i kartläggningen inte automatiskt kan tillämpas när en upphandlande enhet bidrar med varor, tjänster eller kontanta medel till en annan juridisk person.

## Överföring av påstådd ensamrätt enligt 5 kap. 2 § LOU

Länsrätten i Stockholm län har i två domar den 4 juni 2003 (mål nr 10912-03 E samt mål nr 10893-03 E) funnit att Värmdö och Nacka kommuner inte har lagstadgad ensamrätt att hantera avfall, och därmed inte kunnat överföra någon sådan påstådd ensamrätt till en annan juridisk person.

Värmdö/Nacka kommun upphandlade förbränning av brännbart säck- och kärllämnat hushållsavfall samt brännbar fraktion av hushållens grovavfall utan konkurrensutsättning direkt från AB Fortum Värme. Kommunerna hävdade att de slutit avtal genom förhandlad upphandling utan annonsering med stöd av 5 kap. 2 § LOU, bl.a. på grund av att Värmdö/Nacka kommun hade ensamrätt att utföra den aktuella tjänsten. Kommunerna hade genom avtalet valt att lägga ut hela bortforslingen och destruktionen av avfallet på entreprenad, vilket de menade innebar att AB Fortum Värme övertagit kommunernas ensamrätt.

Länsrätten konstaterade att AB Fortum Värme i det aktuella fallet inte hade sådan ensamrätt som avses i 5 kap. 2 § LOU att utföra de aktuella tjänsterna. Några andra skäl för direktupphandling hade heller inte visats av kommunerna. Länsrätten förordnade därför att upphandlingarna skulle göras om.

Kommunerna överklagade domen till kammarrätten som inte meddelade prövningstillstånd.

## Upphandling av marknadsföringsåtgärder

Länsrätten i Södermanlands län meddelade i dom den 15 september 2003 (mål nr 1537-03) att Nyköpings kommuns upphandling av marknadsföringsåtgärder skulle göras om.

Kommunen hade köpt marknadsföringstjänster utan föregående upphandling i konkurrens av Ryanair plc, till ett värde av 50 miljoner kronor. Kommunen hävdade i första hand att avtalet inte omfattade sådana tjänster som ska upphandlas enligt LOU. I andra hand hävdade kommunen att om tjänsterna omfattades av LOU, hade kommunen haft rätt att använda undantaget i 5 kap. 17 § punkt 1 LOU (förhandlad upphandling utan föregående annonsering), eftersom de tjänster som omfattades av avtalet endast kunde levereras av Ryanair plc. Bolaget var nämligen det enda flygbolag som var etablerat på Skavsta flygplats.

Länsrätten, vilken begärt yttrande från NOU, konstaterade att de i avtalet ingående tjänsterna var sådana att de skulle upphandlas enligt LOU. Vad avsåg kommunens

rätt att använda undantaget i 5 kap. 17 § punkt 1 LOU konstaterade länsrätten att kommunen inte kunde anses ha visat att det inte funnits någon annan leverantör som kunnat tillhandahålla de aktuella marknadsföringstjänsterna till kommunen. Länsrätten konstaterade även att kommunen vid upphandlingen inte tillämpat det förfarande som föreskrivs för förhandlad upphandling utan annonsering. Slutligen konstaterade länsrätten att avtalet kunde prövas, eftersom kommunen inte följt reglerna avseende utlämnande av information enligt 1 kap. 28 § LOU och att tidsfristen på 10 dagar i 7 kap. 1 § tredje stycket LOU därför inte börjat löpa. Länsrätten beslutade att Nyköping kommuns upphandling av marknadsföringstjänster skulle göras om.

Nyköpings kommun har den 7 oktober –03 överklagat länsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm, vilken den 10 okt. –03 beviljade prövningstillstånd (mål nr 6364-03). NOU återkommer med referat av Kammarrättens dom.

## Förfrågningsunderlaget

### Antalet referenser som utvärderingskriterium m.m.

EG-domstolen har i juni 2003 meddelat ett förhandsavgörande till en österrikisk domstol (Bundesvergabeamt) i mål C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) och Österreichische Autobahnen und Schnellstraße.

Frågorna som ställts hade uppkommit i en tvist avseende en upphandling av en gatusopmaskin där GAT lämnat anbud. Den upphandlande enheten hade i förfrågningsunderlaget angivit som kriterium för tilldelning av kontraktet *antalet* referenser från Europeiska unionens alpmråden och inte gjort någon innehållsmässig bedömning av huruvida de erfarenheter som de angivna referenserna haft av varan varit bra eller dåliga. Den upphandlande enheten hade även angivit som tilldelningskriterium att det skulle finnas möjlighet att besiktiga maskinen inom ett avstånd av 300 km från den ort där den upphandlande enheten var belägen. Frågorna gällde huruvida direktiv 93/36 utgör hinder för sådana tilldelningskriterier.

Domstolen konstaterar till att börja med att direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet) inte utgör hinder för att ett prövningsorgan i ett skadeståndsmål ex officio (på eget initiativ) tar upp ett annat beslut av den upphandlande myndigheten än det ifrågasatta. Däremot får inte prövningsorganet efter en sådan ex officio-prövning ogilla anbudsgivarens talan med motiveringen att upphandlingsförfarandet under alla förhållanden var behäftat med oegentligheter och att anbudsgivarens eventuella skada skulle ha uppstått oberoende av den rättstridighet som görs gällande av anbudsgivaren.

Mot bakgrund av det föreskrivna tilldelningskriteriet ”antal referenser i Europeiska unionens alpområde” påpekar domstolen, att kontrollen av leverantörernas lämplighet i fråga om att leverera de varor som är föremål för upphandling samt själva tilldelningen av kontraktet är två skilda moment i förfarandet i offentlig upphandling. Tilldelningen av kontrakt skall ske efter det att leverantörernas lämplighet har kontrollerats och olika bestämmelser är tillämpliga på respektive moment. En förteckning över de största leveranser som leverantörerna gjort de senaste tre åren, med angivande av belopp, datum och mottagare anges uttryckligen bland de referenser eller bevis som enligt artikel 23.1 a kan krävas för att visa leverantörernas tekniska kapacitet.

Domstolen konstaterar vidare att artikel 26.1 avseende tilldelning av kontrakt inte innehåller någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som kan tillämpas för tilldelning av kontrakt till den anbudsgivare som har inlämnat de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, men att kriterierna måste syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt domstolen ger en sådan enkel förteckning över referenser, som endast innehåller uppgifter om identitet och antal beträffande anbudsgivarnas tidigare kunder, ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och kan därför inte utgöra ett tilldelningskriterium. Domstolen finner således att direktiv 93/36 utgör hinder för att den upphandlande myndigheten i ett anbuds förfarande vid offentlig upphandling av varor beaktar *antalet* referenser att genomföra det aktuella kontraktet, som kriterium för tilldelning av detta kontrakt.

Domstolen konstaterar slutligen att ett kriterium, enligt vilket det krävs att de varor som anbuden avser skall kunna besiktigas av den upphandlande myndigheten inom ett avstånd av 300 km från den ort där myndigheten är belägen, inte kan utgöra ett kriterium för tilldelning av kontrakt, då ett sådant kriterium inte gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den mening som avses i artikel 26.1b varudirektivet. En upphandlande myndighet kan däremot enligt artikel 23.1 d (varudirektivet) kräva in prover, beskrivningar och/eller fotografier av de varor som skall levereras såsom referenser eller bevis på leverantörernas tekniska kapacitet att genomföra det aktuella kontraktet. Domstolen prövar dock inte om kriteriet strider mot principen om likabehandling.

## Leverantörskvalificering/urval

### Komplettering

NOU får ofta frågor från upphandlande enheter hur de skall hantera anbud från anbudsgivare som inte bifogat samtliga begärda handlingar. Kammarrätterna i Jönköping och Göteborg har meddelat domar i två upphandlingar där en sådan situation förelåg.

Kammarrätten i Jönköping har i en dom den 24 juni 2003 (mål nr 2379-03) uttalat sig i en upphandling gällande skolskjutstrafik. I den aktuella upphandlingen skulle vissa bilagor bifogas till anbudet, nämligen RSV:s blankett 4820 och kopia av anbudsgivarens trafikillstånd. De anbudsgivare som brast i dessa hänseenden kontaktades av den upphandlande enheten och gavs tillfälle att komplettera sina anbud, vilket de också gjorde. Kammarrätten menade att eftersom nämnda handlingar avsåg uppgifter från myndigheter innebar den upphandlande enhetens agerande i detta avseende inte att upphandlingen var behäftad med fel.

I en dom från den 22 augusti 2003 (mål nr 3001-03) har Kammarrätten i Göteborg bedömt huruvida en annan upphandlande enhets agerande i samband med utvärdering av ett sedermera vinnande anbud som saknade RSV:s blankett 4820, skett i överensstämmelse med LOU. Den upphandlande enheten hade ställt som krav att RSV:s blankett 4820 skulle bifogas ifylld för att anbudsgivaren skulle kunna delta i kvalificeringsomgången. En anbudsgivare hade vid anbudsöppningen inte inkommit med blanketten varpå den upphandlande enheten själv kontaktade skattemyndigheten och kronofogdemyndigheten och införskaffade de nödvändiga uppgifterna. Den berörde anbudsgivaren inkom senare även själv med blanketten men först sedan den upphandlande enheten fattat beslut om tilldelning. Kammarrätten menade att bestämmelsen i 6 kap. 8 § andra stycket LOU inte medger att den upphandlande enheten formlöst företar egna undersökningar på det sätt som hade skett. Eftersom anbudsgivarens egen komplettering inte skett före tilldelningsbeslutet hade det ankommit på kommunen att utesluta denne från upphandlingen.

NOU vill särskilt påpeka att rättsfallen skiljer sig åt såtillvida att det första av dem rör det fallet att anbudsgivaren på uppmaning av den upphandlande enheten inkommit med en komplettering medan det andra rättsfallet rör det fallet att den upphandlande enheten själv inhämtat uppgifter från skattemyndigheten och kronofogdemyndigheten. NOU anser att även det är fråga om en uppgift från en myndighet måste den upphandlande enheten beakta omständigheterna i det enskilda fallet, och göra en bedömning av om anbudet kan kompletteras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

NOU har tidigare uttalat sig om skillnaden mellan att medge rättelse av uppenbara fel i anbud och begära komplettering eller förtydligande av oklarheter i anbud (*NOU-info december-01*).

## Allvarligt fel i yrkesutövningen

Hovrätten för Västra Sverige har meddelat dom i ett skadeståndsmål (mål nr T 2750-02) avseende Borås kommuns upphandling av slamsugning. Den klagande



entreprenören (nedan kallad Bolaget) hade under många år haft i uppdrag från kommunen att utföra slamsugning. I samband med en upphandling 1994 erhöll en annan entreprenör uppdraget. Kommunen fick dock indikationer på att Bolaget fortsatte att utföra slamtömningsverksamhet inom den nye entreprenörens område. Vid ett möte uppmanade kommunen Bolaget att det omedelbart skulle upphöra med detta. Enligt kommunen fortsatte Bolaget även efter mötet med sin verksamhet. Vid nästa upphandling, 1998, uteslöt kommunen Bolaget från upphandlingen och åberopade att det gjort sig skyldigt till sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 1 kap. 17 § LOU.

Hovrätten konstaterar att ett fel som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse för upphandlingen (proportionalitetsprincipen). Hovrätten menar att Bolaget får anses ha gjort sig skyldigt till fel i yrkesutövningen i den mån det har utfört slamtömning i områden där en annan entreprenör har haft uppdrag att svara för verksamheten. Frågan är om felet är att betrakta som ett *allvarligt* fel i yrkesutövningen. Hovrätten anser att det, av vad kommunens angett, framgår att beslutet att utesluta Bolaget grundar sig på de slamtömningar som skett *efter* mötet med Bolaget. Kommunen har bara kunnat visa att tömning efter detta möte skett vid fyra tillfällen och Hovrätten anser att den omfattningen av otillåten verksamhet inte är att betrakta som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Vid sådant förhållande har det enligt Hovrätten inte varit motiverat att förkasta Bolagets anbud.

NOU:s kommentar är att det av rättsfallet framgår, att en upphandlande enhet måste åberopa fel som i betydelse står i proportion till vad upphandlingen avser. Det kan dock observeras att kommunen i sin bevisföring inte synes ha åberopat vad som inträffat under hela perioden sedan 1994 utan endast de fall som inträffat efter det att kommunen vid ett möte för bolaget påpekat att en annan entreprenör anlåtits.

## Tilldelningsbeslut

### Avtalsslutande inom tiodagarsfristen

NOU har i bl.a. Kort om LOU och NOU något missvisande angivit att en upphandlande enhet inte får sluta avtal förrän tio dagar gått sedan meddelandet om tilldelningsbeslut har lämnats. Skrivningen har föranlett frågor om det är *förbjudet* att sluta avtal under tiodagarsperioden. NOU vill därför förtydliga att det enligt LOU förutsätts att meddelandet om tilldelningsbeslutet skall lämnas men att det inte är förbjudet att sluta avtal innan tiodagarsfristen gått ut. En länsrätt kan dock ta upp en ansökan om överprövning till prövning trots att ett upphandlingskontrakt har slutits. En upphandlande enhet som sluter avtal under tiodagarsperioden löper därför i vissa fall risk att på civilrättsliga grunder bli skadeståndsskyldig gentemot den anbudsgivare med vilken avtal slutits, om länsrätten förordnar om att upphandlingen skall rättas eller göras om. Detta gäller dock inte om det i avtalet uttryckligen

angivits att avtalet gäller endast under förutsättning att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan om överprövning, inte förordnar om att upphandlingen skall rättas till eller göras om.

En upphandlande enhet skall genast eller så snart det är möjligt lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet och skälen för det. En ansökan om överprövning av upphandlingen kan emellertid prövas av länsrätten till dess att tio dagar gått från det att enheten lämnat sådan upplysning om tilldelningsbeslut. Överprövning kan ske även senare, om den upphandlande enheten inte avslutat upphandlingen genom ett upphandlingskontrakt. Enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU förutsätts att ett upphandlingskontrakt är a) skriftligt, b) att det ingåtts av en upphandlande enhet med en leverantör, c) att tilldelningen av avtalet skett i enlighet med LOU (dvs. inklusive kravet på att enheten lämnat meddelandet om tilldelningsbeslutet) samt d) att det undertecknats av parterna eller signerats med en elektronisk signatur.

Prövning kan vidare ske inom tio dagar från det att rätten upphävt ett interimistiskt beslut. Vid avslag på ansökan i länsrätten kan en klagande leverantör inte förlita sig på att han har tre veckor på sig att överklaga länsrättens dom eller beslut eftersom möjligheten att få prövning i kammarrätten går förlorad om en upphandlande enheten efter tiodagarsfristens utgång sluter ett avtal.

Tidsfristen på tio dagar gäller inte vid upphandlingar som rätteligen klassificeras som direktupphandling, upphandlingar enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU (sekretess, rikets säkerhet och försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning) eller upphandling som är absolut nödvändig att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten. Vid ansökan om överprövning av sådan upphandling måste länsrätten först försäkra sig om att klassificeringen är riktig. Om upphandlingen kan betraktas som t.ex. en otillåten direktupphandling, föreligger inte något formellt riktigt upphandlingskontrakt, vilket innebär att upphandlingen kan bli föremål för länsrättens prövning. (Jfr målet om upphandling av marknadsföringsåtgärder, sid. 4).

NOU hänvisar i övrigt till den utförligare information som lämnats i NOU info okt. och dec. –02 samt mars –03.

## Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen

### Sekretess efter avbrytande av upphandling

Kammarrätten i Jönköping har den 1 juli 2003 meddelat dom i ett mål om utlämnande av allmänna handlingar efter att en upphandling avbrutits (mål nr 2372-03).

Den upphandlande enheten meddelade den 24 maj 2003 tilldelningsbeslut i en upphandling av takisolering. Därefter avbröt den upphandlande enheten upphandlingen genom beslut den 2 juni 2003. En privatperson begärde därefter att få ta del av alla anbud som inkommit i upphandlingen. Den upphandlande enheten avslog emellertid denna begäran med hänvisning till 8 kap. 10 § sekretesslagen (sekretess för uppgift om affärsförhållanden för enskild som trätt i affärsförbindelse med en myndighet). Personen som begärt ut handlingarna överklagade därefter den upphandlande enhetens avslagsbeslut till kammarrätten.

Kammarrätten konstaterade inledningsvis att den upphandlande enheten anfört att en identisk upphandling skulle göras inom kort. Mot denna bakgrund och då anbudet innehöll bl.a. prisuppgifter, tekniska lösningar affärsidéer m.m., fann kammarrätten att de enskilda anbudsgivarna kunde komma att lida skada om uppgifterna lämnades ut. Sekretess gällde därför enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen för handlingarna i deras helhet. Domen har vunnit laga kraft.

NOU vill betona att domen avser en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och anser, mot bakgrund av tidigare rättspraxis, att det inte finns någon generell möjlighet för upphandlande enheter att sekretessbelägga alla handlingar i en upphandling och samtliga inkomna anbud, efter att en upphandling avbrutits. Den upphandlande enheten är alltid skyldig att, då någon begär att få ta del av allmänna handlingar, göra en prövning av om sekretess föreligger och därvid beakta omständigheterna i det enskilda fallet.

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

### Rättsfall från EG-domstolen

En leverantör som ”anser att han lidit eller kan komma att lida skada” kan ansöka om överprövning av en upphandling. För att få bifall till ansökan krävs inte bara att länsrätten finner att den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU men även att ”detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada”. Det finns flera domar i vilka länsrätten har angett att en upphandlande enhet har brutit mot LOU men inte bifallit ansökan eftersom den klagande leverantören inte visat att han lidit skada. I upphandlingsdirektiv 89/665 anges att ett 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 riskerat att skadas av en påstådd överträdelse”.

EG domstolen har meddelat förhandsavgörande i tre mål från Österrike i vilka det berörs möjligheter till överprövning och vad som avses med att någon lidit skada.

Avgörandena kan vara av viss vägledning för domstolar och de leverantörer och upphandlande enheter som vill bedöma utsikten till framgång i upphandlingsmål.

**Målet C-410/01, mellan Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH m.fl. (nedan kallade Fritsch m.fl.) och Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)** gällde tolkningen av artikel 1.3 i rådets rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG. I artikeln föreskrivs följande: ”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. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning.” I Sverige gäller dock bestämmelserna i LOU, vilka inte innebär att den leverantör som anser sig diskriminerad och som har för avsikt att ansöka om överprövning, är skyldig att först kontakta den upphandlande enheten (*NOU:s anmärkning*).

Den österrikiska upphandlande enheten har gjort gällande, att artikeln skall tolkas på så sätt att den utgör hinder för att en företagare som har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling anses ha förlorat sitt intresse av att erhålla detta kontrakt, eftersom han har underlåtit att hänskjuta ärendet till en förlikningskommitté. Den upphandlande enheten ansåg att leverantören är skyldig att göra en invändning så snart som möjligt, således eventuellt innan anbuden öppnas. Principen om fri konkurrens skulle göra det förbjudet att tillåta en anbudsgivare, som känner till att det föreligger kriterier för tilldelning av kontraktet som inte är lagenliga, att först lämna ett anbud, för att se om hans anbud är det bästa och att sedan bestämma hur han skall bete sig beroende på resultatet av tilldelningen av kontraktet. Om han har lämnat det bästa anbudet, ansöker han inte om prövning, men om han däremot inte tilldelas kontraktet eller om hans anbud inte är det bästa, vänder han sig till den instans som överprövar upphandlingen för att få en ny chans, genom att tilldelningen av kontraktet ogiltigförklaras. Kostnaderna för att utarbeta anbudet hade aldrig uppstått om han hade kontaktat en förlikningskommitté innan han utarbetat sitt anbud eller för den upphandlande enheten hade påpekat de fel han ansåg föreligga.

Fritsch m.fl. tillbakavisade att de visat bristande intresse. De påpekade att de hade visat intresse att sluta avtal i tillräckligt hög grad genom att lämna anbud i rätt tid.

EG-domstolen erinrar i förhandsbeskedet om att ändamålet med rättsmedelsdirektiven är att komplettera gällande bestämmelser på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå för att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling tillämpas, i synnerhet i det skede då överträdelser kan korrigeras. Det är i detta syfte som medlemsstaterna i artikel 1.1 i direktiv 89/665 åläggs en skyldighet att

säkerställa att en upphandlande myndighets rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt.

Domstolen konstaterar att det strider mot skyndsamhets- och effektivitetssyftena med direktiv 89/665 att göra behörigheten att ansöka om prövningsförfaranden beroende av att ärendet dessförinnan har hänskjutits till en förlikningskommitté, eftersom förlikningskommittén inte har någon av de befogenheter som medlemsstaterna är skyldiga att ge de instanser som ansvarar för de nämnda prövningsförfarandena. Att ärendet hänskjuts till en sådan kommitté kan således inte säkerställa tillämpningen av gemenskapsdirektiven om förfarandet vid offentlig upphandling.

Domstolen tillägger att medlemsstaterna uttryckligen tillåts att bestämma på vilket sätt de skall tillse att de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktivet skall kunna återopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Detta innebär emellertid inte att de kan tolka begreppet ”intresse av att få avtal om offentlig upphandling” på ett sätt som kan äventyra direktivets ändamålsenliga verkan.

Artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör därför hinder för att en företagare som har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling anses ha förlorat sitt intresse av att erhålla det kontrakt som upphandlingen avser på grund av att han, innan han väckt sådan talan som föreskrivs i det nämnda direktivet, har underlåtit att hänskjuta ärendet till en förlikningskommitté.

**Även mål C-249/01 mellan Werner Hackermüller och Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) gällde tolkningen av samma artikel.**

Den upphandlande enheten anordnade en tävling om arkitektonisk planering. Hackermüller var en av de fem arkitekter som deltog i upphandlingen genom att lämna in projekt. Under förhandlingen rekommenderade en kommitté att förhandlingen skulle fortsätta med en av arkitekterna. De övriga fyra anbudsgivarna, bland andra Hackermüller, underrättades om detta.

Hackermüller yrkade bland annat ogiltigförklaring av beslutet men hans talan avvisades, eftersom den österrikiska domstolen ansåg att hans projekt inte längre kunde komma i fråga för tilldelning av kontraktet och att han därför inte var behörig att föra talan angående de rättsstridigheter som han återopat.

Den österrikiska författningsdomstolen upphävde denna dom och ställde tolkningsfrågor till EG-domstolen. Domstolen fann att artikel 1.3 i direktiv 89/665

inte utgör något hinder för nationell lagstiftning som innebär att personer som önskar tilldelas ett visst offentligt upphandlingskontrakt kan ansöka om de prövningsförfaranden som föreskrivs i det nämnda direktivet endast om de har skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse de gör gällande. Det kan dock inte råda något tvivel om att ett beslut av den upphandlande myndigheten att förkasta anbudsgivarens anbud, innan den ens har påbörjat urvalet, utgör ett beslut som måste kunna prövas. En anbudsgivare måste ha rätt att ifrågasätta det skäl för avvisning av anbudet på vilket prövningsorganet grundar slutsatsen att han inte har skadats eller riskerar att skadas av det beslut han hävdar är rättsstridigt.

Det tredje beslutet från EG-domstolen gäller bl.a. prövningsorganets skyldighet eller möjlighet att vid en ansökan om interimistiska åtgärder ta hänsyn till utsikterna till bifall vid prövning i sak. Mål **C-424/01, mellan CS Communications & Systems Austria GmbH** (nedan kallat CS Austria) och **Allgemeine Unfallversicherungsanstalt** (nedan kallad AUV) rör den upphandlande enhetens beslut att utan närmare granskning underkänna det anbud som CS Austria hade lämnat inom ramen för en upphandling av elektroniska nätverkskomponenter med motiveringen att anbudet inte uppfyllde kraven i upphandlingsmeddelandet. AUV ansåg att upphandlingen avsåg fabriksnya produkter, medan bolaget erbjöd produkter som hade genomgått en allmän upprustning.

EG-domstolen anser att det inte finns utrymme för rimligt tvivel beträffande svaret på tolkningsfrågorna. Domstolen påpekar att utsikterna till bifall till yrkandet i sak inte tillhör de faktorer som organet för prövning av offentlig upphandling skall beakta vid prövning av en ansökan om interimistiska åtgärder, men att det inte heller är otillåtet enligt direktivet att ta hänsyn till dessa utsikter. Det föreskrivs nämligen endast, att medlemsstaterna får bestämma att prövningsorgan får ta hänsyn till de sannolika konsekvenserna av de interimistiska åtgärderna för alla berörda intressen, inklusive det allmännas intresse, och underkänna en sådan åtgärd om de negativa följderna väger tyngre än de positiva. En bestämmelse med denna innebörd har också införts i 7 kap. 2 § 2 st. LOU. (*NOU:s anmärkning*).

EG-domstolen tolkar direktivet så, att det vid beslut om interimistiska åtgärder skall beaktas att målsättningen med direktiv 89/665 är att säkerställa att det finns effektiva och så snabba rättsmedel som möjligt mot överträdelser av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.

Enligt EG-domstolen följer emellertid av fast rättspraxis att medlemsstaterna skall tillse att dessa förfaranden varken får vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt (effektivitetsprincipen). Den nationella bestämmelsen får inte vara till skada för den effektiva verkan av de rättigheter som skapas genom gemenskapsdirektiven, särskilt rätten till snabba och effektiva rättsmedel.

EG-domstolens beslut är således att en nationell domstol vid prövning av en ansökan om interimistiska åtgärder får beakta utsikterna till bifall till ansökan, förutsatt att det finns nationella regler som tillåter detta, samt att dessa inte är mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt, eller gör utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt.

NOU noterar att EG-domstolen inte uttalar sig i frågan huruvida en upphandlande enhet, som inte uttryckligen angivit att upphandlingen avser endast fabriksnya produkter, kan förkasta ett anbud om äldre upprustade produkter, när dessa uppfyller alla ställda krav.

## Köp från bolag som en upphandlande enhet har ägarandel i

NOU vill med anledning av flera domar åter påpeka att en kommun eller ett landsting har skyldighet att behandla alla leverantörer lika och under inga omständigheter utan stöd i lag får tilldela ett kontrakt till ett visst bolag. Omständigheten att beställaren har skapat organisationen just för ändamålet eller har ägarandel i den tilltänkta leverantörsorganisationen utgör inte skäl att särbehandla organisationen vid tilldelning av kontrakt. NOU anser att det numera inte råder någon tvekan om att rättspraxis i Sverige är så klar och entydig att en upphandlande enhet inte kan åberopa rättsosäkerhet på området. En upphandlande enhet kan således inte utan upphandling enligt LOU tilldela ett offentligt kontrakt till en organisation som är en juridisk person och som fattar självständiga beslut, vilket enligt svensk rätt torde gälla alla bolag, föreningar och stiftelser. Det har kommit till NOU:s kännedom att det cirkulerar vissa skrivelser i vilka det uttrycks en annan åsikt, nämligen att köp kan ske från egna bolag utan upphandling enligt LOU. NOU vill därför klart upplysa om att det är nämndledamöternas och kansliets enhälliga uppfattning att sådana köp är olagliga om inte lagändring sker i LOU, kommunallagen eller sådan associationsrättslig lagstiftning som reglerar aktiebolag, handelsbolag, stiftelser m.fl.

Det bör vidare observeras att redan kommunfullmäktiges/landstingsfullmäktiges förslag att sluta ett sådant avtal kan överprövas enligt LOU och kan leda till att länsrätten förordnar att upphandlingen skall göras om. Ett exempel härpå är Länsrättens i Mariestad dom den 1 oktober 2003 (mål nr 577-03).

Kommunstyrelsen i Mariestads kommun föreslog kommunfullmäktige att den skulle ingå ett s.k. samarbetsavtal med MTE AB, ett av kommunen majoritetsägt bolag, bl.a. för leverans av fast och mobil telefoni. Kommunen hävdade att det samarbetsavtal som skrivits inte innefattade en upphandling i gängse bemärkelse utan var ett aktivt val att bedriva viss del av kommunens verksamhet i annan driftform, nämligen som kommunägt aktiebolag. Kommunen hänvisade även till undantagsbestämmelsen i 2 kap. 11 § LOU punkterna 3 och 5, och menade att kommunen haft rätt att utföra en förhandlad upphandling utan annonsering.

Länsrätten inledde med att konstatera att kammarrätten i Stockholm i två domar (mål nr 76/03 och 77/03), fastslagit att redan en kommunstyrelsens beslut att föreslå kommunfullmäktige att ingå avtal kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Länsrätten konstaterade sedan att ett kontrakt med en person som i juridiskt hänseende är skild från en upphandlande enhet (i detta fall det helägda kommunala bolaget) ska upphandlas enligt LOU. Länsrätten påpekade vidare att upphandling av telefoni ska göras enligt 6 kap. LOU, och att de i 6 kap. 2 b § LOU angivna undantagsfallen inte var aktuella.

Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om. Domen har inte vunnit laga kraft men NOU kommer att informera om den i den mån en eventuell prövning i kammarrätten resulterar i någon ändring av rättspraxis.

## Domstolars möjlighet till prövning av fel som inte uttryckligen påtalats, s.k. ex officio-prövning

Beträffande möjligheten för en domstol att i upphandlingsmål på eget initiativ pröva sådana fel som inte påtalats av den klagande leverantören, se referat av EG-domstolens dom i mål C-315/01 under rubriken ”Förfrågningsunderlaget” ovan.

## Miljö

### Krav på att en leverantör skall ha miljöledningssystem

Vänersborgs tingsrätt har i en dom den 11 juli 2003 (mål nr T 421-01) bedömt, huruvida Västra Götalands läns landsting haft rätt att låta ett krav på att leverantören skall ha miljöledningssystem, vara utslagsgivande för valet av leverantör vid upphandling av fönsterputsning.

Västra Götalands läns landsting genomförde under år 2000 en upphandling av fönsterputsning av landstingets byggnader i Västra Götalandsregionen. Det anbud skulle komma att antas, som var det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till ”... samtliga omständigheter såsom pris, miljöhänsyn, leveranstid och referenser.” I förfrågningsunderlaget framgick under rubriken Miljökrav att anbudsgivarna skulle redovisa sitt sätt att arbeta med miljöfrågor, samt hur detta påverkade anbudsgivarnas tjänster och personal. Den miljöbilaga som medföljde förfrågningsunderlaget indikerade att någon form av miljöledningssystem åsyftades. En anbudsgivare (nedan kallad Bolaget) som inte tilldelats kontrakt väckte



skadeståndstalan mot landstinget och anförde att Bolaget gått miste om kontraktet till följd av att landstinget brutit mot bestämmelserna i LOU.

Tingsrätten fann att det i målet var ostridigt att Bolagets anbud och den vinnande anbudsgivarens anbud var likvärdiga i fråga om leveranstid och referenser. Det var även ostridigt att Bolagets anbud hade ett lägre pris än den vinnande anbudsgivarens anbud. Den enda skillnad som landstinget kunnat framhålla var att den vinnande anbudsgivaren till skillnad från Bolaget hade ett miljöledningssystem.

Tingsrätten uttalade inledningsvis att "[f]ör att kunna ha betydelse vid en upphandling skall miljöhänsyn vara relevanta för det projekt som upphandlingen gäller; landstinget kan inte driva miljöpolitik genom att generellt gynna företag som uppfattas som miljömedvetna." Därefter uttalade tingsrätten att "[e]tt modernt miljöledningssystem kan onekligen ha betydelse vid upphandling av komplexa projekt med stora och svåröverskådliga miljökonsekvenser. Den verksamhet som målet gäller – fönsterputsning – har dock endast små och lätt överblickbara miljöeffekter. För den direkta verksamheten kan miljöhänsyn inte gärna tas på annat sätt än att så miljövänliga kemikalier som möjligt används. I det avseendet var anbudsgivarna uppenbart likvärdiga."

Tingsrätten fann att det inte varit förenligt med kraven på affärsmässighet, öppenhet och objektivitet att föredra den vinnande anbudsgivarens anbud framför bolagets på grund av miljöhänsyn. Avgörande för anbudsprövning skulle således i detta fall ha varit priset. Genom att anta den vinnande anbudsgivarens anbud, trots att detta hade ett högre pris än bolagets, hade landstinget enligt tingsrätten brutit mot LOU. Felet var inte oväsentligt och landstinget hade därför ådragit sig skadeståndsskyldighet mot Bolaget.

Tingsrätten förpliktade landstinget att utge skadestånd till bolaget med 125 000 kronor jämte ränta. Domen har vunnit laga kraft.

## Sociala hänsyn, inklusive arbetsrätt

### Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

NOU har tidigare i *NOU info mars –03* och *NOU info juni –03* rapporterat om det regeringsuppdrag som myndigheten handlägger rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. NOU har färdigställt den första delrapporten i uppdraget, som berör samtliga statliga myndigheter. I delrapporten redovisas i vilken utsträckning myndigheterna använt den av NOU föreslagna klausulen och i vilken utsträckning en annan liknande klausul med samma

målsättning använts. Vidare rapporterar NOU, avseende de myndigheter som inte använt antidiskrimineringsklausuler, vad skälen till det är. Delrapporten innehåller även en redogörelse över de problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.

Rörande resultatet i delrapporten kan nämnas att endast ett fåtal myndigheter använder antidiskrimineringsklausuler. Av de 267 statliga myndigheter från vilka NOU mottagit svar har endast 13 uppgett att de använder sådana. Åtta av dessa har uppgett att de regelmässigt använder klausulerna. Endast en av myndigheterna har uppgett att problem framkommit vid användningen. Eftersom uppdraget från regeringen endast avser en kartläggning av användningen har NOU i delrapporten inte närmare analyserat de antidiskrimineringsklausuler som insänts i ärendet. Några förefaller dock mera ha karaktären av policydokument än antidiskrimineringsklausuler och några kan vara tveksamma i förhållande till EG-rätten. NOU påminner därför om att de särskilda villkoren och antidiskrimineringsklausulerna ”skall vara förenliga med ickediskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt EG-fördragets regler om den inre marknaden.” (Prop. 2001/02:142, sid. 94).

Bland de skäl som angivits av de statliga myndigheterna till att de inte använder antidiskrimineringsklausuler är:

- att myndigheten inte gjort någon egen upphandling sedan lagändringen trädde i kraft den 1 juli 2002,
- att de upphandlingar som gjorts inom myndigheten varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler,
- att myndigheten saknar ekonomiska eller administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler, samt
- att kunskapen om såväl LOU som antidiskrimineringslagstiftningen inte är tillräcklig.

Hela delrapporten återfinns på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

Inför arbetet med slutrapporten önskar NOU tydliggöra att regeringsuppdraget förutsätter att samtliga statliga myndigheter åter skall kontaktas för inforan av svar rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler. Därutöver kommer ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter, *såsom kommuner, landsting, kommunala och statliga bolag*, att tillfrågas. I slutrapporten skall även redovisas åtgärder som de upphandlande enheterna vidtagit för att *kontrollera efterlevnaden av klausulerna*. Rapporten skall redovisas senast den 1 juli 2004. Innan dess skall Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning

och Handikappombudsmannen ges tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

Som framgått av *NOU info juni –03* har det varit förvånansvärt svårt att få in svar från samtliga myndigheter. NOU:s förhoppning är att det under arbetet med den andra delen av uppdraget kommer att bli lättare att få in svar. En upphandlande enhet kan således inte avstå från att svara med hänvisning till att den inte använder antidiskrimineringsklausuler, inte upphandlar själv eller gör de flesta av sina köp genom avrop på ramavtal. Regeringsuppdraget lämnar inte något utrymme för bortfall av svar. NOU planerar att i slutrapporten redovisa vilka upphandlande enheter som kontaktats och vilka av dessa som inte inkommit med svar.

## Förändring av regelverket

### On-linesamråd om rättsmedelsdirektiven

EG-kommissionen har, i syfte att kunna utvärdera hur de nationella överklagandeförfarandena för offentlig upphandling fungerat sedan rättsmedelsdirektiven trädde i kraft, inlett tre on- linesamrådsrundor på Europeiska unionens 11 officiella språk, för att samla in information från anbudsgivare och deras företrädare.

Det första on-linefrågeformuläret vänder sig till företag som har lämnat anbud vid offentlig upphandling i sin egen medlemsstat och eventuellt i andra medlemsstater, och som har planer på att inleda eller faktiskt har inlett eller slutfört ett överklagande, därför att de har stött på problem i samband med offentlig upphandling.

Det andra on-linefrågeformuläret är avsett för branschorganisationer och icke-statliga organisationer, som representerar ekonomiska operatörers intressen i Europeiska unionen och är aktiva inom en eller flera ekonomiska sektorer.

Det tredje on-linefrågeformuläret riktar sig till advokater som på sina klienters vägnar har skaffat sig erfarenheter av nationella överklagandeförfaranden rörande offentlig upphandling i en eller flera av medlemsstaterna.

Dessa tre on-linesamrådsrundor, som finns tillgängliga via kommissionens portal (<http://europa.eu.int/yourvoice>), inleddes den 22 oktober 2003 och kommer att vara öppna fram till den 15 december 2003.

## NOU:s nyhetsbrev juni 2003

Sommar igen och ett nyhetsbrev fyllt med domar. Det kommer väl inte att uppfattas som den mest lättsamma sommarläsningen.... Men intressant.

Det börjar f.ö. bli ett oöverskådligt stort antal domar. De juridiska frågorna tar allt större plats från de praktiska. Och samtidigt kan nya sanktioner bli aktuella, närmare bestämt mot otillåten direktupphandling. Ett förslag väntas inom en nära framtid, ett förslag som kan komma att beröra även NOU:s organisation.

EU-parlamentet kräver många ändringar i EU-rådets förslag till nya upphandlingsdirektiv, så än ser vi inte slutet på den processen. Vi räknar i alla fall med att informera på vår *upphandlingskonferens den 23 oktober* om vad som kan förväntas. Inbjudan går ut i augusti. Men boka dagen!

NOU tar semester riktigt ordentligt under veckorna 30-31 (21 juli – 1 augusti) och måste då hålla telefonservicen i upphandlingsfrågor stängd.

Med önskan om en trevlig sommar!

Margareta Hentze

PS. Inte har väl du just skickat ut en anbudsinfordran, där anbudet skall vara inne direkt efter semestern? Leverantörer behöver också semester. Jaså, det skrev jag förra året i juni också? Men i år har du säkert i alla fall försäkrat dig om att någon kollega *alltid* finns på plats för att besvara ev. frågor. Och om det under sommaren finns risk för att den upphandlande enheten kan beröras av något överprövningsmål, så är det också viktigt att ”kollegan på plats” känner till vad som hänt i upphandlingen och är väl insatt i reglerna i LOU! DS.

## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
Frågan om ett kommunalt bolag är en upphandlande enhet, särskilt kriteriet ”industriell eller kommersiell karaktär” .....	3
Begreppet upphandlande enhet – interimistiska åtgärder .....	4
Prövning av erkända fördragsbrott .....	5
Krav som får ställas på leverantörer .....	5
Bedömning av kapacitet vid anbudsutvärdering .....	5
Förfrågningsunderlaget .....	6
Utvärdering av referenser .....	6
Kombinerade anbud .....	6
Begäran om kompletteringar .....	7
Upphandlingsförfaranden .....	7
Villkoren för förhandlad upphandling skall tolkas restriktivt .....	7
Bevisbördan för övergång från öppen till förhandlad upphandling .....	8
Upphandling inom försörjningssektorerna .....	9
Upphandling inom telekomsektorn .....	9
Avtal, avtalstider m.m. ....	9
Avtal utan tidsbegränsning .....	9
Statistik .....	11
Efterannonsering .....	11
Rättsmedel .....	12
Interimistiska beslut .....	12
NOU:s ärenden och yttranden .....	12
Upphandling av kött .....	12
Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler .....	13
Övrigt .....	14
NOU:s upphandlingskonferens den 23 oktober 2003 .....	14
Tolkförmedlingsutredningen .....	14
Ökning av antalet mål rörande offentlig upphandling i länsrätterna .....	14
Köp från eget kommunalt bolag .....	15
Ogiltighetstalan i förstainstansrätten .....	15
Riksdagens revisorers förslag angående upphandling vid Sveriges riksbank .....	17
NOU:s telefonservice i sommar .....	18

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling.  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år.

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats.

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info.  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -03".

## Tillämpning av LOU

Frågan om ett kommunalt bolag är en upphandlande enhet, särskilt kriteriet ”industriell eller kommersiell karaktär”

EG-domstolen har i förhandsbesked den 22 maj 2003 meddelat ett förhandsavgörande (C-18/01) till en finsk domstol i ett mål mellan Korhonen m.fl. och Taitotalo angående tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet).

Den nationella domstolen ville enligt sin begäran om förhandsavgörande, att EG-domstolen skulle fastställa i vilken mån ett aktiebolag, vilket bildats, innehas och förvaltas av en finsk stad, kan anses vara en upphandlande enhet och således ha tillkommit för att tillgodose ett allmännyttigt behov som inte är 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 byggnadsutförande 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 svarade att bedömningen måste i första hand göras om bolaget uppfyller allmännyttiga behov och därefter om dessa behov är 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 kan anses tillgodose allmännyttiga behov.

För att sedan se 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 utövar sin verksamhet. Detta innefattar att en bedömning av

- om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte,
- om bolaget självt står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och
- om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering.

EG-domstolen fastslår att bolag som instiftats av det offentliga i syfte att tillgodose allmännyttiga behov, vilka inte har som syfte att gå med vinst, som i praktiken inte av sina ägare tillåts gå i konkurs och som helt eller delvis finansieras av offentliga

medel alltid omfattas av reglerna om offentlig upphandling. Detta gäller oavsett om bolagen bygger lokaler som endast kommer att hyras ut till ett enda företag.

#### *NOU:s kommentar*

Det är intressant att se att EG-domstolen i avgörandet inför ett nytt kriterium för att avgöra om en organisation omfattas av reglerna i EG-direktiven om offentlig upphandling, nämligen att ett bolag av sina ägare i praktiken inte tillåts gå i konkurs. Bolag som i praktiken inte tillåts att gå i konkurs skall således alltid omfattas av reglerna om offentlig upphandling.

### Begreppet upphandlande enhet – interimistiska åtgärder

EG-domstolen har den 15 maj 2003 meddelat dom i ett mål (C-214/00) mellan EG-kommissionen och Spanien. Kommissionen väckte den 30 maj 2000 talan vid domstolen om fastställelse av att Spanien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) genom att inte vidta nödvändiga åtgärder för att följa bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i detta direktiv.

Domstolen fann, att det i målet var ostridigt att de offentliga organ som har privaträttslig status, vilket är en kategori som i den spanska rättsordningen utgörs av affärsdrivande bolag som står under offentlig tillsyn, utesluts från den krets som omfattades av de spanska bestämmelserna om offentlig upphandling och följaktligen från systemet för överprövningsförfarande vid offentlig upphandling.

Domstolen uttalade därefter att begreppet organ som lyder under offentlig rätt skall tolkas funktionellt och ges stor räckvidd och att det framgick av de principer som fastställts i domstolens tidigare rättspraxis "... att en enhets privaträttsliga status inte utgör något kriterium som kan utesluta att den karakteriseras som upphandlande myndighet ...". Domstolen fann därför att de "... omtvistade spanska bestämmelserna, såvitt som de kategoriskt utesluter de privaträttsliga bolagen från den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 89/665, inte utgör ett korrekt införlivande av begreppet upphandlande myndighet i artikel 1.1 i sagda direktiv ...".

EG-domstolen uttalade vidare med hänvisning till sin tidigare praxis att medlemsstaterna är skyldiga att mer allmänt "... förse sina prövningsorgan med befogenheter att oberoende av något föregående överklagande vidta interimistiska åtgärder, inklusive åtgärder för att avbryta eller garantera avbrytandet av upphandlingsförfarandet ...". De spanska bestämmelserna ansågs inte utgöra ett adekvat interimistiskt domstolsskydd, som "effektivt kan avhjälpa eventuella överträdelser som de upphandlande myndigheterna kan göra sig skyldiga till, eftersom det enligt dessa bestämmelser krävs att en begäran om interimistiska åtgärder avseende beslut som fattats av en upphandlande myndighet föregås av att ett överklagande i sak inges".

## Prövning av erkända fördragsbrott

EG-domstolen har den 10 april 2003 meddelat dom i två mål (C-20/01 och C-28/01) mellan EG-kommissionen och Tyskland. Kommissionen väckte den 16 respektive den 23 januari 2001 talan om fastställelse av att Tyskland i två fall underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) genom att tilldela kontrakt utan att följa direktivets bestämmelser. Eftersom Tyskland redan erkänt att brott mot direktivets bestämmelser ägt rum var huvudfrågan i målet om kommissionens talan trots detta kunde upptas till sakprövning. Tyskland hade bl.a. gjort gällande att en sakprövning inte var möjlig eftersom gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling endast består av förfarandebestämmelser och verkningarna av ett åsidosättande av dessa bestämmelser upphör i samma stund som det har skett.

EG-domstolen ansåg emellertid att "... inskränkingen av den fria rörligheten för tjänster som sker genom ett åsidosättande av bestämmelserna i direktiv 92/50 kvarstår under hela löptiden för de avtal som ingåtts i strid med dessa bestämmelser". Denna bedömning påverkades enligt domstolen inte av att medlemsstaterna enligt direktiv 89/665/EEG (det klassiska rättsmedelsdirektivet) har möjlighet att, sedan ett upphandlingsavtal slutits, begränsa prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen. Domstolen uttalade därvid att "[ä]ven om det är riktigt att nämnda bestämmelse tillåter medlemsstaterna att upprätthålla giltigheten av de avtal som ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling och således skyddar motpartens berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses vara förenligt med gemenskapsrätten sedan sådana avtal ingåtts, vilket skulle ge bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd."

EG-domstolen ansåg därför att talan kunde tas upp till sakprövning och fann vid denna prövning att Tyskland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG. Det är i dagsläget svårt att med säkerhet uttala sig om vilka praktiska konsekvenser domen kommer att få, eftersom det enligt NOU:s mening är beroende av EG-kommissionens och Tysklands fortsatta agerande i ärendet.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Bedömning av kapacitet vid anbudsutvärdering

Kammarrätten i Göteborg har avgjort ett mål där en anbudsgivare ansåg att dennes kapacitet hade blivit felaktigt utvärderad. Den aktuella upphandlingen avsåg underhållsbesiktning av skyddsrum och den upphandlande enhetens behov uppgick till 30 besiktningar per år. Vid utvärderingen av anbuderna betygsattes anbudsgivarnas kapacitet enligt graderingen "låg", "medel" och "hög". Den klagande leverantören har i sitt anbud angett att dennes kapacitet uppgår till besiktning av 150 skyddsrum per år vilket den upphandlande enheten bedömt vara låg måluppfyllelse. Kammarrätten konstaterar att den klagande anbudsgivarens kapacitet på 150 besiktningar per år förvisso är lägre än den vinnande leverantörens, men att



kapaciteten är fullt tillräcklig för att det aktuella uppdraget skulle kunna fullgöras och måste anses vara hög.

Den upphandlande enheten har som motivering till valet av leverantör även anfört att den vinnande anbudsgivaren innehar en viss specialkompetens. Kammarrätten menar dock att denna specialkompetens inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget och inte heller kan anses erforderlig för det aktuella uppdraget.

## Förfrågningsunderlaget

### Utvärdering av referenser

Det finns i LOU inga regler om hur referenser ska utvärderas. Följden blir att sättet att utvärdera en anbudsgivares tidigare erfarenhet och skicklighet skiljer sig betydligt mellan olika upphandlande enheter. Resultatet kan bli avgörande för vilken anbudsgivare som kommer att antas, kanske enbart på den grunden att den upphandlande enheten anser att den ena anbudsgivarens referenser förefaller mer positiva.

Ett bra sätt att minska risken för subjektiva bedömningar, är att redan i förfrågningsunderlaget uppge vilka frågor som kommer att ställas till de lämnade referenserna och hur dessa kommer att poängsättas och värderas. Frågorna bör även skickas ut skriftligen och svar begäras skriftligen. På så sätt har den upphandlande enheten även ett bra dokumenterat underlag vid eventuella tvister.

Viktigt är även att de upphandlande enheterna upplyser om att leverantörerna försäkras sig om att referenterna är nåbara så att de inte riskerar att hamna sämre eller i värsta fall tappa värderingen av erfarenhet och skicklighet.

### Kombinerade anbud

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 9 april 2003 i mål nr 1157-03 gjort en bedömning av ett överklagat mål avseende ett s.k. kombinerat anbud. Ett kombinerat 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.

I målet var fråga om Vägverkets förenklade upphandling av vägmarkeringsarbete i Dalarnas och Västernorrlands län. I anbudet hade den klagande leverantören lämnat ett anbud med innebörden att om anbudsgivaren skulle tilldelas hela entreprenaden (samtliga ingående grupper), skulle ett lägre anbudspris gälla. Klaganden menade att Vägverket genom att medvetet bortse från den prismässiga fördelen med att anta kombinationsanbudet, inte hade uppfyllt kravet att upphandling skall ske på affärsmässiga grunder.

Länsrätten gjorde i dom den 25 mars 2003 i mål nr 457-03 E bedömningen att, eftersom Vägverket inte i förfrågningsunderlaget angivit att kombinationsanbud

var tillåtna och sådana anbud är en relativt ny företeelse vid sidan om det mera ordinära förfarandet, kombinationsanbudet inte kunde beaktas.

Klaganden överklagade målet till kammarrätten som avlog överklagandet. Kammarrätten gjorde bedömningen att avsaknaden av bestämmelser rörande kombinationsanbud i LOU medför att kraven på likabehandling och transparens bäst tillgodoses genom att *en upphandlande enhet får anta ett anbud från en anbudsgivare som lämnar kombinationsanbud om möjligheten härtill uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget* och på så sätt blivit känt för samtliga anbudsgivare. Kammarrätten konstaterade därefter att den upphandlande enheten, eftersom det inte var angivet i förfrågningsunderlaget att kombinationsanbud var tillåtna, var förhindrad att anta ett kombinationsanbud, oavsett om detta skulle ha inneburit ett lägre pris på hela upphandlingen. Målet överklagades av klaganden till Regeringsrätten som den 15 maj 2003 beslutade att inte meddela prövningstillstånd i målet.

## Begäran om kompletteringar

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.

## Upphandlingsförfaranden

### Villkoren för förhandlad upphandling skall tolkas restriktivt

Länsrätten i Göteborg har i en dom den 15 april 2003 (mål nr 7663-02 E) funnit att Tjörns kommun, vid upphandling av färdtjänst, inte visat att det förelegat sådan synnerlig brådska att kommunen haft rätt att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap.17 § 1 st. 2 p LOU.

Länsrätten konstaterade inledningsvis att kommunen hävdade att man genomfört en förhandlad upphandling i enlighet med reglerna i 5 kap. 17 § 1 st. 2 p. LOU på grund av att det förelegat synnerlig brådska. Länsrätten uttalade därefter att *"[n]är det gäller avgörande av om synnerlig brådska förelegat skall noteras att möjligheterna till s.k. påskyndat förfarande i 5 kap. 22 § också skall vara uttömda*. Förhandlad

upphandling är, eftersom den upphandlande enheten kan vända sig direkt till en leverantör, att anse som en slags direktupphandling. Denna form av upphandling är en undantagsform och kraven för att den skall få användas skall därför tolkas restriktivt. Förutsättningarna är i princip desamma som gäller vid befrielse på grund av force majeure och den upphandlande enheten har bevisbördan härför.”

Länsrätten fann därefter att, med beaktande av att reglerna i 5 kap. 17 § LOU skall tillämpas restriktivt och med hänsyn till den tid som fanns till förfogande, kommunen inte visat att det förelegat sådan synnerlig brådska att det inte funnits förutsättningar för åtminstone ett s.k. påskyndat förfarande enligt 5 kap. 22 § LOU. Kommunen hade således, enligt länsrätten, genomfört en otillåten direktupphandling. Länsrätten förordnade därför om att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades till kammarrätten. Kammarrätten meddelade den 18 juni prövningstillstånd.

## Bevisbördan för övergång från öppen till förhandlad upphandling

Länsrätten i Skåne län har i en dom den 13 maj 2003 (mål nr 4769-03 E) funnit att Region Skåne, vid upphandling av medicinteknisk utrustning, inte visat att skäl förelegat för övergång från öppen till förhandlad upphandling. Länsrätten förordnade om att upphandlingen inte fick avslutas, innan rättelse vidtagits.

I domen uttalade länsrätten att det framgick av förfrågningsunderlaget, att upphandlingen avsåg en öppen upphandling samt att det är den upphandlande enheten som skall framlägga tillräckliga bevis eller omständigheter som gör att en övergång till förhandlad upphandling kan tillåtas. Länsrätten fann att Region Skåne som upphandlande enhet inte visat att skäl förelegat för att övergå till en förhandlad upphandling. Länsrätten uttalade därefter att ”... den förhandlade upphandlingen tillgripits för att dels väsentligen ändra upphandlingen genom att lägga till vissa varor, som inte ursprungligen fanns med i förfrågningsunderlaget, och dels för att förhandla med parterna om priset för upphandlingen”. Vid ett sådant förfarande kunde, enligt länsrätten, en förhandlad upphandling enligt 2 kap. LOU inte anses tillåten och ett ingripande enligt LOU måste ske för att förändra förhållandet. Länsrätten förordnade om att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett på det sätt som länsrätten angivit i domskälen. Domen överklagades till kammarrätten. Kammarrätten meddelade den 18 juni prövningstillstånd.

Region Skåne har därefter slutit avtal med de leverantörer de valt. Länsrätten har efter nytt överklagande av det beslutet funnit att avtalet tecknats med valda leverantörer och att mer än 10 dagar har förflutit sedan dess. Länsrätten har därför avvisat bolagets ansökan om ny överprövning.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Upphandling inom telekomsektorn

NOU vill återigen informera om att de organisationer som är verksamma inom telekomsektorn är undantagna från upphandling enligt LOU. I 4 kap. 4 § 2 st. LOU anges att enheter som tillhandahåller telekomtjänster inte skall tillämpa LOU om vid upphandlingar som uteslutande syftar till att göra de möjligt för enheten att tillhandahålla en eller flera telekommunikationstjänster och andra företag har rätt att inom samma geografiska område tillhandahålla samma tjänster på i stort sett samma villkor.

I direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet) återfinns en bestämmelse vilken inte införts i LOU. I 8:e artikeln 2 st. i försörjningsdirektivet anges att EG-kommissionen har rätt att meddela vilka telekommunikationstjänster i vilka geografiska områden den anser vara helt utsatta för konkurrens och därmed inte längre skall omfattas av reglerna om offentlig upphandling. I maj 1999 meddelade EG-kommissionen att den ansåg att allt tillhandahållande av telekommunikationstjänster i Sverige var utsatt för konkurrens, och därmed var undantaget från försörjningsdirektivet. Sedan dess har Sverige dessutom till fullo avreglerat marknaden för telekomtjänster.

I EU-rådets förslag till nytt försörjningsdirektiv (se *NOU info mars-03* för länk till EU-rådets hemsida, där förslaget finns utlagt) har telekomsektorn helt lyfts ur direktivet. I EU-rådets förslag till nytt klassiskt direktiv har även skrivits in att telekomsektorn inte omfattas av det direktivet.

Notera att det kan förekomma att enheter som är verksamma inom telekomsektorn även bedriver annan verksamhet, som kan omfattas av reglerna i LOU. Upphandlingar för sådana verksamheter skall naturligtvis även i fortsättningen göras enligt LOU. Blandade upphandlingar, vilka sker både för verksamhet som omfattas av LOU och verksamheter inom telekomsektorn, skall göras enligt LOU, eftersom LOU inte innehåller någon ”överviktsprincip” i detta avseende.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Avtal utan tidsbegränsning

NOU har avlämnat ett yttrande (NOU dnr 2003/0176-29) till Regeringsrätten i ett mål som refererades i *NOU info mars –03* sid. 5. Kammarrätten i Sundsvall har i domen (mål nr 27-2003) uttalat att Landstinget Västernorrlands förlängning av ett tvättserviceavtal varit att likställa med direktupphandling. Då kammarrätten inte ansåg det visat att landstinget haft rätt att genomföra direktupphandling förordnade rätten att landstingets upphandling av tvättservice skulle göras om. Regeringsrätten har meddelat prövningstillstånd och infortrat ett yttrande från NOU. NOU:s yttrande beslutades vid nämndsammanträde den 6 juni 2003 och finns inlagt på NOU:s webbplats. En nämndledamot reserverade sig mot beslutet. NOU återkommer när Regeringsrätten meddelat dom i målet.

Angående det aktuella fallet har NOU ansett att det avtal som landstinget använt sig av och hade för avsikt att förlänga har tillkommit i strid med LOU. NOU anger därför följande. ”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 genomförts 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.”

I NOU:s yttrande till Regeringsrätten behandlas bland annat frågan om det är tillåtet enligt LOU att ingå avtal som har en förlängningsklausul som medför att avtalet kan löpa i oändlighet. NOU anförde bland annat följande. ”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.”

Varken LOU eller direktiven innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal får gälla. 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 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.

Det som åberopas av den klagande leverantören i målet 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. Denna rekommendation lämnades av NOU under 1993 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.

I yttrandet uppges vidare att det inte finns ”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.”

Det uppges vidare att ”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”.

## Statistik

### Efterannonsering

Vid den årliga sammanställningen av upphandlingsstatistiken har det under flera år visat sig att det förekommer stora brister i de upphandlande enheternas efterannonsering, något som även påtalats av EG-kommissionen. En upphandlande enhet som avslutat en upphandling över tröskelvärdena är skyldig att annonsera resultatet av upphandlingen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

År 2001 publicerades endast ca hälften så många efterannonser som anbudsinfordringar i EGT/TED. Till följd av detta har NOU genomfört ett tillsynsprojekt i vilket tio upphandlande enheter som brustit i sin efterannonsering har ingått. Av de svar som inkommit framgår, att dessa upphandlande enheter totalt har underlåtit att efterannonsera 160 upphandlingar med ett totalt värde av cirka 1,7 miljarder kronor.

De upphandlande enheterna har även fått redogöra för orsaken till att efterannonsering inte har skett. Som svar anger sju av de tio upphandlande enheterna, att orsaken till försummelsen delvis beror på bristande rutiner.

En annan orsak som angetts är att det kan vara svårt att beräkna kontraktets värde vid ramavtalsupphandlingar. NOU är medveten om att så kan vara fallet, men det ändrar inte den lagstadgade skyldigheten att lämna uppgiften i efterannonsen. Ofta är det även nödvändigt att redan i samband med tröskelvärdesberäkningen göra en första bedömning av kontraktets värde. Även vid utvärderingen av anbuden är det många gånger nödvändigt, att hänsyn tas till det totala värdet.

Ytterligare en synpunkt som anförts är att fel referensnummer i efterannonsen medför, att den automatiska matchningen av anbudsinfordran mot efterannonsen inte fungerar. Detta problem understryker vikten av noggrannhet vid angivande av referensnummer.

För att förbättra den statistik som levereras till EU, kommer NOU att tillsammans med SCB införa skärpta rutiner för att inhämta kompletterande information från de upphandlande enheter som inte genomför korrekt efterannonsering. En sådan åtgärd förbättrar dock inte i sig en bristfällig efterannonsering. Ansvar för att förbättringar sker, vilar helt på de upphandlande enheterna. Efterannonsering är obligatorisk och LOU lämnar inget utrymme för bedömning huruvida en sådan är lämplig eller meningsfull.

För att uppfylla lagstadgade behovs att de upphandlande enheterna avsätter tillräckligt med resurser till upphandlingsverksamheten samt att erforderliga rutiner

utarbetas, vilka säkerställer att den upphandlande enheten även vid t.ex. byte av personal samt hög arbetsbelastning klarar av att fullgöra LOU:s krav på efterannonsering.

## Rättsmedel

### Interimistiska beslut

För EG-domstolens avgörande i ett mål (C-214/00) mellan Europeiska kommissionen och Spanien avseende bl.a. interimistiska beslut, se avsnitt Tillämpning av LOU.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Upphandling av kött

Som NOU tidigare informerat om har EG-kommissionen uppmärksammat svenska myndigheter på svårigheter att sälja danskt kött på den svenska marknaden. NOU har fått regeringens uppdrag att informera om vilka regler som gäller vid upphandling av köttprodukter. I mars år 2003 återkom kommissionen med handlingar i vilka angavs att 83 kommuner i samband med upphandling eller avrop av kött ställde eller hade ställt krav på att köttet skulle vara av svenskt ursprung. NOU fick regeringens uppdrag att vidta åtgärder för att säkerställa att detta, i de fall det var korrekt, upphörde.

NOU tillskrev samtliga 83 kommuner med begäran att lämna upplysningar om påståendet stämde. Samtliga kommuner som inkommit med svar har angett att det i den senaste upphandlingen av kött inte fanns något krav på att köttet skulle vara av svenskt ursprung. Bland det material som tillsänts från kommissionen finns dock uppgifter som inte överensstämmer med inkomna svar. NOU avser därför att kontakta dessa kommuner för att bringa klarhet i frågorna. Av övriga inkomna svar finns inget som tyder på att krav i strid med gällande regler skulle ha ställts vid den senaste upphandlingen. Svaren ger snarare intryck av att det är väl känt bland kommunerna vilka krav som kan ställas vid upphandlingen.

27 kommuner anger att de vid något tillfälle vid avrop har ställt krav på att köttet skall vara svenskt. I de flesta fallen anges det ha skett under en begränsad tid i samband med den akuta BSE-smittan. Ett antal kommuner anger dock att beslut om att avropa endast svenskt kött har funnits fram till idag, men att det kommer att upphävas.

22 kommuner anger att de har begärt intyg på att köttet skall vara av svenskt ursprung. Av dessa anger 12 att kravet på intyg har inneburit att leverantörer som erbjudit kött med utländskt ursprung har diskriminerats. Även i dessa fall anges att diskriminering har skett i samband med BSE-smittan.

Ofta finns det många avropare (beställare) på livsmedelsavtalen och i vissa fall tycks okunskap råda kring vilka krav som kan ställas vid avrop från ramavtal. NOU vill därför påpeka att det inte är tillåtet att vid avrop från ett ramavtal tillföra krav som t.ex. leder till att en leverantör som antagits vid den ursprungliga upphandlingen inte får några avrop (eftersom han diskrimineras) på grund av nationalitet eller på grund av varans ursprung.

NOU har tidigare uttalat sig över s.k. *parallella avtal* och då bland annat konstaterat, att i de fall avtalet har ingåtts med flera leverantörer, bör av transparens skull en rangordning ske av dessa vid utvärderingen, *så att det vid avropstillfället finns en bestämd ordning mellan leverantörerna*. Den leverantör som lämnat det lägsta priset alternativt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall således utnyttjas i första hand. Om man inte gör på det sättet finns risken att leverantörer diskrimineras vid avrop. Dessutom förlorar anbudsgivarna sitt incitament att lämna bästa möjliga anbud, när de inte garanteras leverans.

Hos flera av de upphandlande enheter som NOU har tillskrivit, tycks styrningen av hur och från vem avropen skall ske många gånger vara oklar. Det leder till en ökad risk att avropen inte sker i enlighet med avtalet. I de fall avropen går att styra och följa upp på elektronisk väg kan detta vara ett sätt att säkerställa korrekta avrop.

NOU överväger f.n. inga ytterligare åtgärder på området utöver de som angivits ovan.

## Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler

NOU rapporterade i *NOU info mars-2003* om ett regeringsuppdrag rörande antidiskrimineringsklausuler som myndigheten arbetar med. NOU har sammanställt de statliga myndigheters svar som inkommit till myndigheten och skall närmast, i enlighet med uppdraget, översända kartläggningen till Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen för yttrande.

NOU har förvånats över hur svårt det var att få in svar från samtliga myndigheter. Eftersom regeringsuppdraget skall redovisas i dels en delrapport den 1 september 2003 som omfattar samtliga statliga myndigheter, dels en slutrapport den 1 juli 2004 som omfattar såväl samtliga statliga myndigheter som ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter, kommer NOU att återkomma om ett drygt halvår till de statliga myndigheterna med en ny enkät. NOU överväger att då ange icke-svarande upphandlande enheter på restlista till regeringskansliet, eftersom NOU:s personella resurser inte medger påminnelser i den omfattning som hittills måst göras.



## Övrigt

### NOU:s upphandlingskonferens den 23 oktober 2003

NOU vill informera om den upphandlingskonferens som NOU med anledning av sitt 10-årsjubileum anordnar den 23 oktober 2003. Konferensen kommer att behandla de nya EG-direktiven om offentlig upphandling, vilka förväntas antas av EU under 2003. Finansminister Bosse Ringholm kommer att informera om regeringens syn på offentlig upphandling och finansdepartementet kommer att upplysa om arbetet med att anpassa LOU till det som anges i de nya direktiven. NOU informerar om viktiga rättsfall från EG-domstolen på upphandlingsområdet och berättar om nyheter på de olika upphandlingsområdena. På konferensen kommer även John Colling från Storbritannien att berätta om arbetet i EU med de nya direktiven.

Inbjudan till konferensen kommer att skickas ut i augusti 2003, samtidigt som information om hur anmälningar tas emot även läggs ut på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se).

### Tolkförmedlingsutredningen

Regeringen har beslutat att tillkalla en särskild utredare för att utreda behovet av tillsyn och kvalitetskontroll över tolkförmedlingarnas verksamhet och, om det finns behov, ge förslag på hur denna tillsyn och kvalitetskontroll kan utformas. Kopplat till den särskilda utredaren finns ett antal experter och bland dessa är även NOU representerad.

Utredaren skall särskilt beakta och belysa marknadsstrukturen för såväl tolkförmedlingar som för tolkar samt utreda vilka effekter marknadsstrukturen har för samspelet mellan de olika aktörerna.

I uppdraget ingår även att utreda och eventuellt föreslå om tolkförmedlare bör auktoriseras. Utredningens arbete skall enligt ett tilläggsdirektiv vara slutfört under år 2003. Tolkförmedlingsutredningens webbplats återfinns på adressen [www.sou.gov.se/tolkformedling](http://www.sou.gov.se/tolkformedling).

### Ökning av antalet mål rörande offentlig upphandling i länsrätterna

NOU har tidigare rapporterat rörande det ökade antalet mål i vilka leverantörer begärt överprövning i länsrätt som följt efter lagändringen den 1 juli 2002. Under innevarande år har hittills 287 mål avgjorts av länsrätterna. Uppgiften kan jämföras med att länsrätterna under hela år 2002 avgjorde 299 mål. År 2001 avgjordes 150 mål och under år 2000 108 mål.

## Köp från eget kommunalt bolag

Den dom från Kammarrätten i Stockholm den 10 februari 2003 (mål nr 76-03 och 77-03), som omnämndes i *NOU info mars 2003* på sid. 4 har vunnit laga kraft genom att Regeringsrätten den 7 maj 2003 (mål nr 1413–1414-2003) vägrat prövningstillstånd i målen. I domen från kammarrätten gjordes bedömningen att köp av tjänster från ett helägt dotterbolag inte fick ske utan tillämpning av LOU.

## Ogiltighetstalan i förstainstansrätten

Förstainstansrätten har den 25 februari 2003 meddelat dom i mål T-183/00 mellan Strabag Benelux NV (Strabag) och EU-rådet. Målet avser en selektiv upphandling av allmänna anläggnings- och underhållsarbeten som skulle utföras i rådets byggnader i Bryssel. De yrkanden som framställdes av Strabag var att beslutet om tilldelning av kontrakt skulle ogiltigförklaras och att rådet skulle förpliktas att utge skadestånd samt ersätta rättegångskostnaderna.

NOU har tillställts frågor i anledning av domen och har observerat att det vid åtminstone ett tillfälle åberopats av en upphandlande enhet i ett mål om överprövning i länsrätt.<sup>1</sup>

NOU önskar inledningsvis påpeka att förstainstansrättens bedömning avser ogiltighetstalan i kombination med skadeståndstalan. Sådan ogiltighetstalan saknar direkt motsvarighet i Sverige. NOU har vid kontakt med EG-domstolen fått besked om att domen har överklagats. EG-domstolen kommer således att besluta om målet skall tas upp till prövning efter att rådet i augusti 2003 har yttrat sig över överklagandet. Målet i EG-domstolen har nr C-183/03 P.

Förstainstansrätten är behörig att pröva talan om ogiltigförklaring, passivitets- och skadeståndstalan som väckts av fysiska eller juridiska personer *mot gemenskapsinstitutionerna* (parlamentet, kommissionen, rådet etc.). Institutionerna har frivilligt förbundit sig att följa EG-direktiven om offentlig upphandling. De kan dock inte, till skillnad från medlemsstaterna, göra sig skyldiga till brott mot upphandlingsdirektiven, vilka endast riktar sig till medlemsstaterna.

Strabag anförde som förstahandsgrund för yrkandena om ogiltighetsförklaring och skadestånd att något beslut om leverantör inte fattats av EU-rådet i den aktuella upphandlingen och att rådet inte upprättat rapport enligt artikel 8.3 i direktiv 93/37 (byggdirektivet). Som andrahandsgrund anfördes att rådet åsidosatt den i artikel 8.1 i byggdirektivet stadgade motiveringsskyldigheten till orsakerna att ett anbud förkastats. Förstainstansrätten uppgav i det aktuella målet att beslutet om val av leverantör fattades av rådet samtidigt som kontraktet undertecknades och att leverantörerna fått tillräcklig information om beslutet, trots att rådet lämnat upplysningarna i tre handlingar istället för en.

NOU vill uppmärksamma läsarna på att frågor som påminner om Strabags invändning att något beslut om leverantör inte fattats och att tillräcklig information om beslutet inte lämnats, tidigare har bedömts av EG-domstolen i den s.k.

---

<sup>1</sup> Länsrättens i Stockholms län dom den 21 mars 2003 i mål nr 2079-03.

”Alcateldomen”<sup>2</sup>. EG-domstolen uppgav i domen att ”medlemsstaterna är skyldiga att, vad avser den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilket den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda...” Förstainstansrättens bedömning synes därmed inte vara i linje med den princip om leverantörens möjlighet att få klaga på ett beslut som anges i Alcateldomen.

Strabag anförde som tredjehandsgrund att rådet, genom att inte rangordna kriterierna för utvärdering, åsidosatte artiklarna 18 och 30 i byggdirektivet och kontraktshandlingarna. Rätten uppgav, att enligt en av EG-domstolen fastslagen rättspraxis har rådet ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt eller anbudsinfordran. Förstainstansrättens menade, att dess bedömning i målet endast kunde syfta till att kontrollera att det inte förekommit några allvarliga och uppenbara fel. Förstainstansrätten bedömde att rådet, trots att det inte rangordnade utvärderingskriterierna, inte bröt mot byggdirektivet. Rätten uppgav att beteendet att inte rangordna utvärderingskriterierna inte strider mot artikel 30.2 i byggdirektivet ”eftersom denna artikel inte innehåller någon skyldighet, utan endast en rekommendation, att rangordna kriterierna för tilldelning av ett kontrakt.”

Kravet att rangordna omständigheter som en upphandlande enhet tillmäter betydelse vid bedömningen av anbud uttrycks i artikel 30.2 i byggdirektivet enligt följande: ”skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid prövningen, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först”. Regeln uttrycks i 1 kap. 22 § 2 st. LOU och i 6 kap. 12 § 2 st. LOU enligt följande. ”Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges i angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.” Rättsutvecklingen i Sverige synes dock ha lett fram att rangordning skall göras i förfrågningsunderlaget, om det inte är visat att det varit omöjligt att göra det.

Enligt de direktivförslag om reglering av offentlig upphandling som för närvarande är inför bedömning i parlamentet men som ännu inte antagits, kommer det att bli obligatoriskt för upphandlande enheter att ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. En upphandlande myndighet föreslås få göra undantag från kravet att ange viktning av tilldelningskriterierna i vederbörligen styrkta fall, som de skall kunna motivera. I sådana fall skall den upphandlande enheten ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Förstainstansrätten har samma dag meddelat ytterligare en dom avseende samma upphandling, mål T-4/01 mellan Renco SpA (Renco) och Europeiska unionens råd. I den domen betonas, att den fasta praxis som rätten åberopar endast gäller ”rådet, i likhet med de andra institutionerna”.<sup>3</sup> En möjlig förklaring till förstainstansrättens

<sup>2</sup> Mål nr C-81/98 Alcatel Austria m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

<sup>3</sup> Förstainstansens dom den 25 februari 2003 i mål T-4/01 mellan Renco SpA (Renco) och

bedömning skulle därför kunna sökas i att EG:s institutioner bedöms enligt delvis andra principer än dem som EG-domstolen tillämpar vid bedömningen av medlemsstaternas upphandlande enheter.

Sammanfattningsvis anser NOU att förstainstansrättens domar bör tolkas med stor försiktighet eftersom dessa synes strida mot principen i Alcateldomen och mot den rättsutveckling som skett dels i svensk rätt, dels i form av det kommande klassiska upphandlingsdirektivet. Eventuella brott mot direktiven och därmed mot LOU kommer att bedömas av EG-domstolen. EG-domstolen uttalade i domen rörande de ”Wallonska bussarna”<sup>4</sup>, att det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka bedömningar som kommer att göras vid utvärderingen av inkomna anbud för att inte förfarandet skall anses strida mot principerna om likabehandling av leverantörer och transparensprincipen. NOU har inte sett att EG-domstolen därefter gjort någon annan bedömning.

## Riksdagens revisorers förslag angående upphandling vid Sveriges riksbank

Riksdagens revisorer har efter en granskning av tio upphandlingar lämnat förslag till riksdagen (2002/03:RR17) angående upphandlingen vid Sveriges riksbank. Syftet med granskningen har varit att undersöka om Riksbanken har följt bestämmelserna i LOU. Revisorerna fann brister i samtliga granskade upphandlingar. Avstegen från LOU var av varierande karaktär. I några fall hade konsultuppdrag i strid med lagen inte konkurrensutsatts över huvud taget. I övriga fall stred upphandlingarna på andra sätt mot lagen eller principer som följer av lagen. Exempelvis kännetecknades flera upphandlingar av opreciserade utvärderingskriterier i förfrågningsunderlagen och korta anbudstider. Riksbanken hade även vid upprepade tillfällen förlängt konsultavtal utan att någon möjlighet till förlängning funnits enligt avtalen. Revisorerna bedömde att Riksbanken på flera punkter hade brustit i affärsmässighet.

Riksdagens revisorer föreslår riksdagen att fatta beslut dels om ett förstärkt sanktionssystem i lagen om offentlig upphandling och dels vissa specifika åtgärder avseende riksbankens organisation och rutiner för upphandling.

Det är enligt revisorerna inte rimligt, att en myndighet ska kunna åsidosätta LOU utan att samhället har möjlighet att ingripa. I förslaget till riksdagen anges att ”Granskningen av Riksbanken har visat att banken har genomfört flera direktupphandlingar som enligt revisorernas uppfattning har varit otillåtna. Nämnden för offentlig upphandling gör i sitt remissvar samma bedömning som revisorerna. I flera av fallen är Riksbankens inställning att man inte har gjort något fel. Det talar för att det finns risk för att banken även fortsättningsvis kommer att genomföra direktupphandlingar utan stöd i lagen.”

De specifika åtgärder som föreslås är en anmälningsplikt för upphandlingar vilkas värde överstiger gränsen för direktupphandling, att tillräcklig upphandlingskompetens finns hos dem som genomför upphandlingar och att

---

Europeiska unionens råd, punkt 36.

<sup>4</sup> C-87/94 Kommissionen mot Belgien, refererat i *Sammanställning NOU info 1996*, sid. 57.

bankens upphandlingsexperter granskar alla förfrågningsunderlag i upphandlingar vilkas värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling. Innan beslut om leverantör fattas, bör också, enligt revisorerna, dokumentationen av anbudsutvärderingarna granskas. När det gäller upphandling över tröskelvärdena, föreslår revisorerna att experterna medverkar i alla stadier av upphandlingsprocessen.

### NOU:s telefonservice i sommar

Under veckorna 30-31, dvs. mellan den 21 juli och den 1 augusti, kommer NOU:s telefonservice i upphandlingsfrågor att vara stängd. Telefon till registrator, vilken endast besvarar administrativa frågor, är under dessa veckor öppen måndag-fredag 13.00-15.00.

## NOU JUBILERAR



10 år  
1993 - 2003

## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
Begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” .....	3
Upphandling från helägt dotterbolag omfattas av LOU .....	4
Annonsering över tröskelvärdena .....	4
Kvalificering av leverantörer .....	4
Lottning vid kvalificering av anbudssökanden.....	4
Upphandling inom försörjningssektorerna.....	4
Ansöknings- och anbudstider.....	4
Avtal, avtalstider m.m. ....	5
Förlängning av ett inte rätteligen upphandlat avtal utgjorde brott mot LOU .....	5
Statistik.....	5
Statistikinsamling och efterannonsering .....	5
Rättsmedel.....	6
Preklusion – tidsfrist att överklaga ett beslut .....	6
Begäran om överprövning.....	6
NOU:s ärenden och yttranden.....	7
Förslag till gemensamt radiokommunikationssystem .....	7
Miljö.....	7
Kriterier för miljömärken.....	7
Övrigt .....	8
Nätverket för offentlig upphandling PPN (Public Procurement Network).....	8
De nya upphandlingsdirektiven.....	8
Internationell arbetsgrupp för elektronisk handel.....	9
Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler .....	9
NOU utreder sponsring .....	10
Kartläggning av upphandling av kött.....	10
Viss omstrukturering av NOU info / Rättsfall.....	10
NOU:s jubileumsbilaga .....	11

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08-454 44 40  
Telefax 08-791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info mars -03"

## Tillämpning av LOU

### Begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt”

EG-domstolen har den 27 februari 2003 meddelat ett förhandsavgörande till österrikisk domstol i mål C-373/00 mellan Adolf Truley GmbH och Bestattung Wien GmbH (BW) avseende tolkningen av begreppet upphandlande enhet i direktiv 93/36/EEG (varudirektivet).

Målet behandlar frågor om begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt”, dvs. sådana associationer som skall anses utgöra upphandlande enheter (motsvarande 1 kap. 6 § LOU). EG-domstolen konstaterar att mot bakgrund av det dubbla syftet att öppna upp för konkurrens och insyn, skall begreppet organ som lyder under offentlig rätt ges stor räckvidd. Av detta följer att om ett visst organ inte återfinns i förteckningen i bilaga I till varudirektivet, skall dess rättsliga och faktiska situation i varje enskilt fall utredas i syfte att bedöma huruvida det tillgodoser allmänna intressen eller inte. Begreppet allmänna intressen är ett självständigt gemenskapsrättsligt begrepp. EG-domstolen konstaterar att begravningsverksamhet, som målet gällde, kan anses tillgodose allmänna intressen. Den omständigheten att regionala och lokala myndigheter har en lagstadgad skyldighet att ombesörja begravingar – och i förekommande fall ersätta kostnaderna om begravingar inte äger rum inom en viss tid – tyder på att allmänna intressen föreligger. I domen erinrar EG-domstolen att förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

Slutligen besvarar EG-domstolen frågan om vad som avses med sådan ”administrativ tillsyn” av det berörda organet som utförs av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller någon annan upphandlande enhet. EG-domstolen svarar att organet skall vara knutet till myndigheterna i motsvarande mån som bestämmelserna om styrelsrepresentation och finansiering. Det är enligt domstolen uteslutet att en enkel granskning i efterhand uppfyller villkoret om administrativ tillsyn. Sådan tillsyn gör det inte möjligt för myndigheterna att påverka det berörda organets beslut beträffande offentlig upphandling. Domstolen anger att ett sådant villkor däremot uppfylls i en situation där tillsynsmyndigheten inte granskar endast bolagets balansräkning utan även den aktuella förvaltningen avseende sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt samtidigt som myndigheten har rätt att besöka organets lokaler m.m. och rapportera kontrollresultaten till den regionala eller lokala myndighet som äger det aktuella organets kapital.

Domen tillför inte så mycket nytt men understryker ytterligare, som NOU tidigare påtalat, att det föreligger sakliga skillnader mellan direktivens definition och motsvarande bestämmelse i 1 kap. 6 § LOU. I LOU anges ”vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet” medan varudirektivet anger ”som står under administrativ tillsyn av sådana organ”.



## Upphandling från helägt dotterbolag omfattas av LOU

NOU vill påminna om att även köp från helägt dotterbolag omfattas av LOU. Det bekräftas nu åter genom Kammarrättens i Stockholm dom den 10 februari 2003 (mål nr 76-03 och 77-03) i vilken bedömningen görs att Haninge kommuns upphandling av tjänster från helägt dotterbolag omfattas av LOU.

## Annonsering över tröskelvärdena

Enligt ett meddelande från Europeiska kommissionen har Europaparlamentet antagit en förordning vilken gör en omarbetad version av den nu gällande CPV-klassificeringen till den enda nomenklaturen att använda vid offentlig upphandling i EU. Syftet är bland annat att underlätta beskrivningen av upphandlingsföremålet, möjliggöra automatisk översättning av annonser och öka öppenheten vid offentlig upphandling. I samband med de kommande, omarbetade upphandlingsdirektivens ikraftträdande kommer det att bli obligatoriskt att använda CPV.

## Kvalificering av leverantörer

### Lottning vid kvalificering av anbudssökanden

Länsrätten i Stockholms län har i en dom, mål nr 23378-02, funnit att lottning vid kvalificering av anbudssökanden vid urvalsupphandling inte strider mot LOU när detta angivits i förväg i annons eller förfrågningsunderlag. Numera finns det således två domar från länsrätten med olika utfall beträffande användningen av lottning. Länsrätten i Skåne har tidigare uttalat att lottning vid selektering av anbudssökanden vid selektiv upphandling strider mot affärsmässighetskravet. Domen har vunnit laga kraft.

NOU har i sitt remissvar på Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 uttalat att NOU inte delar kommitténs uppfattning att urvalet av kvalificerade anbudsansökanden kan ske medelst lottning. Till nackdelarna hör också att lotten kan välja dem som i realiteten är de minst lämpliga bland de kvalificerade anbudssökandena. En annan nackdel kan vara att den senaste leverantören inte får lämna något anbud, även om denne klarat kvalificeringskraven med bred marginal och skött sina tidigare leveranser mycket väl. Användning av lottning minskar således enligt NOU:s uppfattning den upphandlande enhetens möjlighet att göra ett medvetet och motiverat val. I de fall lottning används krävs förmodligen att förfarandet är tekniskt väl genomfört, oantastligt och genomfört av någon som inte kan misstänkas för några jävsförhållanden.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Ansöknings- och anbudstider

NOU har genom åren fått många frågor avseende betydelsen av 4 kap. 18 § 1 st. LOU. Paragrafen reglerar de ansöknings- och anbudstider som gäller som minimitider vid selektiv och förhandlad upphandling. I första stycket står: "Om vid

selektiv eller förhandlad upphandling en inbjudan att lämna anbud tidigare annonserats gäller följande."

Avsikten med stycket är att skilja mellan vanlig upphandling och de fall som regleras i 4 kap. 16 § LOU, där en upphandlande enhet i vissa angivna undantagsfall kan använda förhandlad upphandling utan annonsering. Vad som avses i 4 kap. 18 § LOU är inte att upphandlingen förhandsannonserats, vilket är lätt att tro, utan att den antingen annonserats "på vanligt sätt" i enlighet med 4 kap. 15 § LOU eller på det speciella sätt som bara är tillåtet i försörjningssektorerna, se 4 kap. 14 § 2 st. LOU, i samband med en förhandsannons.

I försörjningssektorerna finns inte den möjlighet som finns inom den klassiska sektorn, att förkorta ansöknings- och anbudstiderna vid selektiv upphandling och ansökningstiderna vid förhandlad upphandling om den upphandlande enheten förhandsannonserat. Anledningen är att de kortast tillåtna ansöknings- och anbudstiderna vid selektiv och förhandlad upphandling i försörjningssektorerna redan är så korta, att ytterligare förkortningar i praktiken blir omöjliga. Möjligheten att förkorta ansöknings- och anbudstiderna vid öppen upphandling som förhandsannonserats återfinns dock även inom försörjningssektorerna.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Förlängning av ett inte rätteligen upphandlat avtal utgjorde brott mot LOU

Kammarrätten i Sundsvall har i en dom den 28 januari 2003 (mål nr 27-2003) uttalat att Landstinget Västernorrlands förlängning av ett tvättserviceavtal varit att likställa med direktupphandling. Då kammarrätten inte ansåg det visat att landstinget haft rätt att genomföra direktupphandling förordnade rätten att landstingets upphandling av tvättservice skulle göras om. Domen har överklagats till Regeringsrätten.

I domen anförde kammarrätten att ett avtal med en klausul, som innebär att avtalet förlängs med automatik om det inte sägs upp, medför att principen om affärsmässighet kan komma att trädas för när. För att principen skulle kunna uppfyllas ansåg kammarrätten det rimligt att förlängning skedde vid endast ett tillfälle, särskilt i en situation (som den i målet aktuella) där avtalstiden var så lång som sex år. Ytterligare förlängning stred därför enligt kammarrätten mot 1 kap. 4 § LOU. Kammarrätten uttalade vidare att om en automatisk förlängning ändå ägde rum var detta att likställa med direktupphandling.

## Statistik

### Statistikinsamling och efterannonsering

Statistiska centralbyrån (SCB) kommer under våren att på uppdrag av NOU samla in uppgifter om de upphandlingar som gjorts under 2002. Uppgifterna sammanställs med stöd av LOU i enlighet med avtalet om upphandling inom WTO (GPA) och EG:s upphandlingsdirektiv.

Uppgifter gällande upphandlingar över tröskelvärdena hämtas i EGT/TED. Eftersom efterannonseringen av upphandlingar fortfarande är alltför bristfällig, tvingas SCB att kontakta många upphandlande enheter för att komplettera uppgifterna. Detta medför oacceptabelt extra arbete för såväl den upphandlande enheten som SCB och NOU. Även EG-kommissionen har anmärkt på den bristande efterannonseringen och menar att det inte är godtagbart. NOU förutsätter därför att de upphandlande enheterna säkerställer att efterannonseringen sker i enlighet med reglerna i LOU och att de enheter som kontaktas för komplettering omedelbart inkommer med efterfrågade uppgifter.

För statliga myndigheter samt upphandlande enheter inom försörjningssektorerna omfattas även upphandlingar under tröskelvärdena av statistikinsamlingen. De upphandlande enheter som är skyldiga att för år 2002 lämna sådana uppgifter har tillskrivits av SCB och NOU.

## Rättsmedel

### Preklusion – tidsfrist att överklaga ett beslut

EG-domstolen har i en dom den 27 februari 2003 i mål C-327/00 mellan Santex SpA och Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia gjort en bedömning efter begäran om förhandsbesked från en italiensk domstol.

EG-domstolen konstaterar i domen att en i italiensk lag införd tidsfrist om 60 dagar inom vilken talan mot innehållet i ett meddelande om upphandling (en annons) måste väckas, inte strider mot gemenskapsrätten. En förutsättning för att fristen skall vara förenlig med direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet) är enligt domstolen att fristen är skälig. Preklusionsfristen om 60 dagar befanns således vara skälig. Domstolen konstaterar att en nationell domstol under vissa angivna förutsättningar skall tolka nationell rätt på ett sådant sätt att gemenskapsrättens regler följs, eller om det inte är möjligt att tillämpa den nationella rätten på ett sådant sätt, tillämpa gemenskapsrättens regler direkt.

Det är enligt NOU:s mening inte otänkbart att en preklusionsfrist, dvs. en frist inom vilken överklagande av till exempel kvalificeringskraven skall ske, kan vara till fördel för upphandlingsprocessen. Fördelen med ett sådant system är att klagomål som rör till exempel proportionaliteten i något av kvalificeringskraven inte kan komma upp till prövning i ett sent skede i upphandlingen. NOU vill påtala vikten av att leverantörer trots avsaknad av sådan preklusionsfrist i Sverige inger klagomål rörande upphandlingen så snart fel upptäcks eller misstänks. I den svenska rättstillämpningen finns exempel på att domstolarna förutsätter att leverantörerna så långt möjligt söker förebygga skada. Exempelvis bör leverantörer som anser att fel föreligger i förfrågningsunderlaget inte avvakta beslut i upphandlingen, innan klagomål inge. Se t.ex. mål nr 380-03 E, Länsrätten i Göteborg.

### Begäran om överprövning

Beträffande lagändringen till följd av ”Alcateldomen” bör leverantörerna observera att möjligheten att överklaga en dom som meddelats av länsrätten eller

kammarrätten i viss mån påverkas av att ett interimistiskt beslut<sup>1</sup> har meddelats i den tidigare instansen. För att ett interimistiskt beslut skall meddelas krävs att den klagande begärt detta. Av praktiska skäl bör en klagande leverantör vända sig till länsrätten så snart som möjligt. Ju längre handläggningstid länsrätten får till sitt förfogande desto bättre möjlighet har länsrätten att kommunicera målet och meddela ett beslut om interimistiskt förordnande innan tiodagarsfristen löpt ut. För ytterligare information, se nedan under rubriken ”NOU:s bevakning av domar” på sid. 22.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Förslag till gemensamt radiokommunikationssystem

*NOU har lämnat remissvar (dnr 2003/0015-22) på betänkandet ”Tryggare medborgare – säker kommunikation” från kommittén Radiokommunikation för effektiv ledning (RAKEL)*

Betänkandet är avsett att utgöra ett beslutsunderlag för regeringen inför upphandlingen av ett gemensamt radiokommunikationssystem för det offentliga.

NOU anser att RAKEL inte tillräckligt analyserat reglerna i LOU avseende statens möjligheter att upphandla åt annan part utan att först ha erhållit fullmakt eller godkännande från denne. RAKEL föreslår att upphandlingen i sin helhet genomförs som en tjänsteupphandling. NOU anser däremot att det inte är möjligt att tillämpa den s.k. överviktsprincipen, som återfinns i 5 kap. 3 § LOU avseende varor och tjänster, vid gemensam upphandling av tjänster och byggtreprenader. NOU anser slutligen att RAKEL, genom att inte ange viss teknisk lösning som krav vid upphandlingen, möjliggör för att den bästa tekniska lösningen kommer att antas. Remissvaret finns i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Miljö

### Kriterier för miljömärken

Med de senaste lagändringarna infördes ett förtydligande i LOU avseende möjligheten för en upphandlande enhet att i de tekniska specifikationerna hänvisa till kriterier för miljömärken, under förutsättning att kriterierna utarbetats på grundval av vetenskaplig information. NOU har vid ett flertal tillfällen fått frågor om det går att hänvisa till alla kriterier som ett miljömärke innehåller. Miljömärkenas kriterier syftar till att informera konsumenter och inköpare om miljövänliga produkter. Märkena är baserade på produktens livscykel och hänför sig till olika aspekter såsom produktprestanda, produktmaterial, tillverkningsprocess, återtagande och återbruk användarinstruktioner och konsumentinformation. NOU vill påminna om att en förutsättning för att hänvisa till kriterier för miljömärken är att kriterierna inte är utformade så att de strider mot LOU och de grundläggande gemenskapliga

---

<sup>1</sup> Beslut att upphandlingen inte får avslutas innan rätten beslutar någonting annat eller dömer i målet. Länsrätten kan i en dom besluta att rättsens interimistiska beslut gäller till dess att domen vinner laga kraft.

principerna, framför allt inte principerna om icke-diskriminering och proportionalitet. Vid varje upphandling måste således klargöras exakt vilka kriterier som avses. Miljömärkena i sig kan nämligen innehålla kriterier som i den enskilda upphandlingen inte är förenliga med LOU.

Själva miljömärket kan sedan användas som bevis på att miljökravet uppfylls. De upphandlande enheterna får dock inte enbart godta intyg på miljömärkning som bevis utan även andra typer av bevis, t.ex. testrapporter, måste accepteras.

## Övrigt

### Nätverket för offentlig upphandling PPN (Public Procurement Network)

NOU har tidigare informerat om att Danmark med flera medlemsländer har drivit Pilotprojektet för offentlig upphandling (PPPP –Pilot Project for Public Procurement). Projektet avslutades sommaren 2002 (se *NOU info juni -02*) och har nu fått en efterföljare i Nätverket för offentlig upphandling. Syftet är att de som arbetar med upphandlingsfrågor på regerings- eller central tillsynsnivå skall fortsätta i sina försök att informellt lösa problem vid gränsöverskridande upphandlingar. Europeiska kommissionen skall stödja arbetet, men nätverket skall bedrivas mellan medlemsstaterna utan kommissionens direkta inblandning. I nätverket skall även kandidatländerna (Polen, Baltiska länderna m.fl.) samt Schweiz och Turkiet delta. NOU kommer att tillhöra nätverket och målsättningen blir att informellt, utan inblandning av domstolar eller högre tjänstemän lösa eventuella problem genom att få parterna att tala med varandra, förklara den svenska lagstiftningen och sedvanor eller be någon annan myndighet eller organisation att på ett liknande sätt arbeta för en lösning. I skrivande stund är det inte helt klart hur arbetet kommer att bedrivas och vilka kommunikationskanaler som kommer att användas. Inte heller kommunikationssättet är klart. Utöver vanliga telefonsamtal och e-post, diskuteras även vidareutveckling av det avslutade projektets webbplats ([www.procurementsupport.com](http://www.procurementsupport.com)) eller användningen av det s.k. SOLVIT-systemet, som ingår i den inre marknaden. Kommerskollegium är SOLVIT-center i Sverige och systemet presenteras på Kommerskollegiets webbplats ([www.kommers.se](http://www.kommers.se)). Storbritannien och Slovenien har redan anmält sitt intresse att under de kommande åren arbeta som nätverkets tillfälliga ordförandeland och hålla de två nästkommande mötena i sina hemländer.

### De nya upphandlingsdirektiven

Enligt uppgift har Europeiska kommissionens och rådets förslag till upphandlingsdirektiv nu överlämnats till Parlamentet. NOU återkommer angående innehållet i de nya direktiven som för närvarande finns att hämta på <http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st11/st11029-re03sv02.pdf> (klassiska sektorn) och <http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st12/st12634-re03sv02.pdf> (försörjningssektorerna).

## Internationell arbetsgrupp för elektronisk handel

Europeiska kommissionens Rådgivande kommitté för offentlig upphandling, har bildat en arbetsgrupp för elektronisk upphandling. Sverige representeras i arbetsgruppen av NOU och Statskontoret, som står för den juridiska, tekniska och praktiska bedömningen av de krav och lösningar som e-handeln över gränserna kan erbjuda. Ett inledande möte hölls i mars. Kommissionen betonade vid mötet vikten av att bevara leverantörernas tillgänglighet till e-handelssystem och att det inte skapas nya hinder genom e-handels införande. Arbetsgruppen bör före utgången av år 2004 enas om ett dokument som beskriver hur de tekniska lösningarna går att förena med EG-direktivens och de nationella lagstiftningarnas krav på transparens och likabehandling samt identifiera de krav som får/skall ställas på systemet. Kommissionen anser att kraven som ställs för att delta i elektronisk handel inte bör vara högre än att de kan mötas av leverantörer som har tillgång till en dator med normalprestanda. Kraven måste analyseras och utvärderas så att e-handelssystemen tillgodoser kravet på ömsesidigt erkännande och icke-diskriminering. Först därefter kan man gå vidare och utbyta ”bästa praxis”. Elektronisk handel spänner över allt ifrån första kontakter till avrop på ramavtal och betalning för fullgjorda leveranser. Innan det kan införas fullt ut måste man också acceptera att elektroniska system och papperssystem kommer att existera sida vid sida.

## Regeringsuppdrag rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler

NOU har nyligen tillställt samtliga statliga myndigheter en enkät rörande användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. NOU redovisade i maj 2002 ett regeringsuppdrag i enlighet med vilket NOU tagit fram ett exempel på en antidiskrimineringsklausul som kan användas i upphandlingskontrakt. NOU har nu fått regeringens uppdrag att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Utvärderingen skall dels redovisas i en delrapport efter sommaren avseende samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler, dels i en slutrapport avseende samtliga statliga myndigheters samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheters användning av antidiskrimineringsklausuler.

NOU skall kartlägga i vilken utsträckning myndigheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen, eller om någon annan liknande klausul använts och om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det. NOU skall också redovisa vilka eventuella problem som myndigheterna har vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.

I slutrapporten nästa år skall även redovisas vilka åtgärder som de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna.

Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen skall ges tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna. Enligt ett pressmeddelande från Finansdepartementet med anledning av uppdraget, skall utvärderingen av användningen av

antidiskrimineringsklausuler utgöra underlag för ett eventuellt beslut att ålägga statliga myndigheter att använda någon form av antidiskrimineringsklausul.

## NOU utreder sponsring

NOU har fått i uppdrag av regeringen att ”klarlägga under vilka förutsättningar LOU är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter”. NOU:s utredning skall ske i samråd med Statskontoret, som samtidigt har regeringsuppdrag att bl.a. pröva och kommentera befintliga definitioner av sponsring och lämna förslag till en enhetlig definition av begreppet sponsring. NOU kommer i sin utredning även att kontakta andra medlemsstater i EU för att se hur dessa har löst frågorna kring sponsring och EG:s upphandlingsregler. NOU skall redovisa sitt uppdrag till regeringen senast den 15 september 2003.

## Kartläggning av upphandling av kött

Som NOU tidigare informerat om har den europeiska kommissionen uppmärksammat svenska myndigheter på det danska slakteriförbundets anmälan angående svårigheter för förbundets medlemmar att få tillträde till och sälja danskt kött på den svenska marknaden. NOU fick under år 2002 regeringens uppdrag att informera om vilka regler som gäller vid upphandling av köttprodukter. Informationen utarbetades i samråd med Svenska Kommunförbundet och publicerades på såväl Kommunförbundets som NOU:s webbplatser samt i *NOU info*.

Kommissionen hävdar dock att problemen att sälja kött av annat ursprung än svenskt kvarstår inom ett antal svenska kommuner, även när kvalitetsbrister i det utländska köttet inte går att påvisa. Regeringen har därför givit NOU i uppdrag att kontrollera huruvida detta stämmer. Med anledning av detta har NOU tillskrivit 83 kommuner som enligt uppgift från kommissionen vid upphandling av kött eller vid avrop från ramavtal ställer eller har ställt krav på att köttet skall vara av svenskt ursprung. NOU vet i nuläget inte hur många av dessa kommuner som verkligen ställer eller har ställt sådana krav och har för att klargöra om så är fallet, ombett kommunerna att besvara ett antal frågor.

NOU vill på nytt understryka vikten av att ställda krav följer såväl LOU som de EG-rättsliga principerna, bl.a. principen om icke-diskriminering.

## Viss omstrukturering av NOU info / Rättsfall

Som läsarna observerat har NOU placerat rättsfallen direkt under de rubriker som de närmast hänför sig till och inte längre samlat dem under ett särskilt avsnitt. NOU vill naturligtvis fortsätta med att göra nyhetsbrevet mer läsarvänligt och är därför tacksam för åsikter om eller förslag på vad läsarna önskar. Dessa kan skickas till [registrator.nou@nou.se](mailto:registrator.nou@nou.se).

## NOU:s jubileumsbilaga



### NOU:s nämnd

Från vänster; Hans Ekman, Gunilla Hulting, Lisbeth Johnson, Dan Holke, Lisbeth Edlund, Jonas Berggren, Eva Sveman, Bengt Agild.

### NOU:s kansli

Från vänster; Magnus Nilsson, Monica Bjurler, Linda Dahlström, Camilla Gra Morin, Åsa Edman, Kristian Pedersen, Andrea Sundstrand, Charlotte Brunlid.  
Sittande; Margareta Hentze, Michael Slavicek





## Ett decennium med NOU

Det är i år 10 år sedan NOU startade sin verksamhet. Åren har gått fort. När jag fick frågan om jag ville bli ordförande i nämnden funderade jag givetvis över vad uppdraget skulle innebära. Offentlig upphandling var vid den tidpunkten ett ganska luddigt begrepp för mig. Jag accepterade med förhoppningen att det skulle bli lärorikt. Det blev det. Väl underbyggda föredragningar av kansliets skickliga personal och stimulerande diskussioner inom nämnden har ökat mina kunskaper rejält. Det ständiga lärandet har visat sig vara nödvändigt. LOU har ändrats åtskilliga gånger under årens lopp och såväl EG-domstolen som våra inhemska domstolar har kommit med ett antal betydelsefulla avgöranden.

Offentlig upphandling är ett från ekonomisk utgångspunkt viktigt område. Sammantaget rör upphandlingarna årligen mycket stora belopp. Även små procentuella kostnadsbesparingar får till följd härav stor positiv effekt för de upphandlande enheterna. Leverantörernas ställning och rättigheter har under senare tid kommit alltmer i fokus och antalet överprövningsmål i förvaltningsdomstolarna har ökat stadigt.

Det har visat sig att NOU inte i alla delar har den behörighet som varit önskvärd för att nämnden alltid skall kunna agera effektivt. Redan tidigt har exempelvis en talerätt för NOU diskuterats. Det är lämpligt att frågor av detta slag får en lösning i samband med att ställning tas till hur det arbete som nämnden utför fortsättningsvis skall vara organiserat. Min förhoppning är att den höga kompetens som finns inom både kansliet och nämnden även fortsättningsvis skall tas tillvara inom upphandlingsområdet och utvecklas ytterligare.

Lisbeth Edlund, nämndens ordförande

---

Lisbeth är lagman i Kammarrätten i Göteborg och har varit NOU:s ordförande sedan dess tillkomst.

## Tankar från vice ordförande

Förtroendeuppdraget, att från nämndens tillblivelse representera handelspolitik och mer generella inre marknadsaspekter i NOU, har jag själv upplevt som en förmån. Till mitt dagliga arbete på Kommerskollegium med att främja den inre marknadens funktionssätt har jag fått värdefulla erfarenheter från upphandlingsområdet och inblickar i hur olika viktiga samhällssektorer fungerar. Nämndarbetet har således givit mig mycket, samtidigt som jag kunnat dela med mig litet av mina erfarenheter och kunskaper.

Jag tycker att NOU kunnat göra ett bra arbete just genom att nämnden fungerat som en mötesplats för olika kompetenser och erfarenheter. Ledamöternas insikter om hur deras område kan samspela med regler och marknadsmässiga krav har förenats med kansliets gedigna sakkunskap på området. När NOU lämnat ifrån sig ett yttrande har regeringen, upphandlande enheter och leverantörer kunnat vara förvissade om att frågorna belysts allsidigt och att ställningstagandena beaktat såväl EG-rätt som svensk rättsordning. Inte minst viktigt har hänsyn också tagits till den verklighet som leverantörer och upphandlande enheter dagligen verkar i. Allt detta har skapat legitimitet för NOU:s beslut och förslag.

En tillsynsmyndighets uppgift kretsar naturligtvis kring regelverket på området. EG:s upphandlingsdirektiv och därmed LOU är mycket detaljerade i sina krav på hur upphandlingsprocessen ska se ut. Det gäller som bekant tidsgränser, annonseringskrav m.m. m.m. En allmän reflexion man kan göra är att det bästa många gånger är det godas fiende. Upphandlande enheter undviker att tillämpa regelverket därför att det är för krångligt och ställer krav som ibland inte stämmer med verklighetens karta. På samma sätt undviker många företag att ge sig in i offentliga affärer för att det upplevs för besvärligt. Går det inte att minska på de

detaljerade kraven och ändå upprätthålla viktiga principer som icke-diskriminering och öppenhet?

Slutligen är jag lite besviken på statsmakterna som jag tycker suboptimerar genom att hålla nere NOU:s resurser till ett minimum. Marginalnyttan av att tillföra resurser för att främja effektivare offentlig upphandling är stor mot bakgrund av den stora andel av våra gemensamma pengar som upphandlingen omsätter.

Bengt Agild, nämndens vice ordförande

---

Som kommersråd vid Kommerskollegium arbetar Bengt med handelshinder och inre marknadsproblem.

## Reflexioner från en nämndledamot

Jag har haft förmånen att vara ledamot i NOU från det att myndigheten bildades. Under denna tid har inte bara antalet anställda tjänstemän ökat, utan även nämnden har utökats med en ledamot. Vi har haft åtskilliga möten under dessa år och avhandlat en mängd olika frågor. När jag tittar tillbaka i gamla protokoll, kan jag se att det i början rörde sig om många administrativa frågor rörande kansliet, men ganska snart kom klagomålsärenden och remissvar in på agendan.

Man kan också se att vissa frågor var på tapeten redan från början, medan andra har kommit senare. Ett exempel på en fråga som har följt oss genom åren är vilka enheter som är skyldiga att följa LOU, ett annat exempel är i vilken omfattning man kan ta miljöhänsyn i samband med upphandling. Rent generellt tycker jag att man kan säga att ärendena har blivit mer komplicerade med tiden. Å andra sidan har det kommit mer praxis från EG-domstolen och svenska domstolar, vilket underlättar tolkningen i vissa fall. LOU har ju också ändrats ett antal

gångar under dessa år, vilket har medfört nya frågor och problem att ta ställning till.

Redan när man föreslog att inrätta en nämndmyndighet för tillsynen av den offentliga upphandlingen var jag positiv och denna positiva syn har snarare ökat än minskat. Jag tycker att det är mycket bra att många olika kompetenser från olika samhällssektorer strålar samman och tillsammans med den kompetenta personalen på kansliet försöker fatta så kloka och riktiga beslut som möjligt. Offentlig upphandling är ett mycket komplicerat område och det är nödvändigt att känna till även annan lagstiftning som berör det som ska upphandlas, t.ex. bestämmelser rörande hälso- och sjukvård, läkemedel och renhållning. Det finns inget som tyder på att det kommer att bli enklare i framtiden, tvärtom! Det är därför min förhoppning att NOU kommer att bestå även i framtiden!

Eva Sveman, nämndledamot

---

Som jurist på Landstingsförbundet arbetar Eva med upphandlings- och konkurrensfrågor.

## Vad rör sig i huvét på en kanslichef med 10 års perspektiv?

### 1. Glädjande tankar:

- Att upphandlingsområdet blivit så uppmärksammat även av politiker och verksamhetsansvariga (konstigt dock att det behövts lagstiftning och sanktioner för det).
- Att det nu finns så många fler professionella upphandlare.
- Att intresset ökat så markant för hur olika upphandlingsproblem hanteras i andra länder.
- Att NOU fortfarande är med på banan och – förhoppningsvis – genom vår tillsyn och information kan bidra till en

förbättrad upphandlingsverksamhet i de upphandlande enheterna! Och att alla anställda orkat hålla ett så högt tempo och ett så gott humör, trots sex år av ifrågasättande av organisationsformen!

## 2. Tankar om vad NOU egentligen sysslat med i 10 år

NOU började som nästan ett bihang till Riksrevisionsverket. Vi uppfattades nog bättre som självständig myndighet efter utflyttningen till Riddarholmen, där vi fick lite administrativt stöd av Statskontoret i stället. Med sina nio anställda har NOU:

- stöttat regeringskansliet åtskilligt vid de tio (!) lagändringarna, vid diskussionerna om ändringar av upphandlingsdirektiven och i många andra sammanhang, t.ex. vid klagomål från EG-kommissionen. Det var tungt i början innan innebörden av hur EG-rätten inverkar hade nått ut! NOU kämpade nog lite i motvind med sina tolkningar, som dock visat sig hålla ganska väl,
- genomfört mer än tiotalet större regeringsuppdrag,
- svarat på hundratals remisser på vitt skilda områden och träffat minst lika många utredare, upphandling berör ju *alla* samhällets politikområden och myndigheter! Har ni för övrigt tänkt på att *alla* idéer att engagera andra juridiska personer än den egna för någon form av verksamhet för det offentliga kräver ställningstagande till om LOU/direktiven är tillämpliga! Jag är tämligen säker på att vi här har uppmärksammat statsmakterna och många organisationer på oklarheter eller rena misstag och motat Olle i grind åtskilliga gånger. Och haft många goda idéer!
- handlagt kanske tusentalet klagomålsärenden, förutom ett par tusen

fax och e-mail som vi kunnat besvara ”över dagen”,

- bedrivit flera tillsynsprojekt av skiftande karaktär och storlek,
- svarat på säkerligen 50 000 frågor i telefon, byggt upp en webbplats som förra året hade i stort sett 100 000 besökare, gett ut ett fyrtiotal nyhetsbrev och många andra publikationer, medverkat i rader av seminarier, pratat med otaliga journalister osv.,
- producerat (med hjälp av SCB) årlig, obligatorisk statistik och
- med EU-finansiering drivit ett större s.k. twinningprojekt i Litauen (6,5 mkr), ett något mindre i Slovenien och som s.k. ”junior partner” medverkat i ett projekt i Slovakien.

Kanske bör jag tillägga att NOU förväntas klara inte bara alla förekommande offentliga verksamhetsområden utan även alla *nivåer* på diskussioner och frågor, från de mest övergripande, abstrakta eller principiella till de konkreta, rent handfasta.

## 3. Mindre glädjande tankar:

Att det *fortfarande* finns politiker och verksamhetsansvariga:

- som inte tycks ha fattat att Sverige har blivit medlemsstat i EU och därmed *förbundit* sig att ha en rättvis upphandling,
- som föregår med dåligt föredöme vid upphandling och ibland inte ens inser att de upphandlar...,
- som tror att upphandling kan skötas av nästan vem som helst,
- som inte definierar något ansvar i organisationen för hur upphandling skall gå till och hur upphandlingsområdet skall bevakas löpande,

- som bestämmer sig för en leverantör innan någon upphandling genomförts, ibland t.o.m. innan uppdraget formulerats eller kraven på produkten preciserats,
- som tror att den bästa leverantören alltid är den som man alltid har haft,
- som tror att man kan ställa en massa krav på leverantörerna utan att kontrollera att alla kraven verkligen uppfylls,
- som tillåter att leverantören väljs på andra grunder än vad anbudsgivarna förespeglats i förfrågningsunderlaget,
- som ägnar stort arbete åt att söka kringgå LOU, ibland t.o.m. genom domstolstrots! eller
- som i ambitionen att via upphandlingen åstadkomma andra förändringar/förbättringar i samhället tappar bort den affärsmissiga aspekten.

### Vad önskar jag mig i 10-årspresent?

Ett beslut om NOU:s organisation samt ökade befogenheter! Och mera pengar till NOU förstås! Vi har för få medarbetare och hinner knappt det allra viktigaste. Och det är så mycket vi skulle vilja göra, framför allt i informationsväg. Vi skulle gärna vilja hinna med att ha mer systematiska kontakter med representanter för både inköpare och leverantörer!

**Och avslutningsvis.** För mig personligen har NOU varit ett fantastiskt stöd i en svår personlig sorg. För det vill jag tacka mina sällsynt omtänksamma, duktiga, och lojala medarbetare (även tidigare anställda) och nämnden.

Margareta Hentze, kanslichef

---

Margareta har en bakgrund inom statlig och kommunal upphandlingsrevision.

### Chefsjuristens reflektioner

Alla nystartade organisationer förefaller ha särskilt roligt de första verksamhetsåren. De som kommer senare får ofta lyssna på historier om de första ”galna” åren, när man sökte sina roller, alla var yngre och gjorde en massa saker tillsammans. Jag tillhör inte den ursprungliga besättningen, eftersom jag kom till NOU i början av 1996 som en tillfällig förstärkning från Kammarrätten i Göteborg. Ändå känner jag det som om jag missat endast lite av NOU:s första kreativa år under vilka vi försökte få de europeiska direktiven att stämma överens med LOU. På den tiden saknades ännu någon mera omfattande rättspraxis på området och vi tvingades att själva formulera olika gränsdragningar, t.ex. de som finns mellan ett undantaget hyreskontrakt och tjänste- eller byggtreprenadskontrakt.

En av de viktigaste och ständigt återkommande arbetsuppgifterna har varit att definiera vilka organisationer som är upphandlande enheter. NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. Enligt direktiven krävs att det finns en förteckning över upphandlande enheter. Vilka organ som skall anses omfattas av begreppet upphandlande enhet har grundläggande betydelse för frågan om organisationen har skyldighet att upphandla i enlighet med EG-direktiven, GPA<sup>2</sup> och LOU. Ytterst gäller det statens ansvar gentemot de övriga medlemsstaterna i EU och GPA att alla de organ som rätteligen bör omfattas av regleringen också gör det.

Statliga myndigheter och kommuner/landsting är upphandlande enhet per definition. Svenska kyrkan omfattas enligt nuvarande lag endast för begravningsverksamheten. Angående en mängd företag, föreningar och stiftelser tvingades vi dock

---

<sup>2</sup> Världshandelsorganisationens avtal Government Procurement Agreement (GPA).

redan tidigt bedöma om dessa omfattas av LOU eller inte. Mot bakgrund av att definitionerna inte är solklara och att det fortfarande finns betydelsefulla skillnader mellan direktiven och den svenska lagen är det inte så lätt. Det finns få rättsfall från svenska domstolar som berör frågan. De rättsfall som senare kommit från EG-domstolen bekräftar i allt väsentligt vad NOU skrivit. Alla frågor har dock ännu inte blivit besvarade och någon fullständig förteckning över upphandlande enheter finns inte. Vissa medlemsstater har upprättat listor över vilka enheter i de respektive länderna som omfattas av direktiven. För Sveriges vidkommande anges att det är alla icke-kommersiella enheter vars upphandling står under tillsyn av NOU.<sup>3</sup> Vi förväntas därför kunna svara på frågan om någon frågar. Det som komplicerar situationen är att det med jämna mellanrum tillkommer sådana nya bolag, stiftelser och föreningar som är inrättade i det allmännas intresse och som inte kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär samt över vilka stat, kommuner, landsting eller andra upphandlande enheter behåller beslutande inflytande genom finansiering, tillsyn eller tillsättningen av merparten av styrelseledamöter. Även det motsatta kan dock förekomma, det vill säga att de som varit upphandlande enheter inte längre är det. Förutom de stora kartläggningarna vi gjort av företag med statligt ägande och kommunalägda bolag kommer det ständigt in nya frågor om olika organisationer omfattas av LOU.

Det är ingen hemlighet att det finns några få företag som inte delar NOU:s bedömning att de är upphandlande enheter. NOU har därför för regeringen påtalat vikten av att NOU får

<sup>3</sup> T.ex. "Guidelines to the Community rules on public procurement of services", ISBN 92-828-0038-5, sid. 95 i vilka det anges: "XV SWEDEN. All non-commercial bodies whose whole procurement is subject to supervision by the National Board for Public Procurement."

bestämma eller genom någon annan, t.ex. en domstol, få fastställt vilka som omfattas av LOU.

Utöver vad som redan har skrivits av andra är det NOU:s förhoppning att de kommande lagändringarna leder till en bättre överensstämmelse mellan definitionerna i direktiven och LOU och att man finner några mekanismer för att fastställa om en organisation är en upphandlande enhet.

Michael Slavicek, chefsjurist

Michael är kammarrättsassessor men har sedan 1996 inte kunnat slita sig från vare sig NOU eller den offentliga upphandlingen.

## Utvecklingen mot mera miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling

Under de senaste fem åren har regeringen med tydlighet understrukit att miljöhänsyn och sociala hänsyn skall beaktas inom ramen för offentlig upphandling. Som exempel kan regeringsförklaringen för år 2000 nämnas. Där anges att "Miljökrav skall ställas vid all offentlig upphandling". Redan 1998 tillsatte regeringen en delegation för ekologisk hållbar upphandling (EKU-delegationen) med uppdrag att arbeta pådrivande för att den offentliga upphandlingen skall vara ett instrument för att åstadkomma en ekologisk hållbar samhällsutveckling. Samtidigt fick frågan ett uppsving inom EU på grund av aktivt arbete bl.a. från svenskt håll.

Den Europeiska kommissionen utlovade tidigt ett tolkningsmeddelande som dock lät vänta på sig. Först under sommaren 2001 hade dokumentet malts genom den europeiska byråkratins kvarnar och resultatet var ganska väntat, dvs. inte alltför kontroversiellt. NOU kunde glädja sig åt att tidigare tolkningar som myndigheten gjort i samband med regeringsuppdrag stod sig förhållandevis bra (NOU:s dnr 1998/0015-29). Det senaste i raden av uppdrag till NOU och var att ta fram information om

upphandling av kött (NOU:s dnr 2002/0147-28) med anledning av den Europeiska kommissionens klagomål mot att svenska upphandlande enheter i sina livsmedelsupphandlingar kräver att kött ska ha svenskt ursprung.

Den 1 juli 2002 ändrades LOU såtillvida att det nu uttryckligen framgår att miljömärkning kan användas som bevis vid offentlig upphandling samt att särskilda villkor får användas, vilka bl.a. kan innefatta miljöhänsyn och sociala hänsyn. Huruvida bestämmelsen om särskilda villkor kommer att stå sig, bl.a. mot bakgrund av EG-domstolens dom i det s.k. Concordiamålet (C-513/99) från september 2002, får framtiden utvisa. EG-domstolens praxis på området har visat sig minst sagt snårig att tolka ("Beentjes" C-37/89 och "Nord-pas-de-Calais" C-225/98). Förutom att ha bäring på miljöfrågan är dessa rättsfall och bestämmelsen om särskilda villkor i LOU givetvis också intressanta för möjligheten att beakta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Termen sociala hänsyn kan anses som något missvisande, då det t.ex. beträffande antidiskrimineringsklausuler kan hävdas att dessa handlar om grundläggande mänskliga rättigheter.

Antidiskrimineringshänsynen introducerades i samband med offentlig upphandling något senare än miljöhänsynen, bl.a. genom att Upphandlingskommittén fick i uppdrag att utreda möjligheterna att beakta sådana hänsyn i samband med offentlig upphandling (SOU 2001:31). I början av 2001 överlämnade regeringen till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering* (2000/2001:59). Regeringen angav att den kommer att arbeta med inriktningen att de möjligheter som kan finnas att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling verkligen utnyttjas. Under hösten 2001 publicerade den Europeiska kommissionen ett försenat tolkningsmeddelande om möjligheterna att

beakta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling (KOM(2001) 566 slutlig). Meddelandet bygger i mångt och mycket på det tidigare nämnda miljötolkningsmeddelandet.

I början av 2002 fick NOU i uppdrag av regeringen att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i upphandlingskontrakt. Alldeles nyligen fick NOU ett ytterligare uppdrag av regeringen att undersöka i vilken utsträckning den offentliga sektorn använder antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. I ett första steg skall samtliga statliga myndigheter tillfrågas om sin användning och samtidigt informeras om NOU:s antidiskrimineringsklausul. I en slutrapport som skall lämnas 1 juli 2004 skall alla upphandlande enheters användning av dessa klausuler redovisas. Avsikten med klausulerna är att bekämpa diskriminering på flera plan i samhället, även genom offentlig upphandling. Antidiskrimineringsklausuler är dock svåra att utforma på ett sådant sätt att de kan tillämpas i alla typer av upphandlingar. Det krävs en hel del av den upphandlande enhet som avser att använda antidiskrimineringsklausuler, bl.a. god kunskap om diskriminerings- och upphandlingslagstiftningen. Låt oss hoppas att regeringen avser att satsa på information och utbildning inom båda dessa områden.

Dessa frågor har alltså under den senaste tiden i mångt och mycket präglat arbetet vid NOU. Förutom ovan nämnda arbeten har NOU besvarat mängder av frågor och remisser på området samt suttit med i kommittéer och till viss del utövat tillsyn på området.

Åsa Edman

Åsa har förutom tre års arbete på NOU även varit biträdande sekreterare i Upphandlingskommittén och nu flytt fältet för ett års tjänstgöring på finansdepartementets kommunenhet.

## NOU tillsynsåtgärder under 10 år

När NOU började sin verksamhet häpnade många över den komplexa upphandlingslagstiftningen som snart skulle träda i kraft. Det var inte bara inköpare, leverantörer och NOU:s personal som reagerade över LOU:s svårighetsgrad utan även lagrådet reagerade och uttalade i sitt yttrande över lagstiftningen att den ”har fått en omfattning och detaljeringsnivå som allmänt sett inte är önskvärd och som får anses strida mot den i Sverige normalt tillämpade lagstiftningstekniken”<sup>4</sup>. Med detta i åtanke valde NOU att under de första verksamhetsåren arbeta med en tämligen vid tolkning av begreppet tillsyn som fick inkludera en hel del informationsspridning.

Allteftersom regelverket har tillämpats och blivit känt har NOU övergått till att tolka tillsynsuppgiften på ett mer traditionellt sätt som kontroll av att upphandlande enheter tillämpar LOU. Målet för NOU:s tillsyn är att öka regelefterlevnaden bland upphandlande enheter. Mot bakgrund av det stora antalet upphandlande enheter har NOU prioriterat granskningar som kan förväntas medföra stor effekt för en enskild upphandlande enhet eller som kan leda till generella uttalanden som många upphandlande enhet kan ha nytta av.

Tillsynsinsatserna på NOU har initierats dels på eget initiativ och dels på grundval av att en klagoskrivelse inkommit till NOU, oftast från en leverantör som anser sig vara felbehandlad. NOU har mottagit klagomålsärenden alltsedan starten och de ärenden som upptas till prövning kommuniceras normalt med den upphandlande enhet som klagomålet avser. NOU har måst begränsa antalet ärenden och numera prövas endast sådana ärenden som anses ha

ett allmänt eller principiellt intresse. Tunga ärenden behandlas i NOU:s nämnd. Utmynnar ärendet i en för andra intressant iakttagelse eller tolkning brukar ärendet refereras i nyhetsbrevet *NOU info*.

Det första större tillsynsprojekt som gjordes på eget initiativ var att 1997 utvärdera effekterna av LOU. En enkät besvarades av upphandlande enheter och leverantörer och följdes upp med intervjuer. Resultatet publicerades i januari 1998 i rapporten ”Effekter av lagen om offentlig upphandling” och utredningen visade bland annat att LOU ansågs ha lett till goda ekonomiska effekter och att ökad annonsering har gett goda resultat.

I samband med att den egeninitierade tillsynen skulle öka beslutades under våren 1998 en strategi för NOU:s tillsynsverksamhet där mål, prioriteringar och metoder fastställdes för att åstadkomma en bättre regelefterlevnad genom aktiva tillsynsåtgärder.

Under 1999 kontrollerades efterlevnaden av LOU:s krav på att efterannonsera varje upphandling över tröskelvärdena hos ett stort antal upphandlande enheter. Ett av syftena med efterannonseringen är att ge alla leverantörer möjlighet att kontrollera vilken leverantör som tilldelats ett avtal, vilket i sin tur i olika avseenden kan bidra till en god leverantörsutveckling. Ett annat är att utgöra ett lätthanterligt underlag för den obligatoriska statistiken till EU. Det innebär ett kostnadskrävande och tidsödande arbete att sammanställa den årliga statistiken till följd av bristande efterannonsering. Därför är det av mycket stor betydelse att de upphandlande enheterna sköter sin efterannonsering och bygger in denna som en del i rutinen för varje upphandling över tröskelvärdena (inklusive B-tjänster).

NOU har vidare under år 2000 utrett övergripande hur de kommun- och landstingsägda bolagen tillämpar lagstiftningen om offentlig upphandling. Orsaken till att just

<sup>4</sup> Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling s. 137

dessa bolag valdes var att det i den tidigare nämnda utredningen avseende effekter av LOU kunnat konstateras att regelefterlevnaden var särskilt låg i dessa bolag samtidigt som samma utredning visade att de bolag som följde LOU kunde påvisa stora besparingseffekter. Samtliga 1275 bolag tillfrågades. NOU:s granskning ledde till att ett flertal granskade bolag ändrade uppfattning från att ha ansett sig inte omfattas av LOU till att de ansåg sig vara en upphandlande enhet.

NOU har i två omgångar utrett i vilken utsträckning bolag med statligt ägande tillämpar LOU (rapport publicerad i november 1998 och februari 2000). NOU tillskrev 335 bolag med frågor om LOU tillämpades och om inte, på vilken grund bolaget ansåg sig inte omfattas av reglerna. Även denna granskning resulterade i att de flesta bolag som borde ha omfattats av LOU också började tillämpa lagen.

Ett stort problem för NOU:s möjlighet att bedriva en effektiv tillsynsverksamhet har varit bristen på redskap för att komma tillrätta med upphandlande enheter som, trots påpekanden, bryter mot LOU och på olika sätt inte lever upp till kraven att tillämpa de EG-rättsliga principerna på upphandlingsområdet. NOU:s behov av maktmedel har utretts och diskuterats sedan -97 och NOU hoppas därför att ett beslut är nära förestående.

Camilla Graf Morin

Camilla har jobbat på NOU allt sedan dess tillkomst 1993 och dessförinnan på RRV.

## Försörjningssektorerna och LOU

Organisationer som tillhör försörjningssektorerna består, till skillnad från dem som tillhör den klassiska sektorn, ofta av företag som drivs i vinstsyfte men som ändå har en monopolställning. Koncerner är vanliga

inom försörjningssektorerna. Detta sammantaget har lett till att reglerna för dessa sektorer skiljer sig från reglerna för den klassiska sektorn. Nästan varje bestämmelse för försörjningssektorerna, som vid en flyktig jämförelse uppfattas som likalydande med motsvarande för den klassiska sektorn, innehåller mindre eller större skillnader. I samtliga fall är reglerna för försörjningssektorerna mindre strikta än motsvarande regler för den klassiska sektorn.

Regleringen av försörjningssektorerna återfinns i ett särskilt direktiv, 93/38/EEG. När LOU skrevs valde lagstiftaren att lägga in bestämmelserna om dessa sektorer i kapitel 4. De generella reglerna lyftes dock ut och placerades i första kapitlet. Även rättsmedlen för försörjningssektorerna återfinns i ett särskilt direktiv, 92/13/EEG. Här valde lagstiftaren att lägga in reglerna om rättsmedlen i försörjningssektorerna i samma kapitel som rättsmedlen för den klassiska sektorer, kapitel 7. Upphandlingar under tröskelvärdena för försörjningssektorerna regleras på samma sätt som för den klassiska sektorn, i kapitel 6.

Viss förvirring verkar fortfarande råda om när reglerna är tillämpliga respektive inte tillämpliga. Det är t.ex. inte klart uttryckt om de undantag som endast återfinns i 4 kap. LOU även avser upphandling inom försörjningssektorerna under tröskelvärdena.

NOU har ändå sedan starten inriktat sig på att försöka bena ut vilka upphandlande enheter som omfattas av reglerna i försörjningssektorerna, vid vilka tillfällen dessa regler varit tillämpliga och hur reglerna ska användas. En särskilt stor utmaning var avregleringen av elmarknaden den 1 januari 1996. NOU tillbringade mycket tid hösten 1995 med att tala med upphandlande enheter inom energisektorn om hur LOU skulle tillämpas i den nya avreglerade marknaden. Upphandling av färdtjänst har ofta, felaktigt, skett enligt reglerna i 4 kap. LOU. En mängd frågor



återstår att utreda, såsom frågan om hur reglerna i 4 kap. LOU påverkar fjärrvärme-marknaden, liksom den praktiska tillämpningen av prekvalificeringssystem.

Försörjningssektorernas upphandling motsvarar i dag värdemässigt ca 20 procent av den totala upphandlingen i Sverige. Precis som inom den klassiska sektorn finner NOU fortfarande ett förvånansvärt stort antal organisationer som inte känner till att de omfattas av LOU, nio år efter det att lagen trädde ikraft. Här ser NOU att en hel del arbete återstår, både i form av information och i form av tillsynsåtgärder.

Inom EU håller nya regler för offentlig upphandling på att arbetas fram. När de nya reglerna antagits har varje medlemsland en viss tid på sig att införa de nya reglerna i sin lagstiftning. NOU:s förhoppning inför framtiden är att lagstiftningen görs tydligare och mer lättförståelig för dem som ska tillämpa reglerna.

Andrea Sundstrand

Andrea har arbetat på NOU sedan 1994 och har sedan dess ett särskilt ansvar för försörjningssektorerna.

## NOU ett "PPO"

"Regeringen beslutar, inför utvidgningen av EU, att myndigheter inom sina verksamhetsområden får samarbeta med kandidatländer i syfte att främja en utveckling som ökar förutsättningarna för att länderna vinner medlemskap i EU." Den 12 december 1999 togs ett regeringsbeslut i vilket sägs att det är av stor vikt att Sverige deltar aktivt i insatser för att ge ett konkret och synligt bidrag till utvidgningsprocessen.

NOU tog uppgiften på allvar och sedan hösten 1999 har twinningprojekt varit en del av NOU:s verksamhet. Twinning är en av former som används för att förbereda EU:s kandidatländer för ett medlemskap och innebär att tjänstemän från EU:s medlems-

länder deltar i projekt för att lämna stöd till kandidatländerna för deras anpassning av lagstiftningen till EU:s regelverk samt till informationsuppbyggnad inför medlemskapet i EU. Ett Twinningprojekt skall långsiktigt knyta samman myndigheterna. NOU har samarbetat med Litauen, Slovenien och Slovakien. Det största projektet har varit Litauen i vilket NOU har varit huvudansvarig och haft Italien som juniorpartner. I Slovenien har NOU samarbetat med ESV samt Finansdepartementet som har haft huvudansvaret. I Slovakien har NOU deltagit med en mindre del med Italien som huvudansvarig.

I de tre länderna har NOU bistått med sakkunskap vid översyn av upphandlingslagarna för att anpassa dem till EG-direktiven om offentlig upphandling. I Litauen och Slovenien har NOU givit stöd vid utveckling av de relativt nybildade tillsynsmyndigheterna, medverkat vid utbildning avseende grundläggande EG-rätt och EG-direktiven om offentlig upphandling och tagit fram handböcker och utbildningsmaterial.

I de tre länderna finns det en myndighet (ett s.k. Public Procurement office, PPO) med likartade uppgifter som NOU och personal med samma typ av erfarenhet och arbetsuppgifter. Trots vissa språkbarriärer har det inneburit många stimulerande diskussioner och reflektioner om upphandling. Sverige har för inte alltför länge sedan blivit medlem i EU och gått igenom en liknande process. För en lyckad twinning är det viktigt att vara ärlig och vi har därför visat på de svårigheter som vi gått igenom och på de misstag vi gjort.

Projektet avslutades augusti 2002 men även därefter har vi "twinnt" med våra kollegor i Litauen, Slovenien och Slovakien och ser nu fram emot att samarbeta med dem som EU-medlemsländer i framtiden. Med tio nya medlemsländer kommer massor av nya spännande idéer och infallsvinklar och vi vet

att i alla fall våra samarbetspartner kommer att tillföra mycket.

Linda Dahlström

Linda arbetar sedan tre år på NOU och har bl.a. i praktiken ansvarat för de större twinning-projekten samt ägnat mycket tid åt miljöaspekter vid offentlig upphandling.

## NOU:s bevakning av domar

NOU har sedan starten år 1993 bevakat alla domar och domstolsbeslut rörande offentlig upphandling. Det gäller mål både från förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar. Anledningen till bevakningen är, utöver att den ger en viktig inblick i praxis, bland annat att den ger en inblick i vilka problem som är aktuella inom offentlig upphandling och hur olika lagändringar fått genomslag i domstolarna.

För närvarande kan konstateras att den lagändring som genomfördes den 1 juli 2002 med anledning av den s.k. ”Alcateldomen” från EG-domstolen (mål nr C-81/98, kommenterad i *NOU info december -99*) och som ger leverantörer bättre möjlighet att begära överprövning i mål om offentlig upphandling, har lett till en lavinartad ökning av antalet mål i länsrätterna.

### Överprövade mål i länsrätt

1994-1996:	ca 70 per år
2000:	108 st.
2001:	150 st.
2002:	299 st.

Av de mål som avgjordes under år 2002 avgjordes 146 mål bara under årets fyra sista månader. Ökningen ser ut att fortsätta även under innevarande år. Under januari och februari 2003 avgjordes totalt 107 mål. Med den takt som ökningen skett kan antalet

avgjorda mål i länsrätterna under år 2003 bli omkring 500.

Beträffande lagändringen till följd av ”Alcateldomen” bör leverantörerna observera att *möjligheten att överklaga* en dom som meddelats av länsrätten eller kammarrätten *i viss mån är beroende av att ett interimistiskt beslut<sup>5</sup> har meddelats i den tidigare instansen*. Enligt 7 kap. 1 § 3 st. 2 p. LOU får en upphandling prövas till dess tio dagar gått från det att rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Om länsrätten eller kammarrätten inte meddelat ett interimistiskt beslut kan den upphandlande enheten sluta avtal omedelbart efter det att domen meddelats, varefter leverantören inte längre har möjlighet att få målet prövat i högre instans. Även om det finns ett interimistiskt beslut från länsrätten eller kammarrätten, kan dock problem uppkomma rörande möjligheten att få domen prövad. Till varje dom från länsrätten bifogas en särskild blankett med information om hur man kan överklaga domen eller beslutet. Överklagande kan enligt informationen göras inom tre veckor från det att en klagande leverantör fick del av domen. Det är dock inte säkert att en leverantör har så lång tid att överklaga domen, eftersom den upphandlande enheten kunde ha fått delgivningen snabbare och slutit ett avtal så fort tio dagar har gått efter länsrättens dom. Enligt LOU gäller att en leverantör inte får målet prövat om en upphandlande enhet redan slutit avtal och tio dagar förflutit sedan det interimistiska beslutet upphävts. Om inget upphandlingskontrakt slutits, kan dock klagomålet prövas även efter det att tiodagarsfristen löpt ut.

Förhoppningsvis är ökningen av antalet mål temporär och kommer att sjunka framöver.

<sup>5</sup> Beslut att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten beslutar någonting annat eller dömer i målet. Länsrätten får dock i en dom besluta att rättsens interimistiska beslut gäller till dess att domen vinner laga kraft.

Genom att de olika domstolarna och då framför allt de högre instanserna bedömer olika typer av problemställningar inom offentlig upphandling, blir rättsläget allt klarare. Det kan leda till att de leverantörer som vill klaga på upphandlingar bättre kan bedöma huruvida det som upplevs som en felaktighet i upphandlingen är något som kommer att leda till framgång i en domstolsprocess.

Charlotte Brunlid

---

Charlotte är anställd på NOU sedan tre år och har under den tiden även hunnit med tingsmeritering.

## Mitt liv som registrator på NOU

Under mitt yrkesverksamma liv inom staten har jag varit med om två utlokaliseringar (Sjöfartsverket och Planverket) och en nedläggning (Nämnden för statens gruvegendom.) Jag har även arbetat inom den privata sektorn och varit egen företagare. Efter allt detta vikarierade jag på Riksantikvarieämbetet då en dag på våren 1997 Margareta Hentze, kanslichef på NOU, ringde och frågade om jag var intresserad av en tjänst som registrator. När jag på intervjun fick veta att personalen, utom chefen, bestod av jurister, tänkte jag, hur kul kan det vara? Även om arbetsuppgifterna och arbetsplatsens läge kändes bra bad jag att få sex månaders provtjänstgöring, som jag tror att jag är ganska ensam om att ha begärt. Efter snart sex år kan jag nu inte tänka mig en trevligare arbetsplats.

Arbetet som registrator består i att registrera inkommande/utgående post. Diarium är latin och betyder "det dagliga". Ca 300 ärenden per år registreras i ÅHS dataprogrammet. Mellan 3-400 fax och e-post frågor kommer in som registreras separat. De är uppdelade i grupper som t.ex. remisser, klagomål,

yttrande till domstolar m.m. som skall besvaras.

Jag svarar på administrativa frågor en timme per dag (denna timme har blivit allt längre och sträcker sig nu på något konstigt sätt över hela arbetsdagen). Frågorna är många och av mycket blandad karaktär, även under icke informationstid får jag frågor ang. juridik m.m. från de personer som inte kommer fram på juristernas telefontid på förmiddagarna.

Då NOU är en liten myndighet betyder det att jag arbetar med alla tänkbara arbetsuppgifter. Personalärenden, viss ekonomi, kallelse och dagordning till nämnden mm. Det märkliga är att vi är färre anställda idag än när jag började men, arbetsbördan är betydligt större och fler vill ha hjälp med att tolka lagen om offentlig upphandling.

För att försöka sammanfatta hur jag upplever mitt arbete på NOU vill jag först och främst ta fram glädjen av att få arbeta i en med statliga mått mått liten, men mycket effektiv och kompetent organisation, med en stor arbetsglädje och stark känsla för varandra.

Till detta måste adderas den fantastiska upplevelsen att få arbeta på Riddarholmen och under förmiddagen kunna följa fiskarnas jobb nere på kajen utanför fönstret för att sedan under lunchen gå ner och köpa en nyfångad lax. Utan att behöva tänka på vad som säges i LOU.

Monica Bjurler

---

Monica har tidigare bl.a. arbetat som kartritare, cadritare, layoutare, möbelrenoverare, röstspecialist och skådespelerska.

## NOU:s informationsverksamhet

Informationsverksamheten har allt sedan NOU:s tillkomst haft en central roll i myndighetens verksamhet. Telefoninformation, deltagande i seminarier och

produktion av olika publikationer har upptagit närmare en tredjedel av den totala arbetstiden.

Mycket har hänt inom den offentliga upphandlingen under de tio år som NOU och LOU funnits och det kan därför vara intressant att se tillbaka på vilka frågor som vållade funderingar vid NOU:s tillkomst. Tittar vi i det allra första numret av *NOU info* så ser vi att bland annat frågan om vilka som skulle följa den nya lagen och frågan huruvida EG-direktiven eller den svenska lagen skulle gälla för de upphandlande enheterna behandlades. I de därpå följande numren behandlades bl.a. frågor om urval av anbudsgivare vid selektivt förfarande, köp mellan kommun och kommunalt bolag samt hänsyn till miljöaspekter vid upphandling. Vissa av dessa frågor saknar fortfarande sitt slutgiltiga svar.

Frågeställningarna och tolkningsmöjligheterna tycks i många fall oändliga, och en sak som det aldrig varit någon som helst tvekan om är att informationstörsten kring upphandlingsfrågor är enorm. NOU har därför målsättningen att allt vi gör även ska rendera i någon form av information. Oavsett om vi svarar på en remiss, genomför en tillsynsinsats eller tar upp ett klagomålsärende är vår ambition att det skall kunna återges i *NOU-info*, på webbplatsen eller användas när vi lämnar telefoninformation.

Beträffande telefoninformationen är det största problemet att den nästan är lite för uppskattad, vilket gör att väntetiden i telefonkö ofta kan bli alltför lång. NOU har dock inte så stora resurser att individuell information kan prioriteras ytterligare. De frågeställare som oftast ringer NOU är upphandlande enheter och leverantörer. Men även upphandlingskonsulter, advokater, domstolar, journalister, studenter och allmänhet i övrigt kontaktar oss

återkommande. De leverantörer som ringer känner ofta att de har blivit felaktigt behandlade och undrar hur de kan få rättelse. Således är reglerna kring tilldelningsbeslutet en numera ständigt återkommande fråga. De upphandlande enheterna har en större spridning på sina frågor än de leverantörer som ringer. Ofta är de väldigt duktiga på LOU så frågorna handlar snarare om hur man ska lösa olika problem som uppstått där svaret inte direkt står att finna i lagen eller där det finns utrymme för olika tolkning av lagen.

Med en så vid målgrupp som NOU har för sin information kan det ibland vara svårt att veta vilken inriktning informationen bör ha och på vilken nivå informationen skall ges. Vid individuell information är det möjligt att anpassa innehållet efter frågeställarens kunskapsnivå. I mer generell information som *NOU info* eller på webbplatsen är detta inte möjligt. Där försöker vi istället hålla en varierande nivå på innehållet så att alla skall finna intressant läsning. NOU har under åren även givit ut andra publikationer som riktat sig mot specifika målgrupper eller med innehåll för särskilda typer av upphandlingar. Nu senast skedde det i form av broschyren om upphandling av konsulttjänster.

NOU:s webbplats har varje månad mer än 10.000 besökare.

*NOU info* har ca 3000 e-post prenumeranter och drygt 600 prenumeranter på pappersutgåvan.

Varje år besvarar NOU ca 4000 telefonsamtal med upphandlingsfrågor.

Magnus Nilsson

Innan Magnus anställdes på NOU år 2001 arbetade han som inköpare på Jämtlands läns landsting.

## NOU:s nyhetsbrev december 2002

För att börja med det tråkiga. EG-kommissionen har uppmärksammat den svenska regeringen på att *klagomål* föreligger *mot Sverige* för att vissa upphandlande enheter ställt krav på att efterfrågat kött skall vara svenskt. NOU har av denna anledning fått regeringens uppdrag att informera om vilka krav som får ställas och hur. I detta nyhetsbrev finns sådan utförlig information. Samma information återfinns sedan en tid tillbaka på NOU:s webbplats.

NOU vill sålunda kraftigt understryka vikten av att ställda miljökrav och hänsynstagande i övrigt till miljökriterier vid offentlig upphandling följer de EG-rättsliga principerna, framför allt principen om icke-diskriminering. Det är alltså *inte tillåtet att ställa krav på att kött som efterfrågas skall vara svenskt*. Om samtliga upphandlande enheter beaktar detta budskap – och anpassar ev. felaktiga mallar och rutiner - minskar riskerna för att kommissionen går vidare i en rättslig process mot Sverige. Det är således angeläget att upphandlingsansvariga läsare av detta nyhetsbrev informerar berörda verksamhetsansvariga och där så är lämpligt, främst i kommuner och landsting, även den politiska nivån.

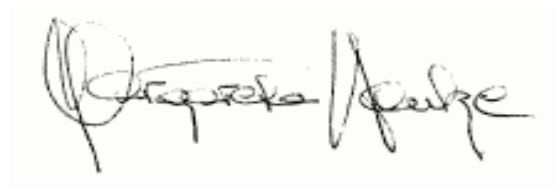
Därefter till något mera glädjande. NOU kommer strax efter årsskiftet ut med en *broschyr om konsultupphandling* som vänder sig främst till handläggare som köper konsulttjänster men som inte är särskilt insatta i LOU:s regelsystem. Broschyren kommer att distribueras till det stora flertalet upphandlande enheter, men bara i enstaka exemplar. Därutöver måste man beställa på särskilt sätt. Läs mer om detta i nyhetsbrevet!

Vissa ytterligare kommentarer med anledning av inkomna frågor runt offentlighet och sekretess lämnas i nyhetsbrevet och som vanligt kommenteras intressanta nya domar i brevet som ni får precis lagom till julhelgen och därmed kan läsa i lugna mellandagar...

Kanske en och annan upphandlare är helledig och laddar upp inför all *uppföljning* som behöver göras av upphandlingen under 2002? NOU vill då passa på att

föreslå de upphandlande enheterna att genomföra en snabb egenkontroll av de totala utbetalningarna under året till varje leverantör, uppgifter som normalt enkelt bör kunna hämtas fram genom leverantörsreskontran. Har avtal tecknats med leverantörerna? När gjordes senast upphandling i konkurrens inför resp. avtal? Kontrollera gärna detta beträffande alla leverantörer till vilka utbetalningarna överskrider de direktupphandlingsgränser som beslutats i de interna riktlinjerna! Detta borde vara utomordentligt intressant information för ledningsnivån i statliga myndigheter, kommuner, landsting och bolag.

Vi på NOU:s kansli vill önska er alla en riktigt *God Jul och ett Gott Nytt År* och kommer att ha öppet även i mellandagarna för ev. frågor från er som också är på plats.



Margareta Hentze



## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling.....	4
Undantag från LOU, bidrag.....	4
Förfrågningsunderlaget.....	4
Rätt att få ut förfrågningsunderlag .....	4
Upphandlingsförfaranden .....	7
Blandade A- och B-tjänster .....	7
Kombinerade kontrakt som endast delvis omfattas av LOU .....	7
Prövning av anbud .....	7
Budgetram vid förenklad upphandling.....	7
Uppfyllande av i förfrågningsunderlaget ställda krav .....	7
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena .....	8
Aktuellt om byggtreprenader och s.k. exploateringsavtal .....	8
Upphandling inom försörjningssektorerna .....	9
Kvalitets- och personalprogram är urvalskriterier.....	9
Rättsmedel .....	10
Möjligheten att överpröva ett förslag till upphandling.....	10
NOU:s ärenden och yttranden .....	10
NOU:s remissvar .....	10
Tjänstekoncessioner och LOU .....	11
Rättsfall.....	11
Mål i EG-domstolen.....	11
Mål från Förstainstansrätten.....	14
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	16
Miljö .....	18
Offentlighet och sekretess.....	21
Statistik .....	22
NOU:s tillsyn.....	22
NOU:s telefonservice.....	23
Övrigt.....	23
Broschyr om upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU .....	23
Ökning av antalet överprövningsmål.....	24

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info december -02"

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Undantag från LOU, bidrag

Alla utbetalningar som en upphandlande enhet gör behöver givetvis inte grunda sig på ett upphandlingskontrakt utan kan gälla bidragsgivning eller ett sådant myndighetsbeslut som inte omfattas av LOU. Även i de fall då en upphandlande enhet avser att lämna tillåtna bidrag till t.ex. forskning, bör den dock *på förhand* göra klart för sig att det som avtalas vid bidragslämnandet inte medför att transaktionen är att betrakta som en upphandling. Om nämligen utdelningen av bidraget är förenat med krav på motprestation i form av leveranser eller utarbetande av rapporter av olika slag för den upphandlande enhetens räkning, är det sannolikt att det snarare rör sig om ett sådant kontrakt med ekonomiska villkor, vars tilldelning skall följa LOU.

Därmed är det dock inte klarlagt att en formell upphandling måste göras, eftersom kontraktet kan omfattas av något undantag från LOU:s bestämmelser t.ex. undantaget för forskning och utveckling. För att kunna bedöma vilka undantag som kan vara tillämpliga i en viss upphandling måste det först klargöras vilket kapitel i LOU (utöver tillämpliga regler i 1 kap. och 7 kap.) som upphandlingen skall följa. För att kunna bedöma vilket kapitel som upphandlingen skall följa krävs i sin tur att det är klargjort

- 1) om kontraktet avser varor, A- eller B-tjänster eller byggtjänster samt
- 2) om upphandlingen omfattas av reglerna över eller under de gällande tröskelvärdena.

	<i>Varor</i>	<i>A-tjänster</i>	<i>B-tjänster</i>	<i>Byggtjänst.</i>
<i>Över tröskelvärdet</i>	2 kap.	5 kap.	6 kap.	3 kap.
<i>Under tröskelvärdena</i>	6 kap.	6 kap.	6 kap.	6 kap.

Ett klargörande av de formella förutsättningarna för bidragsgivning/statsstöd eller de tillämpliga upphandlingsförfaranden och andra typer av transaktioner behövs för att den upphandlande enheten skall kunna följa respektive regelverk och medför även större klarhet i transaktionens handläggning samt har betydelse i bokförings- och skattesammanhang.

### Förfrågningsunderlaget

#### Rätt att få ut förfrågningsunderlag

Det förekommer att leverantörer och upphandlande enheter vänder sig till NOU:s kansli med frågor om rätten att få del av respektive skyldigheten att lämna ut förfrågningsunderlag i pågående upphandlingar. Rätten att få ut förfrågningsunderlag är en del av det grundläggande kravet på transparens vid offentlig upphandling. I det följande redovisas därför de rättsregler som upphandlande enheter, leverantörer och deras ombud skall iaktta.



Frågan om rätten att få ut förfrågningsunderlag från upphandlande enheter regleras endast delvis i LOU. För staten, landsting, kommuner samt kommunal- och landstingsägda företag gäller *offentlighetsprincipen*. Offentlighetsprincipen regleras i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen (1980:100). Med stöd av offentlighetsprincipen har varje svensk medborgare m.fl.<sup>1</sup> rätt att ta del av allmänna handlingar i den mån uppgifter i handlingarna inte omfattas av sekretess. Uppgifter i allmänna handlingar kan sekretessbeläggas endast om det finns stöd i sekretesslagen.

Det finns inte någon generell rätt att få ut handlingar från upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen. Sådana upphandlande enheter är framför allt flertalet statliga bolag samt privata företag som utgör upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Av LOU följer dock att leverantörer har rätt att få ta del av förfrågningsunderlag och tilldelningsbeslut.

### ***Upphandlande enheter som lyder under offentlighetsprincipen***

Offentlighetsprincipen innebär att en upphandlande enhet är skyldig att lämna ut förfrågningsunderlag när det är en allmän handling. Ett förfrågningsunderlag anses vara allmän handling när det finns tillgängligt för anbudsgivarna, dvs. normalt då annonsen publiceras eller förfrågningsunderlaget sänds ut till någon leverantör. Det innebär att ingen har rätt att ta del av förfrågningsunderlaget före denna tidpunkt, även om det i och för sig skulle vara färdigställt. Ett förfrågningsunderlag som ännu inte expedierats är att betrakta som internt arbetsmaterial. Efter expediering kan en upphandlande enhet vägra att lämna ut ett förfrågningsunderlag endast under förutsättning att det omfattas av sekretess.

Den upphandlande enheten får inte efterforska vem det är som begär att få ut en allmän handling eller syftet med begäran i större utsträckning än som behövs för att kunna pröva om hinder föreligger mot att handlingen lämnas ut. Med hänsyn till offentlighetsprincipen finns det således inte något utrymme att vägra lämna ut ett förfrågningsunderlag med t.ex. motiveringen att den som begär ut handlingen inte är en leverantör.

Den upphandlande enheten får inte heller ställa krav på att det skall vara möjligt att nå den som begär ut förfrågningsunderlaget. Däremot får den upphandlande enheten upplysa om att den är beredd att skicka ut eventuella kompletteringar till leverantörer som anmäler intresse. Den upphandlande enheten kan alltså inte kräva att den skall ha kännedom om eller kontroll över vilka leverantörer som har tillgång till förfrågningsunderlaget. En begäran om att utfå förfrågningsunderlag skall tillgodoses genast eller så snart det är möjligt.

### ***Upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen***

Leverantörer har enligt LOU vissa rättigheter att få ut handlingar från upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen.

En leverantör definieras i 1 kap. 5 § LOU som den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster, även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

---

<sup>1</sup> Utlänning är i de flesta fall att likställa med svensk medborgare, se 14 kap. 5 § tryckfrihetsförordningen.

Av de bakomliggande upphandlingsdirektiven framgår att beteckningen leverantör omfattar varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer eller organisationer som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader.

Kammarrätten i Göteborg har i dom meddelad den 8 oktober 1999 (mål nr 3859-1999) uttalat bl.a. följande. ”Definitionen av leverantör i ovannämnda bestämmelse är mycket vidsträckt. Avsikten med denna vida definition är att alla leverantörer som lidit skada eller riskerar att lida skada av ett upphandlingsfel skall vara taleberättigade. Eftersom ett upphandlingsfel kan bestå i att en leverantör inte ens fått kunskap om upphandlingen måste den taleberättigade kretsen vara så vid som möjligt”.

I 2 kap. 13 § LOU föreskrivs bl.a. följande.

En upphandlande enhet skall lämna ut förfrågningsunderlaget till en leverantör inom sex dagar från det att underlaget har begärts, om så har begärts i rimlig tid. Ytterligare information skall lämnas senast sex dagar före anbudstidens utgång, om så har begärts i rimlig tid.

Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 18 §, 4 kap. 19 § och 5 kap. 20 § LOU.

I 6 kap. 4 § LOU föreskrivs bl.a. följande.

En leverantör som inte särskilt tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

Av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU följer att det endast är leverantörer som har rätt att ta del av förfrågningsunderlag från upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen. Det finns inte någon rätt för envar att ta del av förfrågningsunderlag i sådana fall. Enligt NOU:s mening bör det emellertid inte vara möjligt för den upphandlande enheten att neka att – vid öppen upphandling – lämna ut ett förfrågningsunderlag till någon som påstår sig vara leverantör. Den upphandlande enheten kan i detta skede knappast göra någon bedömning av om den som begär ut förfrågningsunderlaget uppfyller kraven för att få lämna anbud.

Det torde dock av praktiska skäl vara tillåtet för den upphandlande enheten att begära namn och adress på den som begär att få ut förfrågningsunderlaget, för att kunna skicka ut eventuella kompletteringar.

Frågan har vidare uppkommit om den som driver en elektronisk databas för annonsering av upphandlingar kan anses utgöra en leverantör i LOU:s mening. Även om frågan, såvitt är känt, inte har prövats i något rättsfall är det NOU:s uppfattning att den databasansvarige inte har någon rätt att i denna egenskap få ut förfrågningsunderlag. Däremot kan den databasansvarige agera som ombud för en leverantör. Den upphandlande enheten kan i sådant fall begära att den databasansvarige skall visa upp en fullmakt. Det bör enligt NOU:s bedömning vara tillräckligt med en generalfullmakt från någon som kan vara leverantör för att skapa en behörighet för fullmäktigen att få ut förfrågningsunderlag vid alla förekommande upphandlingar för huvudmannens räkning. Fullmakten behöver således inte avse en bestämd upphandling. NOU bedömer att den upphandlande enheten inte har rätt att efterforska huvudmannens avsikter eller förutsättningar att lämna anbud.

Vid upphandlingar enligt 2, 3, 4 och 5 kap. LOU gäller att förfrågningsunderlaget skall lämnas ut senast sex dagar från det att begäran har framställts. En motsvarande tidsgräns finns inte vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Det får dock anses ligga i sakens natur att en begäran om att lämna ut förfrågningsunderlag skall tillgodoses snarast möjligt.

## Upphandlingsförfaranden

### Blandade A- och B-tjänster

En upphandling som omfattar såväl A- som B-tjänster skall i sin helhet anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av dessa tjänster överstiger värdet av B-tjänsterna. Om värdet av B-tjänsterna däremot överstiger värdet av A-tjänsterna skall upphandlingen i sin helhet göras enligt bestämmelserna för upphandling av B-tjänster. Vad som avses med A- respektive B-tjänster framgår av bilagan till LOU. Vilka bestämmelser som är tillämpliga vid offentlig upphandling avseende A- och B-tjänster styrs således inte av vad som huvudsakligen är föremål för kontraktet. Läs mera om detta under avsnittet ”Mål från EG-domstolen”.

Motsvarande ”överviktsprincip” gäller även då frågan är om en upphandling skall genomföras enligt reglerna för varor eller tjänster.

### Kombinerade kontrakt som endast delvis omfattas av LOU

Ett kontrakt som endast till en viss del omfattas av LOU skall i den delen upphandlas i enlighet med lagen. Någon ”överviktsprincip” kan inte användas i sådana kombinerade kontrakt i syfte att undvika att följa LOU. Detta gäller oavsett de värdemässiga proportionerna mellan det som omfattas och inte omfattas av LOU och oavsett grunden för att en viss del av kontraktet inte omfattas (t.ex. att det gäller försäljning av fastighet, köp av finansiella tjänster o.s.v.).

## Prövning av anbud

### Budgetram vid förenklad upphandling

Kammarrätten i Jönköping har gjort bedömningen att en upphandlande enhet som vid en förenklad upphandling hade en fastställd budgetram och som inte avsåg att pröva anbud som låg över budgeten i pris, skulle ha angett i förfrågningsunderlaget det högsta pris som den skulle godta. Om budgetramen inte har angivits får ett anbud inte uteslutas från utvärdering på den grunden att priset är för högt. Rätten åberopade särskilt regeln om att alla anbud som inkommit i rätt tid skall prövas. De upphandlande enheterna skall i förfrågningsunderlaget ange vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid bedömningen. För ytterligare information, se referat av domen nedan under avsnittet ”Mål från kammarrätt och länsrätt” (mål nr 2968-2002).

### Uppfyllande av i förfrågningsunderlaget ställda krav

En länsrätt har avslagit en ansökan om överprövning från en leverantör som uteslutits vid en förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning eftersom han

inte bifogat meritförteckning och RSV-blankett 4820 till anbudet. Länsrätten fastslog att dessa krav var ställda på ett sådant sätt i förfrågningsunderlaget, att det framgick att de leverantörer som inte uppfyllde kraven skulle uteslutas från deltagande i upphandlingen. Länsrätten uppgav att en upphandlande enhet inte har någon skyldighet att begära komplettering från leverantörer som inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställda krav. För ytterligare information, se referat av domen nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt” (mål nr 1693-02).

## Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### Aktuellt om byggentreprenader och s.k. exploateringsavtal

EU-kommissionen har avgivit en s.k. formell underrättelse till Sveriges regering. Underrättelsen rör Eskilstuna kommun som utan föregående upphandlingsförfarande tilldelat ett byggföretag ett kontrakt att bygga bl.a. idrottsanläggningar.

Omständigheterna i Eskilstuna-ärendet är i huvudsak följande. Eskilstuna kommun hade ingått ett s.k. exploateringsavtal med ett större byggföretag. Avtalet innebar att kommunen sålde flera fastigheter till byggföretaget och i en detaljplan gav företaget rätt att bebygga fastigheterna. Därutöver innebar avtalen att byggföretaget skulle uppföra tre idrottsanläggningar på vissa av de försålda fastigheterna. Kommunen förband sig samtidigt å sin sida att hyra anläggningarna under 25 år.

EU-kommissionen anser att förfarandet strider mot det EG-direktiv som reglerar upphandling av byggentreprenader (93/37/EEG) och att Sverige därmed inte har uppfyllt de skyldigheter som följer av Sveriges medlemskap i EU. Regeringen kommer att avge svar till kommissionen, som därefter kommer att ta ställning till om vidare åtgärder skall vidtas. Kommissionen kan då välja att avge ett s.k. motiverat yttrande. Processen kan leda till att Sverige stäms inför EG-domstolen.

Med anledning av kommissionens yttrande vill NOU uppmärksamma de upphandlande enheterna på följande.

I 1 kap. 5 § LOU definieras ”byggentreprenad” som ”utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion”.

I byggdirektivet (93/37/EEG) definieras ”offentliga upphandlingskontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten” som ”skrivna avtal med ekonomiska villkor [...] som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten [...] eller utförandet *oavsett medel* av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven”. (NOU:s kursivering).

I 5 kap. 1 § första stycket punkten 1 LOU anges att ”anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag” inte omfattas av reglerna om upphandling av tjänster. Av Regeringsrättens dom i rättsfallet RÅ 1999 ref. 16 följer att sådana avtal som

undantas från 5 kap. också är undantagna från tillämpning av hela LOU (vid upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni eller satellittjänster tillämpas dock numera 6 kap. LOU).

Ovannämnda bestämmelse har sin motsvarighet i artikel 1 a) iii) tjänstedirektivet i vilken det anges att ”kontrakt avseende förvärv och hyra, oavsett finansieringsform, av mark, *befintliga byggnader* eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan [...]” undantas från direktivets tillämpningsområde (NOU:s kursivering).

Varken definitionen av byggtreprenadkontrakt eller undantaget för uthyrning i LOU överensstämmer helt med lydelsen av motsvarande bestämmelser i direktiven. I Sverige har det ibland ansetts oklart om vissa typer av kontrakt omfattas av LOU. Det rör sig t.ex. om kontrakt där en upphandlande enhet säljer en fastighet utan tillhöriga byggnader till en byggtreprenör, entreprenören åtar sig att uppföra en byggnad på fastigheten enligt enhetens specifikationer och den upphandlande enheten förbinder sig att hyra fastigheten (med vilket avses marken) med tillhörande byggnad. NOU har bedömt att en sådan avtalskonstruktion utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt som skall tilldelas enligt reglerna i LOU och byggtreprenadkontraktet, vilket år 1999 bekräftats i svensk rättspraxis.<sup>2</sup> Undantag som avser upphandling av tjänster kan inte bli tillämpliga vid upphandling av byggtreprenadskontrakt.

Rena exploateringsavtal, dvs. kontrakt varigenom en upphandlande enhet (t.ex. en kommun) säljer en eller flera fastigheter till en byggtreprenör tillsammans med en rättighet för entreprenören att själv bebygga fastigheterna, är försäljningskontrakt och omfattas därför inte av LOU eller byggtreprenadkontraktet.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Kvalitets- och personalprogram är urvalskriterier

EG-kommissionen har riktat ett motiverat yttrande till Sverige i oktober 2002 till följd av att Kalmar Läns Trafik AB (KLT) i ett upphandlingsförfarande av busstransporter, använt sådana tilldelningskriterier som enligt kommissionen bara får användas som urvalskriterier. Processen kan leda till att Sverige stäms inför EG-domstolen.

Upphandlingen annonserades som en öppen upphandling i Europeiska gemenskapernas tidning den 4 oktober 2000. Upphandlingen omfattas av bestämmelserna i direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet). Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas i enlighet med bl.a. följande tilldelningskriterier: 1. anbudsgivarens sätt att hantera miljöfrågor, 2. anbudsgivarens möjligheter att uppfylla kontraktets kvalitetsaspekter och 3. personalens kompetensutveckling.

Enligt det motiverade yttrandet hänför sig miljöprogram liksom kvalitets- och personalprogram till tjänsteleverantörens eller uppdragstagarens policy.

---

<sup>2</sup> Kammarrättens i Göteborg dom den 8 oktober 1999, mål nr 3859-1999, som refereras i *NOU info oktober -99*, sid. 16f.

Programmen är inte sådana till sin natur att de kan påverka anbudets kvalitet. De kan endast påverka tjänsteleverantörens eller uppdragstagarens kvalitet och kan därför inte användas som tilldelningskriterium.

Kommissionen anser att den tolkning som EG-domstolen gör i mål C-31/87 (Beentjes), som avser byggentreprenadupphandling inom den klassiska sektorn enligt ett äldre direktiv (71/305), kan göras gällande vid upphandling även inom försörjningssektorerna. I domen anges att urval av kandidater och bedömning av anbud är två olika moment i upphandlingsförfarandet av offentliga arbeten. Granskningen av anbudsgivarens lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan ske samtidigt men för de båda momenten gäller olika regler.

Sverige har i skrivande stund inte lämnat svar på det motiverade yttrandet.

## Rättsmedel

### Möjligheten att överpröva ett förslag till upphandling

Kammarrätten i Stockholm har i ett beslut fastställt att en kommunstyrelsens beslut att underställa kommunfullmäktige ett förslag till upphandling, som enligt den klagande leverantören är en otillåten direktupphandling, utgör tillräcklig grund för ingripande enligt LOU. För ytterligare information, se referat av beslutet nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt” (mål nr 8029-02).

## NOU:s ärenden och yttranden

### NOU:s remissvar

#### *Riktlinjer för en tillgänglig statsförvaltning*

*NOU har lämnat remissvar (dnr 2002/213-22) på Handikappombudsmannens rapport ”Riktlinjer för en tillgänglig statsförvaltning”.*

Rapporten behandlar hur myndigheter skall göras tillgängliga för allmänhet och anställda med funktionshinder. NOU:s generella utgångspunkt är att det är förenligt med LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven att myndigheter ställer krav på att de varor, tjänster och byggentreprenader som upphandlas skall vara tillgängliga för så många som möjligt.

De krav som är beskrivna i Handikappombudsmannens riktlinjer går utöver lagstiftningen på det aktuella området. NOU förutsätter dock att dessa är objektiva beskrivningar av de produkter som riktlinjerna omfattar. Sådana krav som på ett objektivt sätt beskriver tekniska egenskaper hos varor, tjänster och byggentreprenader samt är kopplade till kontraktets föremål får beaktas som förenliga med LOU. Remissvaret finns i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Tjänstekoncessioner och LOU

*NOU har vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002 uttalat att ett avtal om s.k. tjänstekoncession i samband med uthyrning av fastighet inte omfattas av LOU (dnr 2001/0204-26).*

NOU har i yttrandet angivit bl.a. följande. Ett kommunalt fastighetsbolag som äger en ridanläggning inbjöd under våren 2001 intresserade att hyra anläggningen. Som villkor angavs i huvudsak att den blivande hyresgästen förutsätts driva ridskolan med ungefär samma förutsättningar som i dag, nämligen dels att personalen skall ha erfarenhet och utbildning för ridskoleverksamhet, dels 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 skulle bekostas av hyresgästen.

Fråga uppkom om ett kontrakt av detta slag borde ha upphandlats enligt reglerna i LOU.

I det aktuella fallet ingick som en del i avtalet tillhandahållande av en tjänst, nämligen drift av ridskola. NOU uttalade att en s.k. driftentreprenad, där en myndighet mot ersättning överlåter driften av en verksamhet till ett privat företag, normalt utgör 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 uppbär 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. Domstolen fann att tjänstekoncessioner inte omfattas av försörjningsdirektivet 93/38/EEG men 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.

NOU fann att avtalet om uthyrning av ridanläggningen, i den del det innebar tillhandahållande av en tjänst, var att betrakta som en tjänstekoncession. Ett kontrakt av detta slag är inte ett avtal varigenom en upphandlande enhet köper tjänster av ett annat rättssubjekt och omfattas därmed inte av reglerna i LOU. NOU vill dock påminna om att ett generellt krav på att beakta gemenskapsrättens grundläggande principer gäller vid tilldelning av tjänstekoncession. Yttrandet finns i sin helhet på NOU:s webbplats.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Tillämpliga bestämmelser vid blandade A- och B-tjänster*

EG-domstolen har den 14 november 2002 meddelat ett förhandsavgörande (C-411/00) till österrikisk domstol (Bundesvergabeamt) i ett mål mellan Felix

Swoboda GmbH och Österreichische Nationalbank (ÖNB) angående tolkning av rådets direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet).

Den nationella domstolen ville enligt sin begäran om förhandsavgörande, att EG-domstolen skulle fastställa vilka bestämmelser som skall tillämpas på ett flyttningskontrakt i vilket själva transportdelen av kontraktet är relativt liten och den huvudsakliga delen av kontraktet avser samordning, planering och magasinering. Bundesvergabeamt sökte få klarhet i vilka bestämmelser som skall tillämpas vid bedömningen av om flytttjänsten utgör en s.k. A- eller B-tjänst. Bedömningen kan, enligt österrikisk domstol, ske genom att de tjänster som ingår i upphandlingen klassificeras var och en för sig. Denna klassificering avgör sedan, i enlighet med artiklarna 8 till 10 i tjänstedirektivet, vilka bestämmelser som skall tillämpas på kontraktet i sin helhet.

Ett alternativt tillvägagångssätt är enligt den österrikiska domstolen, att först fastställa vilken tjänst som kontraktet huvudsakligen avser. De bestämmelser i direktivet som reglerar upphandling av denna tjänst skall även tillämpas på upphandling av ”bitjänsterna”.

EG-domstolen konstaterade att bedömningen av vilka bestämmelser som är tillämpliga vid offentlig upphandling som omfattar både A- och B-tjänster inte är beroende av huvudföremålet för kontraktet, utan skall ske i enlighet med det entydiga kriterium som anges i artikel 10 i tjänstedirektivet.

**NOU:s kommentar:** Enligt tjänstedirektivets artikel 10 skall kontrakt som avser såväl A- som B-tjänster upphandlas i sin helhet enligt avdelningarna III till VI, dvs. som A-tjänster, om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I det motsatta fallet skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16 i tjänstedirektivet, dvs. i sin helhet upphandlas som B-tjänster. Artikel 10 har införlivats i 5 kap. 3 § andra stycket LOU. Frågan om klassificering av tjänster har tidigare behandlats av EG-domstolen. Mål C-76/97 rör klassificering av transporttjänster som innefattar sjukvårdstjänster. Domen refereras i *NOU info okt. -98*.

Det är LOU och EG-rätten som avgör om en tjänst skall klassificeras som en A- eller B-tjänst. Upphandlingsdirektivens närmare definitioner av A- respektive B-tjänster kan sökas i CPV-nomenklaturen. Definitioner i annan svensk lagstiftning är inte relevant för tjänsternas klassificering. NOU har i ett egeninitierat ärende rörande en av Stockholms läns landsting genomförd upphandling av polititransporter, yttrat sig i frågan om vilka regler som bör tillämpas vid upphandling där både A- och B-tjänster ingår, dnr 2002/0131-29.

### *Begreppet upphandlande enhet, frister för att väcka talan och offentliggörande av kvalificeringsregler*

EG-domstolen har i december 2002 meddelat ett förhandsavgörande (C-470/99) till en österrikisk domstol (Vergabekontrollsenat des Landes Wien) i ett mål mellan Universale-Bau AG m.fl. (UB) och Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (EBS). Förhandsavgörandet avser flera frågor, bl.a. begreppet upphandlande enhet, tidsfrister för att väcka talan samt offentliggörande av bestämmelser för kvalificering av anbudsgivare vid selektiv upphandling.



## Bakgrund

Företaget EBS hade infordrat anbud i en selektiv upphandling av ett bygg- och anläggningskontrakt i Wiens centrala reningsverk. I upphandlingsannonsen angavs under rubriken ”Kriterier för tilldelning” att tilldelning skulle ske till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt de i anbudsinfordran fastlagda kriterierna.

I de förklarande anmärkningarna meddelade EBS bl.a. att de referenser som sökandena lämnade in skulle bedömas i enlighet med ett ”scoring”-förfarande som ingivits till en notarie.

UB ansökte om att få delta i det selektiva förfarandet utan att i förväg begära rättslig prövning av villkoren eller lydelsen i annonsen (anbudsinfordran). UB ifrågasatte upphandlingsförfarandet vid österrikisk domstol först i samband med att de inte fanns bland de fem bästa anbudssökandena och således inte skulle inbjudas att lämna anbud.

Den österrikiska domstolen kontrollerade inledningsvis att företaget EBS är en upphandlande enhet enligt byggentreprenaddirektivet (93/37/EEG). Domstolen konstaterade att EBS är en juridisk person som kontrolleras av staden Wien, dvs. en regional eller lokal myndighet. I den bolagsordning som tillkom när företaget grundades finns dock ingen uppgift om att EBS tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Den nationella domstolen fann dock att en väsentlig förändring inträdde när EBS övertog driften av staden Wiens centrala reningsverk. Domstolen kom till slutsatsen att EBS:s verksamhet saknar industriell eller kommersiell karaktär.

## EG-domstolens avgörande

### *Verksamhet i det allmännas intresse*

Den första tolkningsfrågan som EG-domstolen beaktar är huruvida en enhet som *inte* har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen men som *numera* tillgodoser dessa intressen, anses vara en upphandlande enhet i byggentreprenaddirektivets mening. EG-domstolen hänvisar till tidigare rättspraxis och betonar särskilt vikten av en ändamålsenlig verkan av byggentreprenaddirektivet. En sådan verkan skulle inte bibehållas till fullo om direktivet inte var tillämpligt på en enhet som uppfyller samtliga villkor för att vara en upphandlande enhet, men som inte anförtrotts uppgifter av allmänt intresse vid bildandet utan först senare. EBS ansågs således vara en upphandlande enhet.

### *Tidsfrister för prövning av beslut*

EG-domstolen uttalar sig i frågan huruvida direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) utgör ett hinder för nationella bestämmelser, som innebär att prövning av ett visst beslut av den upphandlande enheten måste begäras inom en viss tidsfrist. I österrikisk lagstiftning föreskrivs en prövningsfrist om två veckor. Alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist för att inte riskera att invändningen inte längre kan göras gällande.

Domstolen anger att syftet med rättsmedelsdirektivet är att säkerställa att effektiva rättsmedel står till buds i alla medlemsstater i händelse av överträdelser av gemenskapsrättens regler eller nationella bestämmelser om offentlig upphandling. EG-domstolen konstaterar att rättsmedelsdirektivet inte utgör något hinder för nationella bestämmelser som föreskriver tidsfrister för prövning av en upphandlande enhets beslut på det sätt som gjorts i österrikisk lagstiftning. Det förutsätts dock att tidsfristen är skälig, vilket den i målet ansågs vara.

### ***Regler för kvalificering deponerade hos notarie***

EG-domstolen betonar att det i målet vid den nationella domstolen är utrett att EBS redan från början fastställde vilken betydelse vart och ett av de urvalskriterier som EBS avsåg tillämpa skulle tillmätas. Anbudsinfordran innehöll inte någon uppgift om detta utan EBS nöjde sig med att deponera handlingarna avseende scoring-förfarandet hos en notarie.

EG-domstolen påtalar återigen ”... att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud ...”.

Domstolen konstaterar att om den upphandlande enheten i ett selektivt förfarande i förväg har fastställt regler för den inbördes betydelsen (viktningen) av kriterierna för att välja vilka anbudssökanden som får lämna anbud, skall dessa regler anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget.

## **Mål från Förstainstansrätten**

### ***Inget skadestånd trots att allvarliga fel begåtts***

#### **Bakgrund**

Förstainstansrätten har i slutet av november 2002 meddelat dom i ett skadeståndsmål (T-40/01) mellan Scan Office Design SA (Scan Office) och Europeiska gemenskapernas kommission. Tvisten avser en förhandlad upphandling av kontorsmöbler i enlighet med direktiv 93/36 (varudirektivet).

Av 17 anbudsgivare fick 14 ställa ut sina kontorsmöbler på en möbelmässa där ett trettiotal tjänstemän deltog i utvärderingen av produkterna. Tjänstemännen delades in i sju grupper, bl.a. en teknisk utvärderingsgrupp som fick utvärderingsprotokoll med instruktioner.

Scan Office ansåg att företagets möbler överensstämde med specifikationerna i förfrågningsunderlaget medan de möbler som föreslagits av andra företag, däribland Frezza, i olika avseenden inte överensstämde med specifikationerna. Efter ett antal påstötningar fick Scan Office till svar att dess anbud inte kunnat godtas eftersom kontraktet tilldelats Frezza. Scan Office begärde då att få ut de administrativa handlingarna. Kommissionen lämnade ut vissa handlingar, men inte det vinnande anbudet och det tekniska utvärderingsprotokollet. Kommissionen upplyste Scan Office om att något tekniskt utvärderingsprotokoll formellt sett inte upprättats.

## Förstainstansrättens dom

### *Utlämnande av handlingar*

När det gäller utlämnandet av utvärderingsprotokollet och Frezzas anbud konstaterar Förstainstansrätten att ”kommissionen gjorde sig skyldig till ett allvarligt fel genom att upprepade gånger förneka förekomsten av handlingar som i själva verket fanns och genom att vägra att lämna ut handlingar med motiveringen att de var konfidentiella”.

### *För sent inkommet anbud*

Till följd av utredningen i målet har det framkommit att såväl begäran om förlängning av anbudstiden som kommissionens beslut om förlängning och inlämnandet av Frezzas anbud skedde efter det att den ursprungliga anbudsfristen löpt ut. Kommissionen gjorde sig följaktligen skyldig till ett fel genom att godta Frezzas anbud som inkom för sent.

### *Kvalitet på teknisk utvärdering*

Scan Office har gjort gällande att fyra av de fem tekniska utvärderingsprotokollen var undermåliga. De saknade namnunderskrift, datering och kommentarer. Vidare hade utvärderingar godtagits trots att motiveringar saknades. Att inte lämna motivering till betygen stod enligt Förstainstansrätten i strid med de instruktioner som getts till dem som deltog i utvärderingen. Detta i kombination med underlåtelse att fylla i den del av protokollen som avsåg i vilken mån anbuden uppfyllde villkoren i kontraktshandlingarna, räckte för att ett utvärderingsprotokoll skulle anses ogiltigt.

Domstolen ansåg dock att det är rimligt att tekniska utvärderingar utförs av tjänstemän som är experter på området och som genom sitt arbete ständigt är i kontakt med möbelleverantörer.

Två av utvärderarna hade kopierat en tredje utvärderares protokoll. Enligt kommissionen var det uppenbart att dessa tre personer hade gjort anbudsutvärderingarna i samråd. Domstolen konstaterade att det ”...krävs att de personer som deltar i utvärderingen fullgör denna uppgift självständigt, åtminstone under det inledande skedet, genom att sätta betyg utifrån deras personliga sakkunskap.”

Sammanfattningsvis underkände domstolen tre av fem utvärderingsprotokoll.

### *Tvingande krav måste vara uppfyllda*

Scan Office har anfört att kommissionen under det förhandlade förfarandet frångått de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget och att detta står i strid med varudirektivet. Domstolen konstaterar att ”[ä]ven om den upphandlande myndigheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna, som den frivilligt har valt att göra tvingande, iakttas. Detta bekräftas av artikel 16.1 i direktiv 93/36, där det föreskrivs, att då anbudsprövningen görs med utgångspunkt i lägsta pris, får de upphandlande myndigheterna ta hänsyn till alternativa utföranden från anbudslämnarna, om dessa alternativ uppfyller de av de upphandlande myndigheterna ställda minimikraven.” I förfrågningsunderlaget ingick handlingar som återgav tekniska

data som domstolen till viss del ansåg utgöra tvingande villkor. Vidare påpekades att kommissionen i en skrivelse till anbudsgivarna angett att ”[o]m Ni inte iakttar dessa villkor är vi tyvärr tvungna att undantagslöst underkänna ert anbud.”

Förstainstansrätten konstaterade att kommissionen gjorde fel som antog Frezzas anbud trots att det inte uppfyllde samtliga tvingande villkor. Domstolen godtog dock inte Scan Office invändning om att den ekonomiska utvärderingen av anbudet var oriktig.

### *Inget skadestånd*

Slutsatsen blev att kommissionen gjort sig skyldig till en rad allvarliga fel som, betraktade var för sig eller åtminstone gemensamt, ansågs uppfylla det första av tre nödvändiga villkor för att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar skall föreligga. Domstolen ansåg däremot inte att det visats att det förelåg ett orsakssamband mellan de fel som konstaterats och den skada som Scan Office åberopat. Anbudet från Scan Office uppfyllde nämligen inte de tvingande villkoren i kontraktshandlingarna. Kommissionen förpliktades dock att ersätta rättegångskostnaderna.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

### *Möjligheten att överpröva förslag till förlängning av avtal*

- Kammarrätten i Stockholm har i beslut den 27 november 2002 (mål nr 8029-02) meddelat prövningstillstånd, undanröjt länsrättens beslut (mål nr 21349-02) samt visat målet åter till länsrätten för erforderlig handläggning. 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.

Den klagande leverantören anförde i länsrätten att det saknas laglig grund för förlängningen och att den 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 inlemts 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 44<sup>3</sup>, att ett påbörjat forbundet 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.

---

<sup>3</sup> Refererat i *NOU info juni -98*, sid. 17f., mål nr 1399-1997.

### *Budgettram vid förenklad upphandling*

- Kammarrätten i Jönköping har i dom den 18 oktober 2002 (mål nr 2968-200) ändrat Länsrättens i Blekinge län dom (mål nr 633-02) och förordnat att en av Försvarmakten gjord förenklad upphandling av filmproduktion skall göras om. Kammarrätten anför i domen, att det inte i förfrågningsunderlaget angivits att anbudsgivare med anbud som översteg ett visst fastställt pris, inte skulle komma att få delta i utvärderingen av anbud.

Målet rör en av Försvarmakten gjord förenklad upphandling av filmproduktion, ”Ubåtsvapnet 100 år”. I förfrågningsunderlaget uppgav Försvarmakten att avtal skulle tecknas med det totalekonomiskt mest fördelaktiga alternativet med hänsyn taget till 1. pris, 2. anbudsgivarens synopsisförslag, 3. anbudsgivarens tidigare filmproduktion och 4. anbudsgivarens erfarenhet och kunskap om aktuell marin filmmiljö.

Försvarmakten mottog i upphandlingen 20 anbud, men hade på förhand bestämt en budgettram om 400 000 kr, vilket föranledde att 16 anbudsgivare som låg över ramen i pris, uteslöts från utvärdering. Försvarmakten hade inte angivit i förfrågnings-underlaget att en ekonomisk begränsning fanns.

Två leverantörer begärde att målet skulle överprövas i länsrätten. Länsrätten lämnade ansökan utan bifall och anförde att det inte finns någon skyldighet för upphandlande enheter att ange det högsta pris som de kommer att acceptera. Vidare uppgav länsrätten att Försvarmakten gjorde utvärderingen i enlighet med i förfrågningsunderlaget uppställda krav, eftersom det där angivits att priset skulle ges den största betydelsen. Länsrätten uppgav att Försvarmakten i och för sig borde ha utvärderat samtliga anbud, men att enligt vad sökandena anført, skulle inte det ha lett till att någon av dem skulle antas som leverantör. Därmed har bristen i upphandlingen inte medfört att sökandena har lidit skada.

En av sökandena överklagade domen till kammarrätten, som ändrade länsrättens dom. Kammarrätten anförde att det i och för sig inte föreligger någon skyldighet för upphandlande enheter att ange ett högsta pris i anbudsinfördran. Om en sådan gräns inte angivits, får inte anbud uteslutas från prövning bara av det skälet att det ligger över ett bestämt pris. Domstolen hänvisade sig till de upphandlande enheternas skyldighet enligt 6 kap 11 § LOU att pröva samtliga i rätt tid inkomna anbud och skyldigheten enligt 6 kap 12 § andra stycket LOU, att redan i förfrågningsunderlaget ange de omständigheter som den kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen av inkomna anbud. Kammarrätten uppgav att det är fullt möjligt att något av de anbud som inte bedömdes i upphandlingen ”vid en korrekt bedömning med lägre poäng beträffande pris kunnat uppnå högsta poäng avseende övriga kriterier och därmed kunnat komma ifråga för antagande”. Domstolen uppgav därefter att den ”redan på grund härav och med hänsyn till den speciella typ av tjänsteupphandling som det här är fråga om att även skaderekvisitet är uppfyllt och finner skäl att förordna att upphandlingen skall göras om”. Domen har vunnit laga kraft.

**NOU:s kommentar:** Målet belyser vikten av att de upphandlande enheterna redan i förfrågningsunderlaget anger de faktorer som de kommer att ta hänsyn till vid anbudsutvärderingen. Varje upphandling är dock unik. Då utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall gälla, bör de upphandlande

enheter som inte vill ange en maxprisgräns, tillse att inte andra kriterier än priset ges sådan tyngd att budgetramar spräcks.

### *Upphandlande enheters möjlighet att begära komplettering vid förenklad upphandling*

- Länsrätten i Gävleborgs län har i dom den 21 november 2002 (mål nr 1693-02) prövat en av länsarbetsnämnden i Gävleborgs län genomförd förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning. En leverantör har begärt överprövning av upphandlingen på grund av att leverantörens anbud förkastats till följd av att blanketten RSV 4820 saknades och att meritförteckningar avseende de lärare som skulle delta i kursen inte fanns redovisade. Länsrätten fann att leverantörens överprövning inte kunde bifallas och avvisade yrkandet om att upphandlingen skulle göras om.

Leverantören yrkade att, för det fall att länsrätten fann att det ingivna anbudet inte kunde delta i utvärderingen, hela upphandlingen skulle göras om. Leverantören åberopade till stöd för sin talan att länsarbetsnämnden under samma tidsperiod accepterat ett anbud där blanketten RSV 4820 inte bifogats. Vidare åberopade leverantören att det inte fanns någon mall från länsarbetsnämnden hur en meritförteckning skulle se ut. Leverantören anförde att det framgår av 6 kap. 8 § andra stycket LOU att en upphandlande enhet får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Länsrätten fann att leverantörens överprövning inte kunde bifallas på någon av de anförda grunderna och avvisade yrkandet om att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten uppgav att länsarbetsnämnden i anbudsinbjudan ställde krav på att blanketten RSV 4820 skulle inges jämte en utförlig presentation av den lärarkompetens som erbjuds samt namn på projektledare och lärare, referenser och aktuell meritförteckning. Länsarbetsnämnden angav i anbudsinbjudan att anbud som inte uppfyllde samtliga ställda krav (skall-krav) skulle komma att förkastas. Domstolen uppgav att de upphandlande enheterna, enligt 6 kap 8 § andra stycket LOU, under vissa förutsättningar *får* begära att anbud förtydligas eller kompletteras, men att detta inte föranleder någon annan bedömning. Domen har inte vunnit laga kraft. NOU återkommer med besked om domen överklagas till kammarrätten.

**NOU:s kommentar:** Enligt regeln om komplettering i 6 kap 8 § andra stycket LOU är det upp till respektive upphandlande enhet att i varje upphandling bedöma huruvida komplettering skall begäras eller om leverantörer, som inte lämnat in efterfrågade dokument, skall uteslutas från att delta i upphandlingen.

## Miljö

Den europeiska kommissionen har uppmärksammat svenska myndigheter på det danska slakteriförbundets anmälan angående svårigheter för förbundets medlemmar att få tillträde till och sälja danskt kött på den svenska marknaden. Detta gäller i synnerhet svenska kommuners upphandling av kött till skolor och daghem. NOU har fått regeringens uppdrag att informera i *NOU info* om vilka regler som gäller vid upphandling av köttprodukter. Informationen har utarbetats i

samråd med Svenska Kommunförbundet. Samma information som här återges finns att läsa på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se).

### Befintlig lagstiftning

Enligt EG-rätten är det inte tillåtet att ställa krav på ursprungsland, eftersom det kan utgöra kvantitativa importrestriktioner. Att i en upphandling ställa krav på att köttet skall vara svenskt står i strid med de bestämmelser i EG-fördraget som genom bl.a. en fri rörlighet av varor syftar till att skapa en inre marknad, t.ex. principen om ömsesidigt erkännande och det grundläggande diskrimineringsförbudet. Dessa regler återspeglas i huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstat skall godta varor och tjänster från andra aktörer i andra EU-länder om produkterna är jämförbara med dem som denna stat godkänner från inhemska producenter. Det är inte förenligt med LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling att i tekniska specifikationer eller kravspecifikationer hänvisa till särskild vara på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. EG-domstolen framhäver också principen om icke diskriminering, främst icke-diskriminering på grund av nationalitet, som en av de viktigaste principerna för offentlig upphandling.

Dessa grundläggande principer skall dock förenas med andra intressen och det finns vissa undantagsbestämmelser som kan bli gällande.

Med stöd av artikel 30 i Romfördraget kan importrestriktioner godtas exempelvis med hänsyn till intresset att skydda människors eller djurs hälsa eller liv. Sådana restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Artikel 30 riktar sig till medlemsstaterna i unionen och kan bara tillämpas temporärt i avvaktan på att gemenskapsåtgärder vidtas (se t.ex. Europeiska kommissionen mot Storbritannien och Nordirland angående undantag från reglerna om fri rörlighet för varor med hänsyn till skydd av djurs hälsa, Newcastle Disease, C-40/82).

Enligt artiklarna 152 och 153 skall gemenskapen verka för en hög hälsoskyddsnivå inom bl.a. veterinär- och växtskyddsområdet som syftar till att skydda folkhälsan. Gemenskapen skall även främja konsumenternas intresse och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå till skydd för konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning.

Man kan således aldrig kräva att köttet skall vara svenskt. I vissa situationer får man dock ställa vissa tillåtna kvalitetskrav och då kan ursprungsmärkning användas som bevis om att köttet uppfyller sådana.

### Hälsorisker och skyddsvärda intressen

I det följande beskrivs några av de hälsorisker och andra skyddsvärda intressen såsom etiska frågor som under vissa omständigheter kan motivera avsteg från huvudregeln. Informationen har utarbetats av Svenska Kommunförbundet efter samråd med bl.a. Livsmedelsverket.

Exempel på allmänfarliga sjukdomar som kan påverka köttets kvalitet är BSE, (galna kosjukan) och Salmonella. Orsaken till BSE ligger i användningen av

kadavermjöl som djurfoder. Smittämnet kan finnas i delar av kroppen som enligt ett EG-direktiv skall tas bort vid slakt och om köttet styckas på rätt sätt skall det inte finnas någon risk för att köttet är BSE-smittat. Salmonellasmitta i utländskt kött skall förhindras genom att kött från länder utanför EU provas vid våra gränskontrollstationer. Kött från EU-länder kontrolleras i avsändarlandet med avseende på salmonellasmitta och sedan gör man i Sverige stickprovskontroller för att se att garantin fungerar.

Främmande ämnen som kan påverka köttet är t.ex. illegal användning av hormoner till djur. Det är förbjudet att använda hormoner, eller andra ämnen med hormonell verkan, i syfte att stimulera tillväxt och produktivitet hos livsmedelsproducerande djur inom EU. Den illegala användningen kan utgöra en hälsorisk för människor eftersom det inte finns någon möjlighet att påverka vilka ämnen som ges till djuren eller att ange karenstider. De substanser som cirkulerar är ofta av dålig kvalitet och kan innehålla okända föroreningar med okänd verkan.

Andra främmande ämnen vilka kan medföra en hälsorisk är antibiotika som används i tillväxtbefrämjande syfte och vissa koccidiostatika såsom dimetridazol som används i förebyggande behandling mot koccidios. Andra skyddsvärda intressen och etiska frågor är t.ex. nivån av djurskydd vid djurhållning och ekologisk produktion av kött som är reglerad i EU: s förordning 2092/91 bilaga C. Inom EU finns flera former av märkning av ekologiska matvaror men reglerna inte är homogena utan varierar från land till land. Grunden för ekologisk produktion är emellertid densamma, högt ställda krav på djurens miljö och djurhållning. Märkningen av ekologiskt kött med bakomliggande direktiv kan sägas innebära ett bevismedel som garanterar efterfrågad kvalitet.

En annan form av bevismedel på att den efterfrågade kvaliteten är uppfylld kan reglerna om obligatorisk ursprungsmärkning ge. EU har sedan den 1 september 2000 haft regler för obligatorisk ursprungsmärkning av nötkött. Det obligatoriska märkningssystemet innebär att märkningsuppgifterna ska kunna spåras tillbaka till det led som upplysningen hänvisar till. Kött skall således kunna spåras i alla led i försäljningskedjan t.ex. från slakteri och styckningsanläggning vidare via importör eller grossist och slutligen i butik. Det är möjligt att märka nötkött med andra uppgifter än de som är obligatoriska enligt förordningen. Innan en frivillig märkning kan användas ska den godkännas av Livsmedelsverket.

Svenska Kommunförbundet har för avsikt att i cirkulär mer utförligt informera om ovanstående hälsorisker och problem. Cirkuläret kommer även att innehålla hänvisningar till myndigheter som kan lämna ytterligare information.

### Slutsatser

Sammanfattningsvis vill NOU framhålla att en upphandlande enhet inte kan kräva att kött skall vara svenskt, eftersom detta strider mot de grundläggande bestämmelserna i EG-rätten och således även mot svensk lag.

Vid upphandlingsförfarandet får en upphandlande enhet dock ställa relevanta krav på leverantören och kan kräva att produktionen uppfyller vissa krav. Ovan har belysts de risker och problem som finns knutna till produktionen av kött. Det gäller BSE (galna kosjukan), salmonellasmittat kött, hormonbehandlat kött, antibiotikabehandlat djur, koccidios och grundläggande djurskyddsregler.



Vid behov torde en upphandlande enhet med åberopande av skyddet för folkhälsan i förfrågningsunderlaget kunna kräva att t.ex. köttet är garanterat smittofritt, att djur inte utfordras med kadavermjöl i synnerhet inte från sin egen ras (kannibalmjöl) och att köttet skall vara garanterat hormonfritt. Det är inte uteslutet att även krav på att antibiotika inte används i tillväxtbefrämjande syfte och förbud mot användandet av dimetridazol vid behandling av koccidios kan anses vara tillåtna krav.

Eftersom det finns bönder även utanför Sverige som producerar kött som uppfyller dessa krav, i synnerhet de som väljer att producera ekologisk mat, skall kraven ställas på produkten och inte på köttets ursprung.

Sverige har en lång tradition av att värna om djurens rättigheter. Under förutsättning att kraven inte snedvrider konkurrensen och att de inte är diskriminerande torde det vara tillåtet för den för den upphandlande enheten att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att det levererade köttet har producerats med en djurskyddsnivå som motsvarar den inhemska marknaden. Det får inte antas att det i andra länder inte finns köttproducerande bönder som väl lever upp till de krav vi ansett vara grundläggande i Sverige.

Om kommunen vill garantera än högre nivå av djurskydd och kvalitet är även upphandling av ekologiskt kött ett alternativ att beakta.

En upphandlande enhet torde i de tekniska specifikationerna kunna hänvisa till kriterier för miljömärken om kriterierna har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Kriterierna får dock inte utformas så att de strider mot principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster. Kriterierna skall således vara förenliga med de för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-fördragets regler om offentlig upphandling.

Enligt EU-regler skall allt nötkött vara märkt med viss obligatorisk information. Det finns även en möjlighet att begära att kompletterande information lämnas och detta kan användas i ett upphandlingsförfarande för att garantera insyn och kvalitet om det finns behov som kan motivera ett sådant krav. Märkningen kan i vissa situationer således användas som bevis på att köttet uppfyller ställda kvalitetskrav.

För att visa att kraven verkligen är motiverade av den upphandlande enhetens behov bör enheten inte bara ställa krav i förfrågningsunderlaget, utan även följa upp att leverantören uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och skrivits in i leverantörsavtalet.

## Offentlighet och sekretess

Ovan vid rubriken ”Förfrågningsunderlag” finns en beskrivning av de regler om offentlighet och sekretess som är av betydelse för rätten för leverantörer och andra att få ut förfrågningsunderlag.

## Statistik

Statistiken över de upphandlingar som slutfördes under 2001 är nu sammanställd. De värden som redovisas i statistiken avseende upphandlingar över tröskelvärdena bygger på den efterannonsering som görs när en upphandling är avslutad. Flertalet upphandlande enheter sköter numera efterannonseringen på ett bra sätt vilket är till stor hjälp vid framtagandet av upphandlingsstatistiken.

Fortfarande finns dock alltför många upphandlande enheter som inte efterannonserar sina upphandlingar i enlighet med LOU. Det är viktigt att efterannonseringen är fullständig och t.ex. innehåller uppgift om upphandlingens värde. Det är vidare viktigt att efterannonseringen sker inom de tidsgränser som anges i LOU. Upphandlingar som avslutas enligt bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. LOU skall efterannonseras inom 48 dagar, medan upphandlingar som avslutas enligt 4 kap. skall efterannonseras inom 60 dagar. För att det ska vara möjligt att matcha efterannonsen mot den ursprungliga anbudsinfordran krävs att referensnumret på anbudsinfordran anges i efterannonsen. Inom ramen för sin tillsynsverksamhet kommer NOU att kontakta ett antal av de upphandlande enheter som alltför brister i sin efterannonsering.

Såväl upphandlingar som avbryts som upphandlingar av s.k. B-tjänster över tröskelvärdena som genomförs enligt reglerna i 6 kap. LOU skall efterannonseras.

Följande uppgifter avseende den offentliga upphandlingen i Sverige har sänts till EG-kommissionen.

Upphandlingar inom den *klassiska sektorn* över tröskelvärdena (miljoner SEK).

Varor	25 764
Tjänster	27 555
<u>Entreprenader</u>	<u>10 193</u>
Totalt	63 541

Detta innebär en ökning från föregående år med 12 593 miljoner SEK.

Upphandlingar inom *försörjningssektorerna* över tröskelvärdena (miljoner SEK).

Varor	8 234
Tjänster	6 043
<u>Entreprenader</u>	<u>2 547</u>
Totalt	16 825

Detta innebär en ökning från föregående år med 7 686 miljoner SEK.

För upphandlingar *under tröskelvärdena* är det totala beloppet för upphandlingar inom *statliga myndigheter* 19 563 miljoner SEK. Inom *försörjningssektorerna* är motsvarande belopp 19 989 miljoner SEK.

## NOU:s tillsyn

I *NOU info okt. – 02* informerades om att NOU under september 2002 inlett två tillsynsprojekt för att kontrollera efterlevnaden av LOU;

- Hur har kommunen säkerställt att lagen om offentlig upphandling efterlevs i kommunens verksamheter/funktioner?

- Hur efterlevs lagen om offentlig upphandling vid direktupphandling?

Konsulterna som biträder NOU i granskningen har nu lämnat utkast till slutrapport som skickats till berörda kommuner och stadsdelsnämnd för sakgranskning. NOU kommer först därefter att ta ställning till vad som framkommit vid granskningen.

## NOU:s telefonservice

NOU:s uppgifter består bl.a. i att sprida information per telefon. Under november har NOU fört statistik över de frågor som ställts till myndigheten under telefonjouren (9.00 till 11.30 varje arbetsdag). Under perioden svarade NOU på sammanlagt 382 samtal.

Främst är det upphandlande enheter och leverantörer som ringer men även upphandlingskonsulter, journalister och jurister från advokatbyråer. Övriga frågeställare är domstolar, studenter och allmänheten i övrigt.

NOU får inte ge rådgivning utan sprider endast allmän information. Vid behov av rådgivning i ett upphandlingsärende får man därför vända sig till en jurist eller upphandlingskonsult. NOU tolkar inte avtal och har inte heller som uppgift att behandla frågor rörande sekretess.

## Övrigt

### Broschyr om upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU

Inom den offentliga sektorn upphandlas en mängd olika konsulttjänster. Det kan vara ett enstaka behov som behöver tillgodoses eller behov för en längre tid. Enligt information som NOU fått genomförs upphandlingar av konsulttjänster ganska ofta av tjänstemän som inte vanligtvis arbetar med upphandlingsverksamhet.

NOU har arbetat fram en broschyr rörande upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU som kommer att vara klar vid årsskiftet. Broschyren vänder sig till personer som normalt inte arbetar med upphandlings- eller inköpsverksamhet men som ändå skall köpa konsulttjänster enligt 6 kap. LOU. Broschyren koncentrerar sig på konsultupphandlingar som värdemässigt ligger under tröskelvärdena. Anledningen till begränsningen är att konsultupphandlingar som värdemässigt ligger över tröskelvärdena, både avseende A- och B-tjänster, som regel torde – eller åtminstone borde – genomföras av upphandlingskunnig personal. Broschyren åskådliggör, med tyngdpunkt på de moment som styrs av LOU, anskaffningsprocessen från det att ett behov uppstår till dess ett upphandlingskontrakt tecknats.

Förhoppningen är att broschyren sprids till personer som står i begrepp att ”på egen hand” genomföra en upphandling trots att det för dem är ett ovant område. Broschyren kan givetvis också ligga till grund för upphandlande enheters arbete

med kompetenshöjande åtgärder på upphandlingsområdet. Broschyren bör inte bli liggande på inköpsavdelningarna och hos de upphandlingsansvariga eftersom dessa rimligen redan besitter den kunskap som återges i publikationen.

Broschyren kommer utan kostnad att skickas till i stort sett alla upphandlande enheter. Enstaka exemplar går bra att rekvirera kostnadsfritt från NOU under förutsättning att det till beställningen bifogas adresserade och frankerade A4-kuvert (broschyren väger 120 g.). En pdf-version kommer att finnas tillgänglig på NOU:s webbplats under rubriken ”publikationer, ärenden, m.m.”.

## Ökning av antalet överprövningsmål

NOU har inhämtat följande statistik från Domstolsverket rörande avgjorda mål i länsrätterna.

<b>Antalet mål i länsrätter</b>				
År	Inkomna mål	Mål som avslutats genom slutligt beslut	Mål som avslutats genom dom	Totalt antal avslutade mål
2000	113	57	51	108
2001	153	65	85	150
2002	276	103	145	248 (varav 41 enbart i november)

Ett mål som har avslutats genom slutligt beslut innebär att det avslutats genom avskrivning eller avvisning eller genom annat beslut. Exempel på skäl till att slutligt beslut meddelas kan vara att yrkandet om överprövning inkommit för sent eller att domstolen av annat skäl inte är behörig att pröva målet. Då mål avgjorts genom dom har länsrätten prövat målet i sak.

## NOU:s nyhetsbrev oktober 2002

Ändringen i LOU om upplysningskyldighet och ändringen i sekretesslagen till följd av Alcatel-domen innebär besvärliga avvägningar för de upphandlande enheterna. NOU försöker i nyhetsbrevet lämna stöd i tankegångarna, men det är till syvende og sidst den upphandlande enheten själv som i varje enskilt upphandlingsärende måste avgöra hur mycket information som *måste lämnas* för att upplysningsplikten skall anses beaktad och – för enheter som omfattas av offentlighetsprincipen - hur mycket information som *får lämnas* utan att sekretesslagens regler överträds.

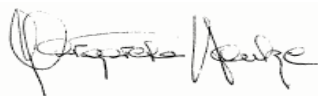
Vi kommenterar också den intressanta regeringsrättsdom som avsåg en upphandling som genomförts av Migrationsverket. Domen betonar att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmetoder som inte är utformade eller valda efter konstens alla regler kan godtas så länge de följer LOU:s och EG-rättens övergripande principer.

SCB:s statistikinsamling som skett på uppdrag av NOU, har inneburit större kostnader än nödvändigt. Återigen har det visat sig att vissa upphandlande enheter inte gjort efterannonseringar i den utsträckning som är lagligen föreskrivet. NOU återkommer till detta i nästa nyhetsbrev och vill uppmana dem som brustit att omedelbart införa rutiner som säkerställer att efterannonsering sker.

NOU har nu avslutat de s.k. twinning-projekten i Litauen, Slovenien och Slovakien. Vi bedömer dem som framgångsrika samtidigt som det har varit en nyttig och lärorik tid även för oss. Utan projektpengar framöver får vi nu rätta mun efter matsäck och med mindre personal koncentrera oss helt på våra NOU-specifika uppgifter. Flera tillsynsinsatser pågår redan och ytterligare planeras. En broschyr om konsultupphandling kan också förväntas vid årsskiftet.

NOU:s broschyr Kort om LOU och NOU har uppdaterats och kommer inom kort att läggas ut på hemsidan. Den går som tidigare även att beställa kostnadsfritt (i begränsat antal) från NOU, så länge frankerade och adresserade kuvert bifogas för vår distribution. Så släng era gamla exemplar av Kort om! En engelsk version kommer också att finnas på hemsidan men inte tryckas upp.

Hösthälsningar



Margareta Hentze

PS. De pågående direktivförändringarna har ännu inte nått sin slutgiltiga lösning, så ändringar i LOU till följd av dessa kan knappast förväntas på ett par år. DS

## Innehåll

Tillämpning av LOU.....	3
Upphandling av ratingtjänst omfattas inte av LOU .....	3
Beslut att avbryta en upphandling omfattas av rättsmedelsdirektiven .....	3
Förfrågningsunderlaget.....	3
Krav på färgsättning av fordon strider mot proportionalitets- och likabehandlings- principen .....	3
Prövning anbud.....	3
Det är inte förenligt med LOU att ge urvalskriteriet ”referenser” avgörande betydelse, när det enligt underlaget har lägst prioritet .....	3
Upphandling inom försörjningssektorerna .....	4
En ansökan om prekvalificering av en leverantör kan endast avslås enligt de grunder som enheten har fastställt för kvalificeringen .....	4
Tjänstepphandling över tröskelvärdena.....	4
Transportupphandling inte tillräckligt komplex för att förhandlad upphandling skall få tillämpas .....	4
Rättsmedel .....	4
Tilldelningsbeslut och tiodagarsfristen för överprövning .....	4
NOU:s tillsynsverksamhet .....	7
Tillsynsprojekt .....	7
NOU:s ärenden och yttranden.....	8
Upphandling av ratingtjänst omfattas inte av LOU .....	8
Rättsfall.....	9
Mål i EG-domstolen .....	9
Mål i Regeringsrätten .....	13
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	14
Miljö.....	18
Miljökriterier vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ....	18
Miljöanpassning vid offentlig upphandling - En enkätstudie .....	18
Offentlighet och sekretess.....	18
De nya bestämmelserna om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling .....	18
Övrigt.....	21
Rådet för konkurrens på lika villkor .....	21
Ändring i kommunallagen .....	22
EG-domstolens och EG:s förstainstansrätts domar publiceras på Internet.....	23
Pilot Project on Public Procurement .....	23

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info oktober -02"

## Tillämpning av LOU

### Upphandling av ratingtjänst omfattas inte av LOU

NOU har i ett yttrande ansett att Västra Götalandsregionen haft rätt att inte tillämpa LOU vid inköp av en s.k. kreditratingtjänst från ett ratinginstitut. Enligt NOU skall en sådan tjänst anses vara en finansiell tjänst som utnyttjas i samband med utgivning av värdepapper och därför inte omfattas av tjänstedirektivet eller LOU. Se vidare referat av ärendet under avsnittet ”NOU:s ärenden och yttranden”.

### Beslut att avbryta en upphandling omfattas av rättsmedelsdirektiven

EG-domstolen uttalar i en dom från i somras 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 avbryta en upphandling.

Domstolen konstaterar att ett beslut att avbryta en upphandling skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande. I förekommande fall skall beslutet kunna ogiltigförklaras av den anledning att det åsidosätter gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller de nationella regler som införlivar denna rätt. Se vidare referat av domen under avsnittet ”Mål i EG-domstolen”.

## Förfrågningsunderlaget

### Krav på färgsättning av fordon strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen

Kammarrätten i Göteborg och Länsrätten i Göteborg har funnit att ett krav på särskild färgsättning av fordon i en upphandling av avfallshämtning strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Rätten har inte godtagit kommunens förklaring att kravet har ställts i syfte att för allmänheten tydliggöra kommunens huvudmannaskap. Upphandlingen skall göras om. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft. För ytterligare information se referat av domarna nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt”.

## Prövning anbud

### Det är inte förenligt med LOU att ge urvalskriteriet ”referenser” avgörande betydelse, när det enligt underlaget har lägst prioritet

Kammarrätten i Stockholm har i ett mål konstaterat att prövningen av anbudsgivarens lämplighet och anbudsutvärderingen är två olika moment som styrs av skilda regler. Kammarrätten ansåg i målet att utvärderingskriteriet ”referenser” felaktigt tillmättes en helt avgörande betydelse, trots att det enligt förfrågningsunderlaget hade lägst prioritet av urvalskriterierna. Upphandlingen får avslutas först

efter det att rättelse har gjorts. För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt”.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

En ansökan om prekvalificering av en leverantör kan endast avslås enligt de grunder som enheten har fastställt för kvalificeringen

Inom försörjningssektorerna finns enligt bestämmelserna i 4 kap. LOU en möjlighet att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare (kvalificeringssystem). Kammarrätten anför i målet att ett beslut att avslå en ansökan om prekvalificering endast får grundas på de kriterier som enheten har fastställt för prekvalificeringen. För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt”.

## Tjänsteupphandling över tröskelvärdena

Transportupphandling inte tillräckligt komplex för att förhandlad upphandling skall få tillämpas

Kammarrätten i Göteborg har i ett mål ansett att en upphandling av transporttjänster inte kan anses vara av sådan art att undantagsregeln om förhandlad upphandling med annonsering i 5 kap. 16 § 2 LOU är tillämplig. Specialskolemyndigheten (SPM) ansågs ha brutit mot LOU genom att inte tillämpa öppen eller selektiv upphandling. Upphandlingen skall enligt domen göras om. För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt”.

## Rättsmedel

### Tilldelningsbeslut och tiodagarsfristen för överprövning

Utformningen av detta avsnitt har beslutats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002.

De ändringar i LOU som trädde i kraft den 1 juli 2002 har inneburit väsentliga ändringar i sättet att avsluta en upphandling. NOU:s kansli får många frågor, både från upphandlande enheter och från leverantörer, om tillämpningen av de nya reglerna. NOU gör därför en sammanställning av uttalanden i propositionen samt bifogar vissa kommentarer. Det ankommer dock på kommande rättspraxis att närmare besvara de praktiska frågorna i samband med upplysningar om tilldelningsbeslut och tolkningen av sekretesslagen. De båda frågorna har många gemensamma beröringspunkter. Reglerna om *upplysningar om tilldelningsbeslut* är dock en utlöpare av transparensprincipen i EG-rätten medan sekretesslagen innehåller regler om begränsning av den i 2 kap. tryckfrihetsförordningen stadgade rätten att ta del av *allmän handling*. De upphandlande enheter som lyder under offentlighetsprincipen måste därför uppmärksamma båda dessa aspekter.



*Upplysningar om tilldelningsbeslut till anbudssökande och anbudsgivare*

När ett tilldelningsbeslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det. Syftet med bestämmelsen är att en leverantör bättre skall kunna ta tillvara sin rätt att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet i upphandlingen (se prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. sid. 55). Bestämmelserna om offentliggörande av tilldelningsbeslutet gäller alla upphandlingsförfaranden utom sådan direktupphandling som genomförts i enlighet med reglerna i LOU. Regeringen anför bl.a. följande i prop. 2001/02:142 sid. 61.

”Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall en enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall enheten enligt bestämmelsen ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Om upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte.”

I specialmotiveringen till bestämmelsen (tidigare nämnda prop. sid. 97) anför regeringen även bl.a. följande.

”Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är således inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga (1 kap. 22 § första stycket punkt 1 och 6 kap. 12 § första stycket punkt 1). Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet. Om anbudet antagits på den grunden att det haft lägst anbudspris (punkt 2 i sistnämnda bestämmelser) är det dock tillräckligt att enheten i upplysningarna om tilldelningsbeslutet redovisar detta. Det är inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset.”

NOU:s uppfattning är mot bakgrund av ovanstående att, när en upphandlande enhet utformar upplysningar om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU, måste enheten tydligt ange på vilka grunder den eller de vinnande leverantörernas anbud antagits. Det finns inte något formkrav på hur upplysningarna skall lämnas.

Regeringen anger dock att det är lämpligt att upplysningarna lämnas i någon läsbar och varaktig form (tidigare nämnda prop. sid. 97). I många fall kan det vara tillräckligt att utforma upplysningarna som ett brev där det anges vem (eller vilka) som antagits som leverantör och skälen för det. I andra fall kan skälen anges genom att utvärderingsprotokollet i dess helhet bifogas, om sådant utlämnande inte möter hinder enligt sekretessregler. Utgångspunkten är att den upphandlande enheten har bevisbördan för att enheten lämnat de föreskrivna upplysningarna.

Av 1 kap. 28 § andra stycket LOU framgår att även andra leverantörer än sådana som deltagit i upphandlingen har rätt att på begäran få ta del av upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Sådana upplysningar skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det.

Bestämmelserna i 1 kap. 28 § LOU gäller samtliga upphandlande enheter och rör skyldigheten att lämna upplysningar om skälet för tilldelningsbeslut. *En mycket stor andel av de upphandlande enheterna i Sverige lyder emellertid också under reglerna om allmänna handlingars offentlighet. Upphandlande enheter som omfattas av offentlighetsprincipen och reglerna om sekretess är skyldiga att inför varje utlämnande av uppgifter om upphandlingen – även i ett meddelande med upplysningar om tilldelningsbeslut – göra en sekretessprövning.*

Enligt tidigare nämnda prop. sid. 63 ff. ger upplysningsskyldigheten i 1 kap. 28 § LOU inte leverantörer någon rätt att få ut uppgifter från den upphandlande enheten utöver vad som följer av offentlighetsprincipen.

Se vidare nedan under avsnittet ”De nya bestämmelserna om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling”.

#### *Tiodagarsfristen och möjlighet till överprövning*

När den upphandlande enheten fattat tilldelningsbeslut och lämnat upplysningar om beslutet till samtliga anbudssökande och anbudsgivare börjar tidsfristen på tio dagar att löpa. Den första dagen av fristen är dagen efter att det sista meddelandet med upplysningar om tilldelningsbeslut sändes ut (tidigare nämnda prop. sid. 101). Följande schema klargör tidsberäkningen.

- Dag 1: Samtliga meddelanden om tilldelningsbeslut har skickats ut.
- Dag 2: Tidsfristen börjar löpa.
- Dag 3 – 11: Tidsfristen löper och den upphandlande enheten får inte avsluta upphandlingen.
- Dag 12: Tidsfristen har gått ut. Den upphandlande enheten får skriva upphandlingskontrakt om länsrätten inte dessförinnan har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas eller ett slutligt beslut om att upphandlingen skall rättas eller göras om.

Av lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid följer att kalenderdagar räknas. Om den sista dagen i tiodagarsfristen infaller på en lördag, söndag, allmän helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, förlängs tidsfristen till nästa vardag.

Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att upplysningarna faktiskt har lämnats till samtliga anbudsgivare (tidigare nämnda prop. sid. 101). Om den upphandlande enheten inte kan styrka att den har lämnat upplysningar till alla anbudsgivare, kan konsekvensen bli att fristen för överprövning inte börjar löpa. Den upphandlande enheten kan försäkra sig om att få bevis för att upplysningarna

har lämnats genom att som ett skall-krav i förfrågningsunderlaget ange att det skall finnas en fax eller e-post-adress hos anbudsgivarna. Ett faxkvitto till detta fax-nummer tjänar som bekräftelse på att meddelandet avsänts. Det är vidare möjligt att i de flesta e-postprogram ställa in att man vill ha ett kvitteringsmeddelande som bevis för avsändandet.

Samma tiodagarsperiod föreskrivs även i de fallen när länsrätten upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Den upphandlande enheten skall då avvakta tio dagar med att sluta ett upphandlingskontrakt för att den leverantör som i länsrätten ansökt om överprövning skall kunna ta tillvara sin rätt genom att till kammarrätten överklaga länsrättens beslut att upphäva det interimistiska beslutet. Efter överklagande kan kammarrätten nämligen fatta ett nytt interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas.

Om ett civilrättsligt kontrakt skulle uppstå innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig, i det fall förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall rättas till eller göras om, gentemot den leverantör som först tilldelades kontraktet. För att undvika denna situation kan det vara lämpligt att ingå ett villkorat avtal med vald anbudsgivare som gäller under tiden mellan tilldelningsbeslut och upphandlingens avslutande. I tidigare nämnda prop. sid. 78 anges följande. ”Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullgöra det första avtalet. För att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad bör en upphandlande enhet därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten välja att ingå ett villkorat avtal.” Se NOU:s rekommendation avseende ett exempel på utformning av en sådan klausul i *NOU info dec. -00* sid. 8-9.

## NOU:s tillsynsverksamhet

Målet för NOU:s tillsynsverksamhet är att öka regelefterlevnaden bland upphandlande enheter enligt nämndens regleringsbrev.

### Tillsynsprojekt

NOU har inom ramen för sin tillsynsverksamhet under september 2002 inlett två tillsynsprojekt för att kontrollera efterlevnaden av LOU. Projektens inriktning är:

- Hur har kommunen säkerställt att LOU efterlevs i kommunens verksamheter/funktioner?
- Hur efterlevs LOU vad gäller direktupphandling?

Granskningen avser upphandling vid några kommuner och en stadsdelsnämnd. NOU biträds i sitt granskningsarbete av två konsulter. Granskningen förutsätter besök hos varje kommun som genomförs av konsulten tillsammans med NOU. Resultatet av granskningen avses kunna redovisas under december 2002 i form av en rapport per granskad kommun/stadsdelsnämnd. Information om resultatet av tillsynsprojekten kommer att lämnas i kommande *NOU info*.

### *Hur har kommunen säkerställt att LOU efterlevs i kommunens verksamheter/funktioner?*

Projektet omfattar Kumla kommun, Nora kommun, Finspångs kommun, Strängnäs kommun och Hedemora kommun. Styrande dokument kommer att granskas och studien kompletteras med intervjuer. NOU efterfrågar riktlinjer eller liknande för upphandling (exempelvis inköspolicy). I faktainsamlingen ingår också uppgifter om värden för olika inköpsslag/upphandlingar samt en förteckning över kommunens leverantörer under år 2001.

### *Hur efterlevs LOU vad gäller direktupphandling?*

Projektet omfattar Danderyds kommun och Bromma stadsdelsnämnd i Stockholm. Granskningen omfattar utbetalningar till 50 leverantörer som under första halvåret 2002 sålt tjänster/produkter för 5 prisbasbelopp eller mer till kommunen/stadsdelsnämnden. Data inhämtas genom avstämning i kommunens/stadsdelsnämndens leverantörsreskontra. Kompletterande frågor ställs till berörda tjänstemän i kommunen för att NOU skall kunna bedöma efterlevnaden av LOU i de enskilda fallen.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Upphandling av ratingtjänst omfattas inte av LOU

*NOU har vid nämndsammanträde den 24 september 2002 uttalat att Västra Götalandsregionen haft rätt att ingå avtal om kreditrating utan föregående upphandlingsförfarande (NOU:s dnr 2001/0185-26).*

NOU har i yttrandet angivit bl.a. följande.

Under våren 2001 ingick Västra Götalandsregionen avtal med ett känt ratingföretag för att detta företag skulle bedöma regionens ekonomiska styrka och förmåga att fullfölja sina åtaganden, s.k. kreditrating. Avtalet föregicks inte av någon upphandling enligt LOU. 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. Det anges ofta i finansiella aktörers placeringspolicy att placering endast kan ske hos låntagare med rating från vissa ratinginstitut.

Frågan i ärendet var om avtalet om kreditrating faller under undantaget för finansiella tjänster i 5 kap. 1 § 5 p. LOU, där det stadgas att ”finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument” undantas från tillämpningsområdet för 5 kap. LOU. Motsvarande formulering finns i artikel 1 a) vii) tjänstedirektivet 92/50/EEG. I tjänstedirektivets ingress anges vidare att ”detta direktiv omfattar inte sådana finansiella tjänster som rör instrumenten för valuta- och penningpolitiken, statskuldsförvaltning, valutapolitik och annan politiskt beslutad verksamhet som innefattar transaktioner med värdepapper och andra finansiella instrument.” 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.

Tjänstedirektivet skall därför enligt NOU:s yttrande 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 statsskulden. NOU fann att kreditratingtjänsten har 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 enligt 5 kap. 1 § andra stycket 5 p. LOU vara undantagen från lagens tillämpning.

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. NOU:s slutsats var således att Västra Götalandsregionen i det aktuella fallet inte har varit skyldig att tillämpa LOU vid inköpet av kreditratingtjänsten.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Beslut att avbryta en upphandling omfattas av rättsmedelsdirektiven* *Frågan som prövas av EG-domstolen*

EG-domstolen har i juni 2002 meddelat ett förhandsavgörande (C-92/00) till en österrikisk domstol (Vergabekontrollsenat) i ett mål mellan Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) och Stadt Wien. Förhandsavgörandet avser framförallt frågan om rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn (89/665/EEG) innefattar en skyldighet för medlemsstaterna att ha prövningsförfarande och möjlighet till ogiltigförklaring av beslut om att återkalla anbudsinfordran, dvs. att avbryta offentliga upphandlingar.

#### **Bakgrund**

Staden Wien publicerade i december 1996 upphandlingsannonser i EGT S/TED och i en nationell tidning. Annonserna var en inbjudan att lämna anbud i en upphandling avseende ”projektledning för genomförande av ett strategiskt samlat koncept [samordningscentral] för matleveranser” till stadens vårdinrättningar. Sedan anbud ingivits, bland annat av HI, återkallade staden sin anbudsinfordran. Återkallandet skedde innan den föreskrivna tidsfristen för att tilldela kontraktet löpt ut. Skälet till att upphandlingen avbröts var enligt staden vissa fakta som tillkommit under upphandlingens gång. Dessa fakta ledde till att stadens verkställande utskott beslutade att en samordningscentral inte skulle upprättas. Verksamheten skulle utföras decentraliserat och därmed behövdes ingen extern projektledning.

HI klagade till Vergabekontrollsenat och begärde bl.a. att beslutet att återkalla anbudsinfordran skulle ogiltigförklaras. HI framförde särskilt misstankar om att staden direkt eller indirekt hade en ägarrelation till bolaget Humanomed. Enligt HI hade Humanomed gjort en väsentlig del av förberedelsearbetet inför anbuds-

infordran, lett ett projekt och påverkat stadens riktlinjer. Vidare skulle Humanomed enligt HI ha påverkat staden att återkalla anbudsinfordran i syfte att fortsätta samarbetet med Humanomed och därmed kringgå skyldigheten att utesluta detta bolags anbud från upphandlingen.

Vergabekontrollsenat fann att HI:s klagomål inte kunde tas upp till sakprövning eftersom ett beslut att återkalla en anbudsinfordran, enligt österrikisk upphandlingslagstiftning, inte ingår bland beslut som kan upphävas. Vid överklagande av avvisningsbeslutet fastställde Österrikes författningsdomstol att Vergabekontrollsenat var skyldig att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen. I sin begäran om förhandsavgörande understryker Vergabekontrollsenat att den berörde leverantören vid rättstridig återkallelse av en anbudsinfordran enligt nationell rätt kan väcka civilrättslig skadeståndstalan vid allmän domstol.

### ***EG-domstolens dom***

EG-domstolen konstaterar att direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet), förutom efterannonseringskravet, saknar specifika bestämmelser om de materiella och formella villkoren för beslut att återkalla en anbudsinfordran. Beslutet omfattas dock av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna, framförallt principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som stadfästs i EG-fördraget. Domstolen påtalar att direktiven syftar till att undanröja praxis som är allmänt konkurrensbegränsande, i synnerhet sådan praxis som begränsar möjligheterna för medborgare från andra medlemsstater att delta i upphandlingar. Domstolen konstaterar dessutom att det av likabehandlingsprincipen, som utgör grunden för upphandlingsdirektiven, följer en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Kravet på efterannonsering av skälen för beslutet att återkalla en anbudsinfordran har enligt domstolen ställts i syfte att säkerställa en miniminivå för insyn i offentlig upphandling som omfattas av direktiven. EG-domstolen uttalar 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.

Mot bakgrund av ovanstående konstaterar domstolen att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran i en tjänsteupphandling, enligt artikel 1.1. i direktiv 89/665, skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande. I förekommande fall skall beslutet ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som införlivar denna rätt. På förekommen anledning påtalar EG-domstolen att prövningen inte får begränsas till huruvida beslutet att återkalla en anbudsinfordran är av ”godtycklig art” eller inte.

Slutligen konstaterar domstolen att ”[d]et skall fastställas i nationell rätt vilken tidpunkt som skall beaktas vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndighetens beslut att återkalla en anbudsinfordran är rättsenligt ...”. Det förutsätts att dessa bestämmelser inte är mindre förmånliga än sådana som avser liknande talan som grundas på nationell rätt. Vidare får det i praktiken inte vara omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av gemenskapens rättordning.

***NOU:s kommentar:*** Svensk domstolspraxis på området är framförallt två domar från Högsta domstolen av den 2 januari 2001 (mål nr T 370-99 och T 1683-99) samt

en dom från Regeringsrätten av den 6 februari 2001 (RÅ 2001 ref. 18). Högsta domstolen har gjort bedömningen att skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas en upphandlande enhet som avbrutit ett upphandlingsförfarande. Vidare har Regeringsrätten uttalat att LOU inte reglerar beslut om att avbryta en offentlig upphandling och att överprövning inte kan ske av sådana beslut. Mot denna bakgrund konstaterar Regeringsrätten att ett beslut att avbryta en upphandling kan bli föremål för laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen.

NOU har i en skrivelse gjort regeringen uppmärksam på att det finns behov av att överväga översyn av den svenska lagstiftningen i denna fråga.

### *Miljökriterier m.m. vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

EG-domstolen har i mål om förhandsbesked (mål C 513/99, mellan Concordia Bus Finland Oy Ab och Helsingin kaupunki, HKL- Bussliikenne) behandlat frågan om det är tillåtet när en upphandlande enhet tilldelar kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att beakta fordons låga kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå.<sup>1</sup> Fråga var i målet om anbuden får tilldelas tilläggspoäng som avses beaktas när anbuden jämförs vid utvärderingen om utsläppen eller bullernivån underskrider en viss nivå. Dessa förutsättningar var angivna i förfrågningsunderlaget. Den nationella domstolen frågade vidare om det enligt bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och särskilt med hänsyn till likabehandlingsprincipen är tillåtet att beakta sådana kriterier, när det på förhand står klart att den upphandlande stadens eget trafikverk tillhör det fåtal företag som kan erbjuda fordon som uppfyller dessa krav.

Domstolen konstaterar dels att de upphandlande myndigheterna enligt artikel 36.1 a i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) kan tillämpa olika kriterier beroende på kontraktets art vid tilldelning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och dels att artikeln inte innehåller någon uttömmande uppräkningslista. Artikeln skall, enligt domstolen, inte tolkas på så sätt samtliga kriterier måste vara av ekonomisk art, eftersom det inte kan uteslutas att faktorer som inte är av ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.

Mot bakgrund av att samordningen inom EU på upphandlingsområdet avser att undanröja hinder för friheten att tillhandahålla tjänster och för den fria rörligheten för varor och att artikel 6 i EG-fördraget - enligt vilken miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet - samtidigt skall beaktas, finner domstolen att det inte är uteslutet att tillämpa miljöskyddskriterier vid bedömningen av det mest fördelaktiga anbudet.

Enligt domstolen kan myndigheten dock inte tillämpa alla kriterier av detta slag, utan kriterierna skall syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt ha ett samband med föremålet för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten skall således kunna bedöma de inkomna anbuden och fatta ett beslut med tillämpning av kvalitativa och kvantitativa kriterier som kan variera beroende på kontraktets art. Det skulle inte vara förenligt med art.36.1 i tjänstedirektivet att den upphandlande myndigheten gavs en obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt. Kriterierna skall uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i

---

<sup>1</sup> Av domen framkommer att den svenska regeringen har lämnat ett yttrande i målet.

annonsen om upphandlingen, om möjligt efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först, så att tänkbara leverantörer skall kunna få kännedom om dessa kriterier och deras omfattning.

Kriterierna skall slutligen vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt principen om icke-diskriminering.

Domstolen finner i det aktuella målet att kriterierna avseende utsläppen och bullernivån kunde anses ha ett samband med föremålet för ett kontrakt om upphandling av lokala busstransporttjänster. Domstolen finner vidare att sådana kriterier som består av att tilläggspoäng tilldelas de anbud som uppfyller vissa angivna och objektivt mätbara miljökrav inte medför att den upphandlande myndigheten får obegränsad valfrihet.

Domstolen konstaterar vidare att "... skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central i direktiven om offentlig upphandling vilka bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämningsområde och innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning av kontrakt i avsikt att garantera en sådan konkurrens".

Upphandlingskriterierna skall således vara förenliga med principen om icke-diskriminering.

Domstolen fastställer att artikel 36.1 a i tjänstedirektivet skall tolkas på så sätt att en upphandlande myndighet, som vid offentlig upphandling av lokala busstransporttjänster har beslutat att kontraktet i fråga skall tilldelas den anbudsgivare som lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kan beakta sådana miljökrav som bussarnas kväveoxidutsläpp eller deras bullernivå under förutsättning att dessa kriterier

- har ett samband med kontraktets föremål,
- inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet,
- uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i annonsen om upphandlingen,
- och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen.

Domstolen konstaterar att de aktuella upphandlingskriterierna var objektiva och tillämpades utan åtskillnad på samtliga anbud. Kriterierna ansågs vidare ha ett direkt samband med föremålet för upphandlingen d.v.s. fordonen och ingå i ett system för poängtilldelning. Tilläggspoäng kunde även tilldelas inom ramen för systemet på grundval av andra kriterier som var hänförliga till fordonen såsom användning av bussar med låga golv, antal sittplatser och klappstolar samt bussarnas ålder.

Domstolen fastställer att det faktum att endast ett fåtal företag, bland vilka ett till enheten hörande företag, kunde uppfylla ett av de kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpat, inte i sig medför att likabehandlingsprincipen åsidosätts. Likabehandlingsprincipen utgör inte något hinder mot att beakta sådana miljöskyddskriterier som var aktuella i målet endast på grund av att den upphandlande enhetens eget trafikföretag tillhörde det fåtal företag som kunde tillhandahålla fordon som uppfyller dessa.

Domstolen tolkar bestämmelsen i artikel 36.1 a i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) men konstaterar även att svaret inte skulle bli annorlunda om



direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet) var tillämpligt på det aktuella upphandlingsförfarandet.

**NOU:s kommentar:** Rättsfallet bekräftar således även att en upphandling som görs av en upphandlande enhet för verksamhet som inte täcks av den verksamhetsuppräknning som finns i direktivet 93/38/EEG (motsvarande 4 kap. 1 § LOU) skall genomföras enligt bestämmelserna för upphandling inom den klassiska sektorn.

## Mål i Regeringsrätten

### *Regeringsrättens dom avseende Migrationsverkets upphandling av IT-tjänster*

I *NOU info juni -02* sid. 14 refereras Regeringsrättens dom (mål nr 300-2002) avseende Migrationsverkets upphandling av IT-tjänster. Flera läsare har efterlyst NOU:s kommentar till domen.

Allmänt gäller att Regeringsrätten meddelar prövningstillstånd ”om det är av vikt till ledning för rättstillämpningen”. Domar från Regeringsrätten är därför främst avsedda att tjäna som vägledning för underinstanserna länsrätter och kammarrätter. NOU vill i det följande kommentera den aktuella domen utifrån ett bredare perspektiv och särskilt uppmärksamma vilka slutsatser upphandlande enheter och leverantörer kan dra av domen.

Både länsrätten och kammarrätten biföll den klagandes talan och förordnade att Migrationsverkets upphandling skulle göras om. *Kammarrätten* underkände Migrationsverkets upphandling på följande två punkter:

- 1) Förfrågningsunderlaget ansågs vara bristfälligt genom att poängsättningen för två avsnitt i underlaget inte preciserats för de olika individuella utvärderingskriterierna utan angivits med en totalpoäng, vilket enligt domstolen stred mot kraven på transparens och förutsebarhet.
- 2) Den i förfrågningsunderlaget beskrivna utvärderingsmodellen ansågs ge utrymme för olika tolkningar av hur viktningen skulle gå till och ansågs därmed av domstolen vara så godtycklig att den stred mot kravet på affärsmässighet.

*Regeringsrättens* bedömning skiljer sig inte från underinstansernas såtillvida att såväl det förfrågningsunderlag Migrationsverket använt som den tillämpade utvärderingsmodellen ”kan anses ha vissa brister”. Bristerna har dock enligt Regeringsrätten inte varit av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Regeringsrätten upphäver därför underinstansernas domar och avslår sökandens framställning om åtgärder enligt LOU.

NOU vill framhålla att Regeringsrätten inledningsvis uttalar 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.” *Regeringsrättens dom innebär således inte någon ändring i kravet på att respektera de grundläggande principerna för offentlig upphandling.*

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 anknyter därmed till rättspraxis från EG-domstolen som har betonat att offentlig upphandling skall vara förenlig med de grundläggande principerna för gemenskapsrätten. EG:s förstainstansrätt har uttalat att ”prövning skall endast avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel”<sup>2</sup>.

Regeringsrättens dom rör såvitt NOU kan utläsa endast brister i förfrågningsunderlaget vad avser utvärderingsmetoden. Domen bör därför enligt NOU:s bedömning inte tolkas så att andra brister i ett upphandlingsförfarande kan anses acceptabla. Även om vissa brister och oklarheter i ett förfrågningsunderlag enligt Regeringsrättens dom får godtas vid överprövning i förvaltningsdomstol bör ambitionen liksom tidigare vara att upphandling i Sverige skall genomföras med höga krav på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla led.

NOU:s yttrande till Regeringsrätten i målet finns i sin helhet på NOU:s hemsida [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Mål i kammarrätt och länsrätt

*Det är inte möjligt för en upphandlande enhet att avslå en ansökan om prekvalificering av en leverantör enligt andra kriterier än dem som enheten har fastställt för kvalificeringen*

- Kammarrätten i Stockholm (mål nr 3765--3770-2002) instämmer i länsrättens bedömning (mål nr 785-01, 926-01, 927-01, 504-02, 546-02 och 547-02) att förvaltningsdomstolar är behöriga att överpröva beslut av upphandlande enheter i samband med ett prekvalificeringsförfarande. Eftersom kammarrätten avslag överklagandet står länsrättens avgörande fast att Forsmarks kraftgrupp AB, Barsebäck kraft AB och Ringhals AB (Kraftbolagen) genom rättelse skall uppta de klagande leverantörerna i förteckningen över för upphandling kvalificerade leverantörer. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

Av kammarrättsdomen framkommer att Kraftbolagen har avslagit de klagande leverantörernas ansökningar om prekvalificering och som skäl angivit att bolagen ”i tidigare prekvalificeringsärendet hos Ringhals AB medvetet lämnat vilseledande uppgifter om bolagens försäkringssituation samt underlåtit att lämna begärda kompletterande upplysningar i saken”. Som grund för sina beslut har Kraftbolagen åberopat 1 kap. 17 § 4 p. och 6 p. LOU. Kraftbolagen har gjort gällande att de grunder för uteslutning från deltagande i upphandling som anges i 1 kap. 17 § LOU

---

<sup>2</sup> (Förstainstansrättens domar i målen T-19/95 *Adia Interim* ./ *Kommissionen*, T-139/99 *AICS* ./ *Parlamentet* och T-169/00 *Esedra SPRL* ./ *Kommissionen* som i sin tur åberopar EG-domstolens dom i målet C-56/77 *Agence Européenne d'Interims* ./ *Kommissionen*).

är tillämpliga även vid prekvalificeringsförfarandet, oavsett om dessa grunder tagits med i de regler för urvalet som fastställts av den upphandlande enheten eller inte.

Kammarrätten har vidare uppgivit att det visserligen inte föreligger något hinder för en upphandlande enhet att avslå en ansökan om prekvalificering med användande av de kriterier som uppställts i 1 kap. 17 § LOU. En förutsättning är dock, enligt domstolen, såväl enligt 4 kap. 23-24 §§ LOU som enligt EG upphandlingsdirektiv för försörjningssektorerna, att kriterierna finns med bland de regler för prekvalificeringen som den upphandlande enheten har fastställt. Ett beslut att avslå en ansökan om prekvalificering av en leverantör kan endast grundas på dessa fastställda kriterier.

*En upphandling av transporttjänster ansågs inte tillräckligt komplex för att förhandlad upphandling med annonsering skulle få tillämpas*

- Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2341-2002) har prövat en förhandlad upphandling enligt 5 kap. LOU av skoltransporttjänster för elever i ett antal olika skolor genomförd av Specialskolemyndigheten (SPM) (genom Verket för högskoleservice). Kammarrätten uppger att SPM genom att inte tillämpa öppen eller selektiv upphandling brutit mot LOU och att den klagande leverantören kan komma att lida skada. Upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Målet avser en upphandling av tjänster för vilka 5 kap. LOU är tillämpligt. SPM hade valt att påbörja en förhandlad upphandling med annonsering mot bakgrund av tjänstens komplexitet (5 kap. 16 § LOU). Enligt domen har SPM uppgivit följande. ”För att kunna jämföra respektive anbudsgivares prisbild med bibehållande av viss konkurrens mellan olika prismodeller bedömde SPM att det kunde komma att krävas vissa förhandlingar. Eftersom avsikten varit att samordna respektive skolas behov har det inte i förväg gått att definiera de körsträckor som uppdraget är avsett att omfatta.”

I domen uppger kammarrätten att varken framtida samordningsproblem eller osäkerhet angående marknadens reaktioner utgör skäl att genomföra en förhandlad upphandling med föregående annonsering. Inte heller vad SPM anfört angående svårigheter att jämföra prismodeller utgör hinder mot att genomföra upphandlingen som en öppen eller selektiv upphandling enligt huvudregeln i 5 kap. 14 § LOU.

Kammarrätten instämmer i länsrättens bedömning att ifrågavarande transporttjänster inte kan anses vara av sådan art på vilka undantagsregeln i 5 kap. 16 § 2 p. LOU är tillämplig. Länsrätten uppger i detta sammanhang att möjligheten att göra en förhandlad upphandling med föregående annonsering enligt 5 kap. 16 § LOU är att se som en undantagsbestämmelse och skall därför tillämpas restriktivt. Som exempel på när bestämmelsens andra punkt kan bli tillämplig har i 92/50/EEG (tjänstedirektivet) nämnts särskilt när fråga är om intellektuella tjänster och finansiella tjänster, vari ingår underkategorierna försäkringstjänster samt bank- och investeringstjänster. Det ankommer på den upphandlande enheten att visa att förutsättningar för avsteg från huvudregeln föreligger. SPM ansågs inte ha rätt att göra en förhandlad upphandling i detta fall och den klagande leverantören ansågs kunna komma att lida skada. Upphandlingen måste därför göras om. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft.

*Det är inte förenligt med LOU att tillmäta urvalskriteriet ”referenser” avgörande betydelse, om det har lägst prioritet enligt förfrågningsunderlaget*

- Kammarrätten i Stockholm har meddelat dom (mål nr 3950-2002) avseende en upphandling av datorer med tillbehör genomförd av Uppsala kommun. Länsrätten beslutade (mål nr 999-02) att upphandlingsförfarandet skulle rättas till genom en ny utvärdering av anbuden inklusive anbudet från den klagande leverantören och kammarrätten har avslagit kommunens överklagande. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft.

Av kammarrättsdomen framkommer att det i underlaget under avsnittet ”Krav på leverantören (enl. 1 kap. 17 § och 18 § i LOU)” anges att det till anbudet skall bifogas bl.a. ”Referenser på motsvarande uppdrag med angivna referenspersoner och telefonnummer”. Den klagande leverantören uppgav i anbudet att ”Vi hoppas att det faktum att vi är antagna som leverantör till Statskontoret inom produktområdet skrivare, där vi genomgått en omfattande utvärdering av (kvalitet, miljö, produkter, tjänster, finansiering och inte minst våra priser) vägs in då dessa aspekter utvärderats”.

I kammarrättsdomen uppges vidare att det av kommunens dokumentation (6 mars 2002) framkommer att den klagande leverantören inte ansetts vara kvalificerad för fortsatt prövning med hänvisning till att denne ”inte har bifogat referenser på motsvarande uppdrag med kontaktpersoner”.

Länsrätten i Uppsala län som prövade samma upphandling i ett tidigare skede uttalade då i dom (mål nr 510-02) att ”den omständigheten att /den klagande leverantören/ inte angett kontaktpersoner med telefonnummer på Statskontoret inte innebär att /den klagande leverantören/ i något väsentligt hänseende låtit bli att lämna begärda upplysningar i den mening som avses i 1 kap. 17 § LOU”. Länsrätten fann att den klagande leverantörens anbud inte kunnat förkastas på angiven grund och att kommunen felaktigt uteslutit denne från upphandlingen. Länsrätten förordnade att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelsen skulle bestå i att kommunen gjorde en ny utvärdering av anbuden inklusive den klagande leverantörens anbud och därefter beslutade vilka anbud som skulle antas. Här avses länsrättsdomen (mål nr 510-02) och den överklagades inte.

Med anledning av denna länsrättsdom utvärderade kommunen anbuden på nytt. Av kammarrättsdomen i den senare processen framkommer det att det i kommunens anbudsprotokoll (7 maj 2002) under rubriken ”Utvärderingsfasen” anges att den klagande leverantören ”hör till de anbudsgivare som är kvalificerade för vidare utvärdering men inte kunnat värderas, eftersom det saknas underlag för ett av utvärderingskriterierna (referenser).”

Det framkommer i domen att kommunen under rubriken ”Utvärderingsfasen” angett fyra utvärderingskriterier i prioritetsordning; pris, serviceåtagande, support och referenser. Enligt enhetens anbudsprotokoll viktas kriterierna enligt följande: pris 50 %, serviceåtagande 30 %, support 15 % och referenser 5 %.

Kammarrätten uppger att prövningen av anbudsgivarens lämplighet och anbudsutvärderingen är två olika moment som styrs av skilda regler, att de två prövningsstegen vid öppen upphandling bör kunna ske i direkt anslutning till varandra, att bestämmelser och kriterier som styr de två momenten inte får sammanblandas och att kvalifikationskrav inte får ställas under utvärderingsfasen.

Kammarrätten hänvisar därefter till kommunens anbudsprotokoll vari framgår att den klagande leverantören ansetts kvalificerad som anbudsgivare. Vid utvärderingen har kommunen emellertid ansett att företagets ”anbud inte kan värderas med hänvisning till att kravet på referenser inte uppfyllts”.

Kammarrätten anser inte att företagets anbud avvikit från förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att anbudet inte alls kan komma i fråga vid en utvärdering. Härtill kommer enligt kammarrätten att kommunens ställningstagande innebär att kravet på referenser vid utvärderingen fått en helt avgörande betydelse, trots att ”referenser” enligt förfrågningsunderlaget hade lägst prioritet av urvalskriterierna. Det måste, enligt domen, anses strida mot huvudprincipen om affärsmässighet att låta kravet på referenspersoner och telefonnummer få en sådan betydelse som kommunen gett det.

Upphandlingen skall enligt kammarrättens lagakraftvunna dom avslutas först sedan rättelse gjorts.

### *Krav på särskild färgsättning av fordon strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen*

- Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3969-2002) har prövat en upphandling avseende avfallshämtning genomförd av Göteborgs stad (kretsloppsnaömden). Länsrätten i Göteborg (mål nr 3721-02) har tidigare förordnat att upphandlingen skall göras om. Frågan i målet var om Göteborgs stad haft rätt att ställa krav på särskild färgsättning för de fordon som skall användas i avfallshanteringen i syfte att för allmänheten tydliggöra kommunens huvudmannaskap. Länsrättens beslut att upphandlingen skall göras om står fast sedan kammarrätten avslagit överklagandet. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

Göteborgs stad har bland annat anfört att färgsättningen är önskvärd på grund av att det är ett flertal entreprenörer verksamma samtidigt. Färgsättningen är också ett enkelt sätt att skilja ut leveranser till behandlingsanläggning som görs för annan kund så att inte staden debiteras för dessa leveranser. Även utifrån säkerhets- och arbetsmiljömässig synpunkt finns fördelar med färgsättningen, genom att de enhetligt färgsatta fordonen blir lätta att urskilja i trafiken. Enligt domen har Göteborgs stad vidare uppgivit att avtalstiden överstiger fem år och kostnaden är marginell för leverantören.

Länsrätten har bland annat uppgivit att enheten istället t.ex. genom särskild skyltning på avfallsfordonen kan åstadkomma önskvärd tydlighet avseende kommunens huvudmannaskap.

Länsrätten har vidare uppgivit att de fordon som används i samband med avfallshantering skiljer sig utseende- och formmässigt från andra fordon och någon särskild färgsättning kan rimligen inte krävas för att göra dem urskiljbara i trafiken. Ett krav på färgsättning kan vidare enligt länsrätten försvåra för eller hindra leverantören att använda fordonen på annat sätt. Länsrätten konstaterar avslutningsvis att kravet på särskild färgsättning strider mot proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet. Kammarrättens dom att avslå överklagandet har vunnit laga kraft.

## Miljö

### Miljökriterier vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Ett efterlängtat klagörande angående möjligheten att beakta miljökriterier vid offentliga upphandlingar har nu kommit från EG-domstolen. EG-domstolen har i ett mål om förhandsbesked bl.a. fastställt att en upphandlande myndighet under vissa angivna förutsättningar kan beakta miljökriterier vid fastställelsen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Referatet av domen har lämnats ovan under avsnittet ”Mål i EG-domstolen”.

### Miljöanpassning vid offentlig upphandling - En enkätstudie

I syfte att utvärdera i vilken utsträckning miljöhänsyn tas vid offentlig upphandling har Naturvårdsverket låtit göra en uppföljning och utveckling av en enkätundersökning från 1998 (Statliga myndigheters arbete med miljöanpassad upphandling – en första uppföljning. Rapport 4949, 1999, Naturvårdsverket)

Syftet med undersökningen, Miljöanpassning vid offentlig upphandling – En enkätstudie, var att få en bred kartläggning av miljöanpassad upphandling hos ett stort antal myndigheter. Resultatet från undersökningen skall ses som en ”base-line” mätning för framtida uppföljning. Antalet tillfrågade i undersökningen var 122 statliga myndigheter, 133 kommuner och 21 landsting. Svarsfrekvensen var 58 %.

Resultatet från enkäten visar bl.a. att ca två tredjedelar av alla statliga myndigheter, kommuner och landsting som tillfrågats och svarat alltid eller ofta ställer miljökrav. Kommuner och landsting ställer oftare miljökrav än de statliga myndigheterna. Hos 80 % av de upphandlande enheter som svarat finns en miljöpolicy som i 8 fall av 10 innehåller en utfästelse att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Hos drygt 50 % av upphandlande enheter med miljöpolicy görs ingen uppföljning av att krav verkligen ställs i enlighet med nämnda policy.

För mer information se [www.environ.se](http://www.environ.se).

## Offentlighet och sekretess

### De nya bestämmelserna om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling

Utformningen av detta avsnitt har beslutats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002.

NOU:s kansli får många frågor om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling. NOU kan inte ge några generella upplysningar om vilka uppgifter i upphandlingar som skall vara offentliga respektive sekretessbelagda. Mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet skall bedömningen göras av den upphandlande enheten själv och efter eventuellt överklagande slutligen av kammarrätterna och Regeringsrätten. I det följande redogör NOU för de nya bestämmelser som trädde i kraft den 1 juli 2002 och uppmärksammar vad regeringen anfört om deras tillämpning i prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m..

### *Allmänt om offentlighetsprincipen*

För alla statliga myndigheter, kommuner och landsting samt kommunala och landstingsägda bolag gäller *offentlighetsprincipen*. I 2 kap. tryckfrihetsförordningen föreskrivs bl.a. att envar skall ha rätt att ta del av uppgifter i allmänna handlingar hos myndigheten med de begränsningar som följer av sekretesslagen (1980:100).

Hos sådana rättssubjekt som inte lyder under offentlighetsprincipen (t.ex. privata företag samt flertalet statliga bolag) finns det inte någon motsvarande rätt att ta del av handlingar. Av LOU följer dock att dessa rättssubjekt, om de är upphandlande enheter, är skyldiga att lämna ut vissa uppgifter om upphandlingar (se avsnittet ovan om ”Tilldelningsbeslut och tiodagarsfristen för överprövning”).

### *Regler om offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling*

*Förfrågningsunderlag* är inte allmän handling före det datum då det expedieras så att anbudsgivarna kan få tillgång till det. Före denna tidpunkt är förfrågningsunderlaget att betrakta som internt arbetsmaterial. Det är således inte offentligt, även om det i och för sig skulle vara färdigställt. Vid selektiv upphandling, förhandlad upphandling och urvalsupphandling är förfrågningsunderlaget inte offentligt förrän det skickas ut till den eller de anbudssökande som kvalificerat sig för att få lämna anbud.

*Anbudsansökningar, anbud och utvärderingsprotokoll* omfattas av absolut sekretess fram till dess att den upphandlande enheten beslutat att tilldela kontraktet till en viss leverantör eller anbudens dessförinnan offentliggjorts, d.v.s. information om anbudsansökningar och anbud får före denna tidpunkt inte i något fall lämnas ut till någon annan än den som lämnat ansökan eller anbudet.

När tilldelningsbeslut fattats eller samtliga anbud dessförinnan offentliggjorts eller upphandlingen dessförinnan avslutats upphör den absoluta sekretessen. Det innebär att samtliga handlingar som rör upphandlingen som huvudregel blir offentliga. Sekretess kan dock gälla till förmån för det allmänna enligt 6 kap. 2 § första stycket andra meningen eller till förmån för enskild enligt 8 kap. 10 § första meningen sekretesslagen. Sekretess kan även gälla enligt andra bestämmelser, t.ex. bestämmelsen om affärssekretess i 6 kap. 1 § sekretesslagen eller bestämmelsen om försvarssekretess i 2 kap. 2 § samma lag (se prop. 2001/02:142 sid. 56 f.). Uppgifter i handlingar som omfattas av sekretess får inte lämnas ut.

Den upphandlande enheten är alltid skyldig att vid varje tillfälle göra en självständig sekretessprövning när den lämnar ut uppgifter om upphandlingen, t.ex. i upplysningar om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU.

Om en leverantör eller någon annan begär att få ta del av anbudsansökningar, anbud, utvärderingsprotokoll eller andra handlingar är den upphandlande enheten skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran och göra en sekretessprövning av uppgifterna i handlingarna. Om en sådan prövning i någon del leder till att uppgifter i handlingarna inte lämnas ut skall den upphandlande enheten lämna ett motiverat skriftligt beslut med överklagandehänvisning. Beslut i sekretessfrågor kan överklagas till kammarrätten.

En begäran om att få ut allmänna handlingar får framställas anonymt. Det är inte tillåtet för en myndighet att efterforska vem det är som framställer begäran i större utsträckning än vad som behövs för att myndigheten skall kunna pröva att hinder föreligger mot att handlingarna skall lämnas ut.

Den upphandlande enheten bör beakta att anbudsgivarna kanske inte alltid har klart för sig vad den svenska offentlighetsprincipen innebär och att den som huvudregel omfattar även avtalsrättsliga relationer med det allmänna. NOU rekommenderar därför att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget uppmärksammar anbudsgivarna på att det i Sverige finns en lagreglerad offentlighetsprincip, utan att närmare behöva förklara reglernas innehåll. Det är särskilt viktigt om utländska leverantörer kan förväntas lämna anbud. Den upphandlande enheten får vidare ange att den inte kan garantera att uppgifter hålls hemliga eftersom enheten, när sådan begäran att lämna ut handling inkommer, självständigt kommer att pröva i vilka fall sekretess skall gälla. Med tanke på de korta tidsfrister som gäller för utlämnande av allmän handling bör anbudsgivarna även uppmanas att noga specificera vilka uppgifter i anbudet som de hävdar bör vara sekretessbelagda och på vilka grunder de anser att sekretess bör gälla.

Under avsnittet ”Tilldelningsbeslut och tiodagarsfristen för överprövning” redogörs för hur upplysningar om tilldelningsbeslut skall lämnas enligt 1 kap. 28 § LOU. Vad gäller sekretessprövning av sådana upplysningar anför regeringen i prop. 2001/02:142 sid. 64 bl.a. följande.

”Uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet torde i regel kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat anta bör dock kunna lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts. Informationen om tilldelningsbeslutet skall givetvis inte innehålla uppgifter som är att anse som företagshemligheter. En enhet som röjer en företagshemlighet kan ådra sig skadeståndsansvar enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter och det gäller oavsett om enheten har iakttagit reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess eller inte. Men det är inte endast ett utlämnande av uppgifter som kan kvalificeras som företagshemligheter som kan innebära skada för det allmänna eller enskilda. Även utlämnande av andra uppgifter rörande affärs- och driftförhållanden kan innebära skada för en leverantör. En lämplig avvägning mellan förlorande leverantörens rätt att få information om tilldelningsbeslutet och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra förutsätter, enligt regeringens bedömning, att enheten gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Endast med en sådan reglering är offentliggörandet av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts förenligt med Sveriges åtaganden gentemot EU. I EG-direktiven föreskrivs exempelvis att ett meddelande om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen (jfr exempelvis artikel 9.3 varudirektivet).”

På regeringskansliets hemsida,

<http://www.justitie.regeringen.se/justitiesfragor/medborgarinflytande/offent.htm>,  
finns mer information om offentlighetsprincipen.



### *Upplysningsskyldighet i LOU för sådana upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen*

Upphandlande enheter som inte lyder under offentlighetsprincipen har inte någon generell skyldighet att lämna ut uppgifter till allmänheten. Det rör sig främst om flertalet statliga bolag samt privata företag inom försörjningssektorerna. För dessa enheter gäller enbart bestämmelserna om upplysningsskyldighet i LOU.

I 1 kap. 27 § LOU föreskrivs en upplysningsskyldighet inom den s.k. klassiska sektorn, d.v.s. upphandlingar som genomförs enligt reglerna i 2, 3 och 5 kap. LOU. Av 6 kap 1 § LOU följer att bestämmelsen även skall tillämpas vid förenklad upphandling och urvalsupphandling. En upphandlande enhet måste på begäran lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om skälen till att hans ansökan eller anbud förkastats. Upplysningar skall lämnas inom 15 dagar från det att begäran kom in. Om tilldelningsbeslutet redan har fattats skall dock upplysningarna lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in.

I avsnittet ”Tilldelningsbeslut och tidsfristen för överprövning” ovan redogörs för vilka upplysningar ett tilldelningsbeslut skall innehålla enligt 1 kap. 28 § LOU.

## Övrigt

### Rådet för konkurrens på lika villkor

#### *Nya tilläggsdirektiv för Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor*

I *NOU info okt. -97* sid. 19 informerades om de kommittédirektiv (Dir. 1997:145) som ligger till grund för verksamheten för Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet). I *NOU info dec. -00* sid. 22 informerades om innehållet i ett tilläggsdirektiv.

Konkurrensrådet inrättades 1997 och har sin som huvudsakliga uppgift att lösa problem i konkurrensen mellan offentlig och privat sektor. I rådet finns företrädare för båda sektorerna.

Rådet skall enligt ett ytterligare tilläggsdirektiv (Dir. 2002:73) som beslutades i juni 2002 fortsätta sitt arbete till utgången av december 2002. Rådet har överlämnat en rapport Konkurrens på lika villkor mellan privat och offentlig sektor (SOU 2000:117) till regeringen där erfarenheter från de tre första verksamhetsåren redovisas. Med utgångspunkt i betänkandet har en departementspromemoria utarbetats (Ds 2001:17 Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor). Enligt senast beslutade direktiv skall Konkurrensrådet senast vid utgången av innevarande år ge en översiktlig sammanställning av de huvudsakliga erfarenheter som rådet har vunnit efter det att betänkandet lämnades.

Adressen till Rådets hemsida är [www.konkurrensradet.org](http://www.konkurrensradet.org).

## Ändring i kommunallagen

### *Ändring i kommunallagen beträffande ökad insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad*

Genom en ändring i kommunallagen (SFS 2002:249) har kommuner och landsting som lägger ut en kommunal angelägenhet på entreprenad ålagts en skyldighet att genom avtalet med den externa utföraren tillse att denne lämnar information som gör det möjligt för allmänheten att få insyn i hur åtagandet genomförs.

Ändringen trädde i kraft den 1 juli 2002 och gäller för de nya avtal som ingås efter detta datum. Lagrummet har utformats som en bestämmelse av målsättningskaraktär. De nya reglerna gäller om kommunen eller landstinget sluter avtal med en extern utförare, oavsett om denne är ett kommunalt eller privat företag, under förutsättning att företaget anlitas för att utföra en s.k. kommunal angelägenhet (se 3 kap. 19 § respektive 19 a § kommunallagen). Den enskilde medborgaren skall inte behöva vända sig till företaget utan endast kontakta kommunen eller landstinget. När det gäller gränsdragningen av vad som avses med en kommunal angelägenhet hänvisar NOU till prop. 2001/02:80, sid. 104, där det anges att ”begränsade stöd- och kringfunktioner som utförs av annan, t.ex. lokalvård och fastighetsskötsel, inte omfattas av förslaget”. Allmänheten skall genom avtalet tillförsäkras insyn genom att företaget åläggs att inkomma med information till kommunen eller landstinget. Normalt blir de inlämnade handlingarna allmän handling i och med att de inkommer till kommunen eller landstinget och då blir de som regel även offentliga. *En sedvanlig sekretessprövning måste dock göras varje gång någon begär ut handlingarna.*

I propositionen anges att det normalt inte finns någon anledning att begära in uppgifter som det allmänna redan på förhand kan bedöma komma att omfattas av sekretess. Vidare måste uppgiftslämnandet inskränkas så att företaget inte åläggs att lämna ut information som innehåller personuppgifter. Vid handhavandet skall bestämmelserna i personuppgiftslagen (prop. sid. 106) beaktas. Vilken information som skall lämnas måste avgöras i varje enskilt fall, varvid en avvägning skall ske mellan å ena sidan allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut viss information som kan vara till nackdel för företaget eller snedvrída konkurrensen.

NOU bedömer att lagändringen får följande konsekvenser. De förfrågningsunderlag som upprättas måste följas av antingen ett fullständigt avtalsutkast eller ett återgivande av de kommersiella villkor som skall gälla i upphandlingen. Ett villkor som åläggs företaget att lämna viss information till den upphandlande enheten måste återges noggrant, eftersom det innefattar ett visst merarbete för företaget jämfört med tidigare ordning. Det ligger således i båda parter intresse att merarbetet kan uppskattas i tid och att det blir möjligt för företaget att räkna in kostnaderna för detta arbete i anbudspriset. Huruvida kravet på uppgiftslämnande skall förenas med vite eller kopplas till reducerad betalning får den upphandlande enheten bedöma i varje enskilt fall, när utkast till avtal upprättas till förfrågningsunderlaget.

I betänkandet ”Att vara med på riktigt – demokratiutveckling i kommuner och landsting”, SOU 2001:48, som ligger till grund för lagändringen, påpekas att bestämmelserna kan inverka negativt på företagets vilja att lämna anbud, vilket kan leda till att konkurrensen begränsas. Uppgiftsskyldigheten bör vidare noggrant övervägas mot bakgrund av de regler i direktiven och 1 kap. 16 c § LOU som är

avsedda att skydda leverantören från att behöva lämna ut uppgifter som kan betraktas som företagshemligheter eller tekniska hemligheter. Proportionalitetsprincipen talar för att enheten inte bör ställa mer långtgående krav i en upphandling än vad som krävs med hänsyn till vad som upphandlas. Så som lagändringen fått sin slutliga utformning är uppgiftsskyldigheten närmast att betrakta som ett särskilt villkor vid avtalets utförande. Lagrådet har i sitt yttrande angett att tiden inte medger att bilda sig en säker uppfattning om regleringen står i överensstämmelse med EG-rätten. Denna fråga avgörs ytterst av EG-domstolen.

Ytterligare vägledning om tillämpningen av den nya bestämmelsen kan ges av Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet.

NOU:s yttrande över betänkandet framgår av *NOU info okt. -01* sid. 13.

## EG-domstolens och EG:s förstainstansrätts domar publiceras på Internet

Domarna från EG-domstolen och EG:s förstainstansrätt publiceras fr.o.m. juni 1997 på svenska på EG-domstolens webbplats (<http://europa.eu.int/cj/index.htm>). De domar som behandlar upphandlingsdirektiven har i den svenska versionen fått områdesklassificeringen "associationsrätt". Domstolens webbplats kan nås via NOU:s hemsida under rubriken "länkar".

NOU ber läsarna observera att de refererade domarna i vissa fall innehåller andra uttryck än de som förekommer i LOU. NOU har i sina referat av rättsfall valt att använda EG-domstolens språkbruk.

## Pilot Project on Public Procurement

I *NOU info juni -02* informerades kort om Pilotprojektet som nyligen har avslutats. Syftet har varit att bilda informella förfaringssätt att lösa gränsöverskridande tvister och problem vid offentlig upphandling. Nu är projektets webbplats med ytterligare information åtkomlig på adressen [www.procurementsupport.com](http://www.procurementsupport.com).

## NOU:s nyhetsbrev juni 2002

Så var det dags för lagändring igen! NOU kommenterar naturligtvis denna ändring, den elfte i ordningen, i nyhetsbrevet. Viss turbulens i slutskedet av lagändringsprocessen ledde till att inte samtliga förslag i regeringens proposition accepterades av riksdagen. Detta gällde gränsen för direktupphandling och även frågan om NOU:s fortsatta verksamhet. Dessa frågor skall, ihop med flera andra av Upphandlingskommitténs förslag, blir föremål för fortsatt utredning. Under tiden gäller samma förutsättningar som hittills för NOU, bl.a. att utrymmet för informationsinsatser inte kan utökas. De nya lagreglerna har trätt i kraft den 1 juli. Det fanns knappast någon tid att läsa in nyheterna.

Som de flesta känner till vid det här laget pågår det inom EU ett arbete med konsolidering och ändring av EG-direktiven om offentlig upphandling. De nya direktiven är ännu inte helt klara eftersom det på några få punkter saknas en överenskommelse mellan Rådet och Parlamentet. I slutskedet av arbetet tillkom, förutom de väntade nyheterna konkurrenspräglad dialog och ramavtal, även reglering av ett dynamiskt system för upphandling och elektroniska auktioner. Vi bedömer att de nya direktiven kommer att leda till ytterligare lagändringar i LOU, men dessa kan knappast förväntas vara genomförda före år 2004. NOU kommer därför att informera om dessa direktivförslag i senare nyhetsbrev.

Efter en vinter och sommar som gått i förändringens och den nya lagstiftningens tecken, konstaterar vi att det mesta fortfarande är under utredning. Vi på kansliet tar en välbehövlig semester. Detta kommer att märkas genom att bl.a. informationsverksamheten under veckorna 29 – 31 blir något mindre omfattande än vanligt (se närmare i nyhetsbrevet och på hemsidan).

Hela kansliet önskar er en glad sommar.



Michael Slavicek

## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling .....	3
Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. ....	3
Förfrågningsunderlaget .....	8
Kvalifikationskrav .....	8
Upphandlingsförfaranden .....	9
Jäv och muta .....	9
Vikten av att lämna samma information .....	9
Direktupphandling om upphandlingens värde är lågt .....	10
Annonsering över tröskelvärdena .....	11
Förordning om standardformulär vid annonsering .....	11
Statistik .....	11
Insamling av statistik .....	11
Rättsmedel .....	11
Skadestånd för staten utges enligt beslut av JK .....	11
NOU:s ärenden och yttranden .....	13
NOU:s remissvar över Tillsynsutredningens delbetänkande .....	13
Rättsfall .....	14
Mål i Regeringsrätten .....	14
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	14
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt .....	15
Övrigt .....	18
Regeringsuppdrag att ta fram antidiskrimineringsklausuler för upphandlingskontrakt .....	18
Pilot Project on Public Procurement .....	18
NOU:s telefonservice i sommar .....	19

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 273 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -02".

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Regeringen har överlämnat proposition 2001/02:142 till riksdagen. Beslut angående propositionen fattades av riksdagen den 12 juni och lagändringarna, (2002:594), trädde i kraft den 1 juli 2002. Upphandlande enheter måste således uppmärksamma dessa och förbereda sig på vad ändringarna får för konsekvenser för enheten. Enligt övergångsreglerna gäller äldre föreskrifter för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002. Propositionen, Finansutskottets betänkande (FiU12) och lagtexten kan nås från regeringens respektive riksdagens webbplats och kan även beställas från Riksdagens tryckeriexpedition (telefon 08 – 786 58 10 eller fax 08 – 786 61 76). Nu gällande LOU finns även på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se).

NOU har tidigare informerat om de viktigaste förslagen till lagändringar bland annat de förbättrade möjligheterna till överprövning av tilldelningsbeslutet (Alcatel-domen). Riksdagen antog dock inte regeringens förslag om en beloppsgräns på fem prisbasbelopp för direktupphandling. Bestämmelsen som anger att direktupphandling får användas om det är fråga om lågt värde behålls därför tills vidare. Se vidare *NOU info mars -02* sid. 3 under rubriken lagrådsremiss med förslag till ändringar i LOU, *NOU info mars-01* sid. 3 ff. avseende innehållet i Upphandlingskommitténs slutbetänkande och *NOU info oktober -01* sid. 3 ff. avseende NOU:s yttrande över Upphandlingskommitténs slutbetänkande.

Ett förtydligande införs i LOU om att de upphandlande enheterna kan ställa miljökrav vid offentlig upphandling och att enheterna kan ställa särskilda krav på hur ett uppdrag skall utföras, till exempel genom antidiskrimineringsklausuler. Se vidare redovisningen av NOU:s regeringsuppdrag avseende antidiskrimineringsklausuler nedan under avsnittet Övrigt.

Många av de förslag på upphandlingsområdet som bland annat har lagts fram av Upphandlingskommittén och som har diskuterats under det utredningsarbete som pågått under flera år har inte ännu lett till några förslag till lagändringar.

### *Den framtida tillsynen*

Upphandlingskommittén lade i sitt delbetänkande i mars 2000 fram förslaget att NOU skulle slås samman med Konkurrensverket till en ny myndighet, Konkurrens- och upphandlingsverket. Den i maj 2002 framlagda propositionen innehåller ett avsnitt om den framtida tillsynen över offentlig upphandling innebärande att NOU även i fortsättningen får ansvara för den statliga tillsynen av offentlig upphandling. I propositionen uppges att nämnden har fungerat väl och att det inte finns tillräckliga skäl för att föra över NOU:s uppgifter till Konkurrensverket. Det uppges vidare att behovet av en särskild myndighet för bevakning av upphandlingsområdet och för tillsyn av att upphandlingsreglerna följs är lika stort idag som när nämnden inrättades år 1993 och att nämndmyndighetsformen är den mest ändamålsenliga för den statliga tillsynen av den offentliga sektorns upphandling.

Regeringen har tidigare uppgivit att det av flera skäl är angeläget att bestämmelserna om offentlig upphandling följs. Den i propositionen 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället aviserade beredningen av frågan om tillsynsmyndighetens befogenheter är ännu inte avslutad. När det gäller sanktionssystemets närmare utformning och frågan om talerätt i överprövningsmål anges i den senaste propositionen att ”Regeringen anser i likhet med kommittén och

remissinstanserna att det bl.a. bör införas en möjlighet att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling”. Beredningen i denna del är inte avslutad och regeringen avser att återkomma med förslag under hösten 2002. NOU återkommer med information om detta så snart tillfälle ges.

Riksdagen beslutade i enlighet med ställningstagandet i Finansutskottet vad gäller den framtida tillsynen och NOU:s organisation, vilket innebär att regeringen gör en förnyad prövning av NOU:s ställning i samband med utredningen om myndighetsstrukturen när det gäller konsument- och konkurrensfrågor. Utskottet anser att det måste finnas en effektiv och ändamålsenlig tillsynsorganisation. Tillsynsorganisationens viktigaste uppgift är att upphandlingslagstiftningen och gemenskapsrättens principer följs. Behovet av tillsyn och bevakning av upphandlingsfrågor anses vara stort. Myndighetsstrukturen när det gäller konsument- och konkurrensfrågor är för närvarande under utredning i Regeringskansliet. Finansutskottet förordar således att det i samband med dessa överväganden görs en förnyad prövning av NOU:s ställning med inriktning bl.a. på att ta vara på de fördelar som kan finnas med en kontroll- och tillsynsfunktion via en förvaltningsmyndighet och utvecklingsfunktioner i eventuellt andra former.

NOU får alltså vänta ytterligare innan slutligt beslut tas.

Finansutskottet framhåller vidare att det är viktigt att regeringen snarast återkommer i frågan om möjligheten att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling.

### *Information om och överprövning av tilldelningsbeslut m.m.*

Regeringens förslag på ändringar av LOU avseende leverantörers rätt att få del av information om beslut fattade under upphandlingens gång har sin grund i det s.k. Alcatel-målet. EG-domstolen menar i det målet att alla intresserade leverantörer i de nationella lagstiftningarna ska ges möjlighet att kunna begära överprövning av alla beslut fattade under upphandlingsförfarandet, även beslutet om vilken leverantör som antagits. Såsom LOU och sekretesslagen (1980:100) var utformade före den 1 juli 2002 hade konkurrerande leverantörer ytterst små möjligheter inom överprövningsfristen att få del av uppgifter om varför en viss leverantör valdes. Innan lagändringarna öppnades denna möjlighet först efter det att kontraktet var undertecknat och en talan om överprövning var då inte längre möjlig. För att anpassa svensk lagstiftning till EG-domstolens dom har riksdagen beslutat om ändringar i LOU och sekretesslagen.

Sekretesslagens 6 kap. 2 § har ändrats så att den absoluta sekretessen upphävs redan när den upphandlande enheten fattar beslut om leverantör och anbud. Det innebär att det efter beslutet om leverantör istället råder ”vanlig” sekretess, dvs. det ska göras en sekretessprövning på samma sätt som det tidigare gjordes efter det att avtal slutits.

Reglerna i 2, 3 och 5 kap. LOU om anbudssökandens/-givarens rätt att erhålla information om varför hans ansökan/anbud förkastats har sammanförts i en ny paragraf i 1 kap. 27 § LOU. Huvudregeln om att sådan information skall lämnas inom 15 dagar efter det att begäran kom in är oförändrad. Den förändringen som gjorts är att när beslut om leverantör och anbud fattats, skall informationen om varför anbudssökandens/-givarens ansökan/anbud förkastats lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in. Bestämmelsen har också utökats till att omfatta upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Motsvarande bestämmelse för försörjningssektorerna är oförändrad och står kvar i 4 kap. 15 § LOU. Där stadgas att informationen ska lämnas så snart som möjligt.

Reglerna i 2, 3, 4 och 5 kap. LOU om anbudssökandens/-givarens rätt att erhålla information om vem som fick upphandlingen har flyttats till 1 kap. 28 § LOU. Tidigare reglerades i LOU rätten att få reda på varför någon annan vann upphandlingen endast angående anbudsgivare/-sökanden i försörjningssektorerna. Denna skyldighet för de upphandlande enheterna regleras numera uttryckligen vid all offentlig upphandling, även vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Dessutom skall den upphandlande enheten på eget initiativ skicka denna information till anbudsgivarna/-sökandena. Den leverantör som inte ansökt eller lämnat anbud i upphandlingen skall erhålla motsvarande information, om han begär den. Den upphandlande enheten skall lämna informationen till leverantören genast eller så snart det är möjligt.

Bestämmelserna i 2, 3 och 5 kap. LOU om den upphandlande enhetens skyldighet att lämna information när den beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen är oförändrade, men har flyttats till 1 kap. 29 § LOU.

I 7 kap. LOU har införts en regel som innebär att en länsrätt kan pröva en upphandling, trots att ett skriftligt kontrakt slutits, i följande fall:

- till dess det gått 10 dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till anbudssökandena/-givarna om vem som vunnit upphandlingen och varför.
- till dess det gått 10 dagar från det förvaltningsdomstol upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut.

Bestämmelsen om att länsrätten kan pröva en upphandling enligt punkterna ovan gäller inte upphandlingar som genomförs p.g.a. synnerlig brådska orsakad av oförutsedda händelser som inte kan hänföras till den upphandlande enheten. Upphandlingar som omfattas av sekretess m.m. eller försvarsupphandlingar enligt 1 kap. 3 § 2 st. LOU, kan inte heller prövas av länsrätten efter det att ett skriftligt upphandlingskontrakt undertecknats av bägge parter. Vid direktupphandling upphör möjligheten att begära överprövning redan när ett muntligt avtal ingåtts, eftersom det vid direktupphandling inte krävs ett skriftligt kontrakt. Vad NOU förstår innebär det att den upphandlande enheten i dessa fall endast skall behöva underrätta eventuella övriga anbudsgivare om att ett beslut har fattats om att anta anbudet från en viss leverantör. För att inte hela upphandlingsförfarandet skall gå om intet i de fall en upphandlande enhets beslut om vilken leverantör som skall antas upphävs av länsrätten, är alla anbudsgivarna bundna av sina anbud till dess anbudens giltighetstid löper ut, trots att de fått upplysningar om att en annan anbudsgivare tilldelats kontraktet. Underrättelse om tilldelningsbeslutet innebär således enligt NOU inte att de övriga anbuderna har förkastats.

### *Sekretesslagen*

Genom SFS 2002:593 har 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) ändrats så att den absoluta anbudssekretessen<sup>1</sup> upphör redan när beslutet att tilldela en anbudsgivare ett upphandlingskontrakt fattas (det så kallade tilldelningsbeslutet). Tidigare har den upphört först när avtal har slutits. Den nya lydelsen innebär att en uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en

---

<sup>1</sup> Med absolut sekretess avses att en uppgift i inget fall får lämnas ut. Någon sekretessprövning blir således inte aktuell.



myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall får lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Sekretesslagen har också ändrats så att absolut sekretess råder upphandlingsförfaranden inom en myndighet, dvs. mellan delar av en och samma myndighet samt mellan statliga myndigheter. Ett internt anbud som lämnas från ett organ till ett annat inom samma juridiska person anses däremot inte vara ett anbud i avtalsrättslig mening. Det fanns redan tidigare regler i sekretesslagen som säger att sådana interna anbud trots detta skall omfattas av absolut sekretess när det gäller kommuner och landsting. För att samma synsätt skall råda för interna anbud inom alla myndigheter, har en ändring gjorts av reglerna i sekretesslagen så att även interna anbud inom statliga myndigheter omfattas av den absoluta sekretessen. Absolut sekretess ska även gälla anbud som lämnas mellan statliga myndigheter, varför en sådan bestämmelse har införts i sekretesslagen.

### *Miljöhänsyn vid offentlig upphandling*

Riksdagen har beslutat i enlighet med regeringens proposition att det skall vara möjligt att ställa krav på att de produkter som upphandlas uppfyller kriterier för miljömärkning. Regeringen anser i sin proposition att det är av stor betydelse att de upphandlande enheterna utnyttjar det utrymme som finns idag att ställa miljökrav och att det därför bör tydliggöras i LOU att en upphandlande enhet i de tekniska specifikationerna får hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Kriterierna för miljömärken skall ha antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter deltagit och miljömärket skall vara tillgängligt för alla berörda parter. Kriterierna skall vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-fördragets regler om den inre marknaden och de får inte vara utformade så att de strider mot principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster.

Vad avser sådana typer av miljökrav som baseras på miljömärkningskriterier får de upphandlande enheterna inte enbart godta intyg på miljömärkning som bevis utan de måste acceptera även andra typer av bevis såsom testrapporter. Enligt propositionen är detta särskilt viktigt när det gäller nationella och privata miljömärken. Specifikationen får inte leda till att kontraktet begränsas till inhemska eller lokala företag.

Den nya regeln innebär inte någon ändring av gällande rätt utan är ett förtydligande vad gäller möjligheten att i den tekniska beskrivningen av föremålet hänvisa till kriterier för miljömärken.

Se även vad NOU tidigare skrivit om uppföljning av miljökrav i *NOU info oktober -00* sid. 21 och om EKV-delegationens arbete *NOU info juni -01* sid. 17.

### *Särskilda kontraktsvillkor*

En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor som skall gälla för uppdragets utförande. Om sådana villkor ställs skall de vid upphandling enligt 2-5 kap. LOU anges i annonsen om upphandlingen. Vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling skall villkoren anges i annonsen/ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget. Särskilda villkor kan enligt propositionen användas i olika syften. Som exempel anges så kallade antidiskrimineringsklausuler. Läs mera om

dessa klausuler nedan under avsnittet Övrigt. Där redovisas sammanfattningsvis NOU:s regeringsuppdrag som innehåller ett exempel på antidiskrimineringsklausul.

Särskilda villkor kan enligt propositionen användas för att befrämja sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller i syfte att motverka arbetslöshet. De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Villkoren får därför enligt regeringen sannolikt endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området är naturligen begränsat till köp av tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten. Särskilda villkor kan även innefatta krav på miljöhänsyn, såsom krav på miljövänligt omhändertagande av restprodukter.

### *Direktupphandling*

Lydelsen av 6 kap. 2 § LOU är från och med den 1 juli 2002 följande:

”Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.” Lag (2002:594).

Riksdagen avslag regeringens förslag i propositionen om att det skall vara tillåtet att direktupphandla när upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp. Regeringen hade motiverat förslaget med att ett skäligt utrymme därmed skulle skapas för ett enklare förfarande utan att alltför stora värden skulle undantas från de mer formbundna förfarandena i 6 kap. LOU. Riksdagen ansåg dock att effekterna av en fastställd gräns för direktupphandling behöver analyseras ytterligare och bestämmelsen som anger att direktupphandling får medges om det är fråga om lågt värde behålls tills vidare.

Bestämmelsen i 6 kap. 2 § LOU om när direktupphandling får användas ändras på det sättet att preciseringen av vad som avses med synnerliga skäl tas bort. Regeln är liksom tidigare främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering medför sålunda inte rätt att använda sig av direktupphandling. Av propositionen framkommer att extra förmånliga köp vid t. ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter som medger direktupphandling verkligen finns. I propositionen nämns vidare att vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster bör kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendeanternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. I de fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling kan det finnas grund för direktupphandling. Läs även NOU:s kommentar om direktupphandling under avsnittet Upphandlingsförfaranden.

### *Definitionen av urvalsupphandling*

Definitionen av urvalsupphandling i 1 kap. 5 § LOU förtydligas på så sätt att den uttryckligen anger att den upphandlande enheten har rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare angående anbudet. Definitionen av förenklad upphandling innehåller redan motsvarande uppgift. Förhandlingar vid urvalsupphandling får inte förekomma under kvalifikationsfasen utan endast avseende anbudsgivarens anbud och efter anbudstidens utgång. Det förhållandet att förhandling inte får inledas innan anbudstiden gått till ända, hindrar inte att den upphandlande enheten kan ha rätt att tillämpa bestämmelsen om rättelse, förtydligande och komplettering av ansökan eller anbud enligt 6 kap. 8 § LOU.

### *Definitionen av upphandlingskontrakt*

Definitionen av upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § LOU förtydligas så att det anges att ett upphandlingskontrakt skall vara undertecknat eller signerat med en elektronisk signatur. Därigenom framgår att definitionen även innefattar avtal i ett digitalt dokument. Det innebär enligt propositionen att kravet på undertecknande och skriftlighet är uppfyllt även vid en elektronisk överföring. Avtalet skall således kunna signeras av parterna med en elektronisk signatur. Den upphandlande enheten får själv fastställa vilken teknisk säkerhetsnivå som skall gälla för den elektroniska signaturen. Tidpunkten för upprättande av ett upphandlingskontrakt har betydelse för tidsfristerna för överprövning och skadestånd (se ändring i 7 kap. LOU).

### *Prövningstillstånd i kammarrätten*

Genom en ändring i 7 kap. LOU krävs det prövningstillstånd i kammarrätten avseende mål om överprövning enligt LOU. Prövningstillstånd meddelas av kammarrätten enligt de förutsättningar som anges i förvaltningsprocesslagen. Prövningstillstånd kan meddelas om det är av vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre instans, om det finns anledning att ändra länsrättens domslut eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet. Om prövningstillstånd inte meddelas i ett mål, står länsrättens beslut fast. Prövningstillstånd krävs inte vid överklaganden av beslut som meddelats före den 1 juli 2002.

## Förfrågningsunderlaget

### Kvalifikationskrav

NOU har fått flera telefonsamtal från leverantörer och konsulter angående problem med kvalifikationskrav vid offentliga upphandlingar. Ett problem som förefaller vanligt är att upphandlande enheter begär att anbudsgivare/-sökande skall lämna in bevis, årsredovisningar, referenser, olika typer av intyg m.m., utan att det till dessa bevis kopplas några krav.

När det gäller upphandling över tröskelvärdena anges i 1 kap. 18 § 2 st. LOU att en upphandlande enhet 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 förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Förordningen är tillämplig endast på de klassiska sektorerna.

Motsvarande bestämmelser återfinns inte i 6 kap. LOU, vilket innebär att de upphandlande enheterna vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU och vid upphandlingar inom försörjningssektorerna endast skall följa de grundläggande bestämmelserna i EU-fördraget när de bestämmer vilka bevis leverantörerna skall ge in.

För att kunna kvalificera anbudsgivare/-sökande måste den upphandlande enheten ställa tydliga krav. De som uppfyller kraven får vid förenklad och öppen upphandling gå vidare och få sina anbud prövade. Vid urvals-, selektiv och förhandlad upphandling får de normalt möjlighet att skicka in anbud. För varje krav som ställs skall den upphandlande enheten redogöra för anbudsgivarna/-sökandena hur de skall visa att de uppfyller kraven. Till varje krav kopplas alltså ett bevis. Den upphandlande enheten kan således ange; ni skall ha erfarenhet av liknande arbeten, därför skall ni skicka in handlingar som styrker detta eller ni skall visa att ni har angivna ekonomiska resurser att klara av uppdraget, därför ska ni skicka in er årsredovisning etc. Ett bevis går inte att utvärdera i sig om det inte kopplas till ett krav.

## Upphandlingsförfaranden

### Jäv och muta

Den svenska regeringen har mottagit en skrivelse angående rekommendationer lämnade av Group of States Against Corruption, GRECO. I skrivelsen påtalas bland annat att LOU inte uttryckligen behandlar vissa situationer som är av intresse från objektivitetssynpunkt såsom jäv och muta. NOU vill med anledning av detta på nytt betona att det av 1 kap. 4 § LOU framgår att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Jäv och muta omfattas av denna reglering. Ytterligare bestämmelser finns i förvaltningslagen, kommunallagen och Brottsbalken. Genom att kommuner och landsting är självstyrande anser man att det saknas möjlighet att mera i detalj reglera upphandlingsförfarandet i nämnda hänseende.

Det är viktigt att den upphandlande enhetens organisation och rutiner är sådana att onödigt misstanke om jäv eller andra otillbörliga förhållanden inte uppstår. Detta gäller även vid användning av direktupphandling. Den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användningen av direktupphandling. I dessa kan fastställas inte bara beloppsgränser för direktupphandling men även vem som har beslutanderätt i fråga om upphandlingen och under vilka förutsättningar upphandling bör ske samt när en tjänsteman p.g.a. risk för jäv bör avstå från att delta i upphandlingen.

### Vikten av att lämna samma information

En upphandlande enhet skall se till att samtliga anbudsgivare får samma information. NOU anser att en verklig likabehandling av anbudsgivarna inte skett om en av anbudsgivarna fått tillgång till mer information eller sådan information som de andra anbudsgivarna inte haft tillgång till. Detta gäller i synnerhet information som ger viss anbudsgivare otillbörliga förmåner. De upphandlande enheterna rekommenderas därför att utse en tjänsteman ansvarig för information i ett

och samma upphandlingsärende. Alternativet är att de som lämnar information håller god kontakt med varandra i syfte att likalydande information når alla anbudsgivare.

## Direktupphandling om upphandlingens värde är lågt

NOU ansåg i sitt remissvar på Upphandlingskommitténs betänkande att sju basbelopp var ett alltför högt belopp att beteckna som "lågt värde". Det är fortfarande NOU:s ståndpunkt.

I regeringens proposition ansågs fem basbelopp vara en lämplig gräns för direktupphandling. Det bör dock uppmärksammas att begreppet lågt värde då hade utmönstrats ur bestämmelsen om direktupphandling i LOU. Av propositionen kan således inte utläsas att ens fem basbelopp generellt sett är att anse som lågt värde.

Enligt NOU:s uppfattning bör de upphandlande enheterna själva bäst bedöma vad som kan betecknas som lågt värde mot bakgrund främst av följande:

### - *upphandlingens art*

För vissa typer av upphandlingar, såsom utomordentligt standardiserade varor eller t.o.m. tjänster kan ett eller ett par basbelopp anses som lågt värde. För andra upphandlingar, t.ex. mer avancerade konsulttjänster, kan kanske fyra basbelopp vara att anse som lågt värde med tanke på lång "upparbetningstid". En generell direktupphandlingsgräns är därmed knappast att rekommendera.

### - *kostnaderna för upphandlingen*

Det är självklart att kostnaderna för en mera formbunden upphandling bör stå i rimlig proportion till besparingsmöjligheterna. Här föreligger självfallet en risk att upphandlande enheter utan inarbetade upphandlingsrutiner kommer att genomföra direktupphandlingar i större utsträckning än vad som anses motiverat i en annan enhet med smidiga rutiner och kompetenta upphandlare.

Att teckna ett avropsavtal för en period kan vara en effektiv lösning att tillgodose behovet av upprepade småinköp av mer standardiserade varor eller tjänster. Sådana ramavtalskonstruktioner med parallella leverantörer där konkurrensen i praktiken satts ur spel bör dock undvikas. De kan stå i konflikt med regelsystemet och kan heller inte anses vara någon bra affär, vare sig för den upphandlande enheten eller flertalet leverantörer.

### - *överblick över upphandlingen i hela organisationen*

Ju högre gränser för direktupphandling, desto större är risken för att en upphandlande enhet som har en decentraliserad upphandlingsorganisation i vilken en mängd direktupphandling genomförs kommer att överskrida tröskelvärdena i LOU. Användning av direktupphandling får inte komma i konflikt med de direktivstyrda reglerna i 2, 3 och 5 kap. LOU. I en organisation med god överblick är direktupphandlingsgränsen inte känslig i detta avseende

NOU ser det som självklart att myndigheter som genomför direktupphandlingar också "har behov" (se 6 kap. 2 § LOU) att fastställa riktlinjer för sådan upphandling. Riktlinjerna kan med fördel utgöra resultatet av en noggrann genomgång av vad som upphandlas i organisationen och vem som bör ha befogenhet att besluta om upphandling och i vilken utsträckning. Leverantörer till den offentliga sektorn har all anledning att begära ut dessa riktlinjer för att bättre kunna bedöma i vilken utsträckning de kan hävda sin rätt att få delta i anbudsförfaranden eller åtminstone som anbudssökande.

NOU vill avslutningsvis framhålla beträffande diskussionen om lågt värde att kravet på annonsering av alla upphandlingar (med vissa undantag) ovanför detta värde kvarstår. Av det totala antalet annonser att döma bryter dock många upphandlande enheter mot LOU:s publiceringskrav. NOU har föreslagit att en högre beloppsgräns för annonseringsplikt är motiverad men detta har avvisats i propositionen.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Förordning om standardformulär vid annonsering

Regeringen har utfärdat en förordning (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling. Förordningen träder i kraft den 1 augusti 2002 samtidigt som förordningen (1998:77) om annonsering vid offentlig upphandling skall upphöra att gälla. Förordningen som återfinns på NOU:s webbplats (exklusive bilagor) gäller vid annonsering om upphandling enligt 1-5 kap. LOU. Formulären är obligatoriska vid annonsering i EGT/TED. Blanketterna för annonsering återges i förordningen och går även att hitta på SIMAP:s webbplats <http://simap.eu.int/> eller hos avtalade concentrators i varje land (i Sverige Anbuds Journalen).

## Statistik

### Insamling av statistik

På uppdrag av NOU samlar Statistiska centralbyrån (SCB) under maj och juni in uppgifter om upphandlingar som gjorts under 2001. Uppgifterna sammanställs med stöd av LOU i enlighet med avtalet om upphandling inom WTO (GPA) och EG:s upphandlingsdirektiv. Statistikinsamlandet omfattar statliga myndigheter och upphandlande enheter inom försörjningssektorerna där även privata bolag kan ingå. Alla upphandlande enheter som är skyldiga att lämna statistik har fått ett brev angående detta. Svaren skulle vara SCB tillhanda under juli och NOU uppmanar därför alla som ännu inte svarat att göra det snarast.

## Rättsmedel

### Skadestånd för staten utges enligt beslut av JK

Justitiekanslern (JK) har den 9 april 2002 fattat beslut (dnr 2238-01-40) om att utge skadestånd med 350 000 kr jämte ombudsarvode till en anbudsgivare som förlorade en upphandling.<sup>2</sup> Beslutet fattades inom ramen för reglerna om statens frivilliga skadereglering enligt förordningen (1995:1301) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten. Beslut enligt denna förordning kan inte överprövas, men en enskild som är missnöjd kan ansöka hos allmän domstol om stämning mot

---

<sup>2</sup> Beslutet kan läsas på [www.justitiekanslern.se](http://www.justitiekanslern.se), välj ”beslut” och ”skadeståndsärenden”.

staten. I det aktuella fallet konstaterar JK att en länsstyrelse gjort sig skyldig till en förhållandevis allvarlig överträdelse av LOU.

JK:s beslut visar således att den aktuella förordningen är tillämplig vid upphandlingar enligt LOU.

Länsstyrelsen i Uppsala län upphandlade under våren 2001 skogsbrandbevakning med flyg. I förfrågningsunderlaget angavs dels vissa krav, dels de utvärderingskriterier som länsstyrelsen skulle tillämpa vid prövningen av anbud. Två anbudsgivare lämnade in anbud. Länsstyrelsen antog ett av anbuderna, trots att detta anbud inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Länsstyrelsens motivering till beslut grundade sig inte på de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget.

JK konstaterar i beslutet att länsstyrelsen är en upphandlande enhet och att den därför skall följa LOU vid sin upphandling. JK konstaterar även att den aktuella upphandlingen skulle följa reglerna i 6 kap. LOU, vilket länsstyrelsen gjort. Ett krav som angetts i förfrågningsunderlaget var att anbudsgivare skulle ha lågflygtillstånd, vilket innebär att flygningar får utföras närmare marken än 150 meter. Den vinnande anbudsgivaren hade inte ett sådant tillstånd. JK var visserligen tveksam till om ett sådant krav är proportionerligt i den aktuella upphandlingen, men konstaterar ändå att länsstyrelsen frångått ett av sina grundkrav vid upphandlingen genom att anta ett anbud från en anbudsgivare som inte hade ett sådant tillstånd. Vidare hade länsstyrelsen krävt att anbudsgivarna skulle utforma sitt anbud på ett visst sätt vad avsåg den ekonomiska ersättningen. Det anbud som antogs var i den del som avsåg den ekonomiska ersättningen utformat på ett annat sätt än det begärda. JK konstaterar att länsstyrelsen även här på ett olagligt sätt frångått ett krav i förfrågningsunderlaget.

JK kommenterar ytterligare ett krav i upphandlingen, nämligen ett krav på hjälpflygtillstånd. Ett sådant tillstånd kan endast ges till den som inte bedriver luftfartsverksamhet i förvärvssyfte. JK uppger att ett sådant krav kan vara diskriminerande i förhållande till ett kommersiellt flygföretag, som kan bedriva motsvarande verksamhet med de tillstånd som företaget redan innehar.

I upphandlingsprotokollet angav länsstyrelsen som motivering till valet av leverantör priset, goda erfarenheter och lokal kännedom. Varken goda erfarenheter eller lokal kännedom angavs i förfrågningsunderlaget som omständigheter som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen. JK konstaterar att länsstyrelsen tillmätt dessa omständigheter avgörande betydelse, trots att de inte efterfrågats. Vidare menar JK att länsstyrelsen inte uttryckligen synes ha beaktat de omständigheter som enligt länsstyrelsen skulle komma att tillmätas särskilt värde vid anbudsutvärderingen.

I den aktuella upphandlingen fanns endast två anbudsgivare. JK konstaterar därför att det ligger nära till hands att anta att den andra anbudsgivaren skulle ha fått kontraktet om länsstyrelsen följt LOU. Han menar att staten därför är skyldig att ersätta det förlorande företaget för den skada som uppkommit genom länsstyrelsens lagbrott.

I fråga om skadeståndets storlek hänvisar JK till de två rättsfall från Högsta domstolen i vilka skadestånd utdömts. I det första fallet, NJA 1998 sid. 873, utdömdes ersättning för det positiva kontraktsintresset. I det senare fallet, NJA 2000 sid. 712, uppgav dock Högsta domstolen att 7 kap. 6 § LOU inte lämnar utrymme för att full ersättning alltid skall utdömas. HD uppgav att domstolarna i sin

beräkning av skadeståndets storlek skall ta hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikt till vinst för att beräkna ett uppskattat skäligt belopp. JK gjorde en skälighetsbedömning, där han tog hänsyn till överträdelsens karaktär, de kostnader som det förlorande företaget lagt ned i upphandlingsförfarandet samt dess utsikter till vinst. Det förlorande bolaget tillerkändes därför ett lägre belopp än det begärda.

## NOU:s ärenden och yttranden

### NOU:s remissvar över Tillsynsutredningens delbetänkande

*NOU har yttrat sig (dnr 2002/0066-22) över delbetänkandet från Tillsynsutredningen "Statlig tillsyn – Granskning på medborgarnas uppdrag" (SOU 2002:14)*

Tillsynsutredningen har haft i uppdrag att utreda hur den statliga tillsynen kan göras till ett tydligare och effektivare förvaltningspolitiskt instrument och bättre bidra till kontrollen och genomförandet av demokratiskt fattade beslut. Delbetänkandet innehåller en kartläggning av all statlig tillsyn som utövas av statliga myndigheter och kommuner. Statlig tillsyn finns i dagsläget reglerad i mer än 200 lagar och utövas av ett hundratal statliga myndigheter samt av alla primärkommuner. I betänkandet finns en redogörelse för de skillnader som finns i lagstiftningen vad gäller begreppet tillsyn och hur tillsynen går till i praktiken. Utredningen föreslår att begreppet tillsyn skall begränsas till tillsyn och inte omfatta utformning av föreskrifter och allmänna råd. Myndigheters arbete med att skaffa sig övergripande kunskap om ett verksamhetsområde skall inte heller definieras som tillsyn enligt utredningens förslag. Utredningen föreslår att en ny särskild lag om statlig tillsyn skulle kunna införas med följande innehåll:

- en tydlig definition av begreppet tillsyn
- en beskrivning av de olika aktörerna och vilka olika steg en tillsynsprocess innehåller
- regler om tillsynsmyndighetens rätt till information och vilka medel den kan använda om information inte lämnas
- regler om tillsynsmyndighetens rätt till tillträde till tillsynsobjektet
- regler om i vilken utsträckning, av vem och i vilka former tillsynsorganens beslut kan överklagas

NOU har i sitt remissvar lämnat en presentation av NOU och en redogörelse för tillsynen på upphandlingsområdet. NOU välkomnar utredningens arbete och ställer sig positiv till att frågan om en gemensam lagstiftning utreds vidare. Remissvaret kan läsas i sin helhet på NOU:s webbplats om man går in under rubriken Publikationer och därefter Remissvar.



## Rättsfall

### Mål i Regeringsrätten

Regeringsrätten har den 13 juni 2002 meddelat dom (mål nr 300-2002) angående Migrationsverkets upphandling av IT-tjänster. Länsrätten och kammarrätten har i tidigare domar kommit fram till att upphandlingen skall göras om. NOU har avgivit yttrande i målet.

Regeringsrätten bifaller Migrationsverkets överklagande och upphäver kammarrättens och länsrättens domar. Regeringsrätten anger att de ”skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när”. Regeringsrätten anger vidare att såväl det förfrågningsunderlag som Migrationsverket använt sig av som den tillämpade utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister. Dessa har dock enligt Regeringsrättens mening inte varit av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU.

NOU, som behöver analysera domen närmare, avser att kommentera domen i kommande NOU info.

### Mål i kammarrätt och länsrätt

#### *Krav på anbud i Excelformat*

Kammarrätten i Jönköpings län (mål nr 585-2002) har prövat en upphandling av pappers- och plastprodukter för engångsbruk m.m. genomförd av Falköpings kommun. Frågan i målet är om kommunen i förfrågningsunderlaget ställde ett krav som stred mot principen om likabehandling av anbudsgivare. Kammarrätten ger anbudsgivaren delvis rätt och förordnar att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

I fråga om kravet på att anbud till viss del skall lämnas i excelformat finner kammarrätten, i likhet med länsrätten, att detta innebär ett åsidosättande av kravet på affärsmässighet och likabehandling i upphandlingsförfarandet som kan medföra skada för en del leverantörer. Förutsättningar att besluta om åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU förelåg.

Av handlingarna i målet framgår att tiden för att lämna anbud gick ut den 7 januari 2002. I målet är upplyst att den klagande leverantören inte har lämnat anbud. När länsrätten i sin dom den 1 februari 2002 förordnar om rättelse anses skada således ha uppkommit redan genom att leverantörer som inte har haft tillgång till Excel kan ha känt sig förhindrade att lämna anbud.

Kammarrätten förordnar att upphandlingen skall göras om varvid det i förfrågningsunderlaget absoluta kravet på att artikellistan skall besvaras i excelformat skall tas bort.

*Samtliga angivna utvärderingskriterier måste beaktas*

Länsrätten i Gotlands län (mål nr 104-02) har prövat Länsstyrelsens i Gotlands län upphandling avseende IT-utbildning för den egna personalen. Domen har vunnit laga kraft.

Enligt länsrätten bör det av anbudsprotokollet framgå på vilket sätt hänsyn tagits till samtliga i förfrågningsunderlaget angivna omständigheter, d.v.s. vilken vikt som lagts vid respektive kriterium vid utvärderingen samt i vilken utsträckning vart och ett av anbuderna bedömts uppfylla respektive kriterium. Så vitt länsrätten kunde utläsa av protokollet har dock i detta fall endast två kriterier uteslutande legat till grund för länsstyrelsens beslut avseende val av leverantör. Att övriga angivna omständigheter på något sätt skulle ha värderats och jämförts mellan anbudsgivarna kan enligt länsrätten inte anses framgå av anbudsprotokollet. Mot denna bakgrund fann länsrätten att länsstyrelsen inte kunde anses ha tagit tillräckliga hänsyn till samtliga angivna omständigheter vid anbudsprövningen. Länsstyrelsens beslut ansågs strida såväl mot likabehandlingsprincipen, transpararensprincipen som mot 6 kap. 12§ LOU.

*Ej talerätt för enhet som tillhör samma juridiska person som den upphandlande enheten*

Länsrätten i Stockholms län (mål nr 7016-02 E) har prövat frågan om talerätt för en enhet som tillhör samma juridiska person som den upphandlande enheten. I det aktuella fallet var Utbildningsnämnden upphandlande enhet och klaganden en del av utbildningsförvaltningen, vilken lyder under Utbildningsnämnden. Domen har vunnit laga kraft.

Endast potentiella leverantörer till den upphandlande enheten har enligt 7 kap. 1 § LOU rätt att hos länsrätt ansöka om överprövning av en upphandling. Länsrätten ansåg att Grundläggande vuxenutbildning i Huddinge kommun utgör en enhet inom kommunen och därmed samma juridiska person som kommunen. En sådan enhet är inte att betrakta som en leverantör i LOU:s mening. Med hänsyn härtill samt till att klaganden inte heller på någon annan grund kan anses ha talerätt avvisades ansökan.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

*Ej möjligt att avvika från krav i förfrågningsunderlaget*

Bollnäs tingsrätt har meddelat en dom (mål nr 1076-00) avseende en förenklad upphandling av rivning och återställande av mark genomförd av Faxeholmen AB (ett kommunalt bostadsbolag). Den klagande leverantören tillerkändes skadestånd med drygt 123 000 kr och ersättning för rättegångskostnader. Domen har överklagats till hovrätten.

Tingsrätten uppger bland annat följande. ”Det får inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivaren inte i förväg fått reda på. Faxeholmen har i förfrågningsunderlaget angett att de olika värderingsgrunderna inte är rangordnade. I målet har det emellertid framkommit att priset vägde tyngre än t.ex. genomförandetiden. För att genomföra en korrekt upphandling borde Faxeholmen i detta fall ha redovisat hur anbudsgivarnas uppfyllande av de olika värderingsgrunderna skulle värderas.”

Faxeholmen ansågs också ha brutit mot LOU i samma upphandling genom att anta ett anbud trots att det inte uppfyllde ett skall-krav. I förfrågningsunderlaget uppställdes vissa skall-krav och ett av dessa var att anbudsgivaren skulle ange sitt system för kvalitets- och miljösäkring. Den leverantör vars anbud sedermera antogs angav i sitt anbud att dessa system ”upparbetas för entreprenaden”. Tingsrätten uppger ”Ett skall-krav enligt lagen om offentlig upphandling är ett krav som ovillkorligen måste vara uppfyllt. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget får inte antas. Detta skulle i så fall strida mot likabehandlingsprincipen. För att Faxeholmen skulle ha möjlighet att avvika från angivna skall-krav måste det ha angivits i förfrågningsunderlaget.”

Faxeholmen har gjort gällande att bolaget hade tillräckliga kunskaper om den antagna leverantörens system för kvalitets- och miljösäkring eftersom de anlitat detta företag tidigare och således inte behövde infordra uppgifterna i skrift. Domstolen uppger att ”Det får antas att en tidigare leverantör har vissa fördelar vid upphandlingen, t.ex. att leverantören till följd av erfarenhet har bättre underlag för att avge anbud. Vidare torde en leverantör till följd av att han redan är etablerad på orten ha vissa konkurrensfördelar avseende t.ex. personal och olika investeringar. Sådana fördelar kan sägas vara naturligt godtagbara förutsatt att förfrågningsunderlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning. Om två anbud är likvärdiga och den upphandlande enheten har viss kännedom om ett företag föreligger inget hinder att anta det kända företags anbud. Detta gäller emellertid endast då anbuden är likvärdiga och det ger inte den upphandlande enheten möjlighet att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav.” Tingsrätten uppger vidare att det anbud som sedermera antogs inte har innefattat erforderligt angivande av system för kvalitets- och miljösäkring eller ens en försäkran om att utföra arbetena enligt tidigare.

Av domen framkommer att det sammantaget ansågs visat att den klagande leverantören förlorade kontraktet till följd av Faxeholmens överträdelse av bestämmelserna i LOU och den klagande ansågs därmed berättigad till ersättning. Ersättning utdömdes efter en vinstmarginal på enligt domstolen skäliga 7 % vid rivningsarbeten mot den yrkade 25 % av nettoprojektbudgeten.

Domen har överklagats till hovrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns.

### *Fel att beakta ”allvarligt fel i yrkesutövningen” i utvärderingsfasen*

Borås tingsrätt har meddelat en dom (mål nr 625-99) avseende en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU av en tjänst som hör till avd. A i bilagan till LOU (slamsugning). Borås kommun förpliktas i domen att ersätta den klagande leverantören dess rättegångskostnader och att utge skadestånd med drygt 1,5 miljoner kr. Domen har överklagats av bägge parter till hovrätten.

Vid den aktuella upphandlingen var värderingsgrunden att det för kommunen mest totalekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer att antas. Vid anbudsprövningen skulle följande parametrar beaktas: kostnad, kompetens, fordonsuppgifter, resurser - personal/tekniska, referenser och finansiell styrka. Parametrarna angavs inte i rangordning.

I domen konstateras att den upphandlande enheten innan den börjar pröva anbuden skall pröva om anbudsgivarna uppfyller de krav som ställts upp på leverantören. Domstolen hänvisar till Beentjes-målet (C-31/87) vari framgår att kvalificering och anbudsutvärdering vid öppen upphandling kan göras samtidigt men att det är två

olika procedurer som styrs av skilda regler. De två momenten skall ske i nämnd ordning. Kvalificeringen av leverantörerna måste således vara genomförd innan anbudsutvärderingen sker.

Domstolen uppger att kommunen inte visat att den klagande leverantören uteslutits i samband med kvalifikationsfasen. En sådan bedömning vinner även stöd i den motivering som gatukontoret inom kommunen angett i sitt förslag till beslut, nämligen att anbudet från den klagande leverantören förkastats på grund av dåliga referenser. Den klagande leverantören har inte fått entreprenaden på grund av att den antagne leverantören vunnit framgång vid den utvärdering av anbuden som skett efter kvalifikationsfasen.

Domstolen uppger vidare att kommunen uppenbarligen anser att ett kvalifikationskriterium, i det här fallet allvarligt fel i yrkesutövningen, kan åberopas även i samband med anbudsutvärdering och då under parametern ”referenser”. Domstolen godkänner inte kommunens tolkning att de två prövningarna kan göras i ett sammanhang och hänvisar till att kvalificeringen måste ske först och när denna är klar vidtar anbudsutvärderingen.

Den klagande leverantören har enligt domen lämnat fyra referenser och det framkommer att kommunen inte har inhämtat yttrande från någon av dessa. I stället har kommunens egna erfarenheter av företagets agerande under den tid annan entreprenör skötte slamsugningen legat till grund för utvärderingen i denna del. Vad gäller kriteriet referens har den klagande leverantören enligt domen uppenbarligen uppfattat detta utifrån sedvanligt språkbruk, dvs. hänvisning till hur man tidigare utfört andra likartade uppdrag. Domstolen uppger ”En sådan tolkning synes även överensstämja med vad som enligt normalt språkbruk avses med begreppet. Någon möjlighet att i detta utvärderingsskede återkomma och ånyo åberopa kvalifikationskriteriet allvarligt fel i yrkesutövningen finns inte.”

Med hänsyn till övriga utvärderingskriterier framkommer att den klagande leverantörens anbud var klart lägst i pris och i övrigt har inte något framkommit som visar att klagandens anbud inte skulle vara likvärdigt med övriga anbudsgivare. Vid en korrekt genomförd upphandling skulle den klagande leverantören ha erhållit entreprenaden.

Skadeståndet har beräknats på en tidsperiod om sammanlagt 59 månader, dvs. utöver kontraktstiden om 47 månader även de 12 månader som omfattades av kontraktets förlängningsklausul. Enligt tingsrättens mening har inte visats annat än att den klagande leverantören, för det fall man fick uppdraget, även skulle ha fått sin entreprenad förlängd med 12 månader. Av domen framgår att kommunen förlängde avtalet med den entreprenör som fick uppdraget.

Såsom angivits ovan har domen överklagats till hovrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns.

## Övrigt

### Regeringsuppdrag att ta fram antidiskrimineringsklausuler för upphandlingskontrakt

NOU har på uppdrag av regeringen utarbetat ett exempel på antidiskrimineringsklausul som kan användas i upphandlingskontrakt. NOU:s exempel på klausul innebär att leverantören vid utförande av uppdrag i Sverige skall följa jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Mot bakgrund av EG-kommissionens tolkning av gemenskapsrätten anser NOU att klausulen inte kan omfatta varuupphandlingar.

Klausulexemplet innehåller en skyldighet för leverantören att vid äventyr av vite skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen.

Bryter leverantören mot förpliktelseerna i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget riskerar han att få betala avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer.

NOU har tagit fram en klausul som skall kunna ha en så generell tillämpning som möjligt i samband med upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som utförs i Sverige. Det ankommer dock alltid på den upphandlande enheten att besluta om klausulens exakta utformning och lämplighet i den enskilda upphandlingen. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. För tolkning av och information om antidiskrimineringslagstiftningens tillämpning kan de upphandlande enheterna och leverantörerna söka råd och stöd hos diskrimineringsombudsmännen.

NOU:s klausul förutsätter också att avtalsförhållandet är av viss varaktighet. Vidare reglerar den föreslagna klausulen enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som är avtalspart och omfattar inte eventuella underleverantörer. NOU:s klausul är utformad på sådant vis att den skall omnämnas i annonsen samt anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget och kontraktet.

Rapporten som innehåller klausulen i sin helhet finns på NOU:s webbplats.

### Pilot Project on Public Procurement

Ett Pilotprojekt som startades och på EG-kommissionens uppdrag drevs av Danmark har formellt avslutats vid ett möte i Köpenhamn. Avsikten med projektet var att bilda informella förfaringssätt att lösa gränsöverskridande tvister och problem vid offentlig upphandling. Sverige och NOU har deltagit i projektet inom ramen för en grupp av länder utanför den egentliga styrgruppen. Resultatet bedömdes som gott och flera tvister har handlagts inom ramen för projektet.

I skrivande stund är det inte säkert om projektet kommer att efterföljas av något fortsatt samarbete och i så fall i vilken form. Projektet kan leda till att en webbsida med information om projektet, inklusive adresser till behöriga myndigheter i och upplysningar om olika nationella lagstiftningar kommer att öppnas.

### NOU:s telefonservice i sommar

Under veckorna 29-31, dvs. mellan den 15 juli och den 2 augusti, kommer NOU:s telefonservice i upphandlingsfrågor att begränsas. Juridiska frågor och andra frågor kring offentlig upphandling kan ställas på telefonnummer 08-454 44 40 måndag – fredag mellan 10.00 – 11.00. Numret till registrator är öppet måndag-fredag 9.00-11.00 och 13.00-15.00.

## NOU:s nyhetsbrev mars 2002

Nyhetsbrevet för mars 2002 är kortare än vad som är brukligt, vilket dock inte betyder att det råder någon nyhetstorka. Förhoppningen inför detta nummer var att vi skulle informera om föreslagna ändringar i LOU från och med den 1 juli 2002. Vi hade hoppats kunna informera även om den framtida tillsynsmyndighetens nya förstärkta organisation med bättre möjligheter till stöd och uppföljning.

Regeringens proposition förväntas innehålla endast en del av de förslag som Upphandlingskommittén utrett och vilka senare har remissbehandlats. Regeringens beslut om propositionens utformning har senarelagts. Vi kan därför inte informera om det som ändras eller det som förblir nästan oförändrat. NOU kommer att lägga en länk på vår webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se), till propositionen när den offentliggörs.

Ändringarna i LOU är dock inte de enda som förbereds och som NOU följer. Ett antal intressanta domstolsavgöranden som ytterligare klargör tolkningen av det nuvarande rättsläget är värda att ta till sig. Det viktigaste i det långa loppet är dock arbetet inom EU med direktivändringar. Direktiven för varor, byggentreprenader och tjänster kommer att sammanföras till ett enda och nya upphandlingsmetoder kommer att introduceras. Arbetet med ändringarna inom den klassiska sektorn leder till följdändringar, uppdatering och nya förslag även i direktivet för försörjningssektorerna. De som intresserar sig för offentlig upphandling kan därmed se fram emot en hel del spännande lättnader men även nya komplikationer. Nya förslag samt kompromisskrivningar kommer in även nu under slutbehandlingen av direktivtexten. Det är därför inte helt säkert att de skrivningar som diskuteras verkligen kommer att återfinnas i direktivens slutliga utformning. Direktivarbetet går emellertid framåt och förhoppningen är att det kommer att finnas slutliga förslag före sommaren och att direktiven skall antas av rådet och parlamentet under innevarande år. Det innebär att LOU kommer att behöva ändras ytterligare en gång med nya regler, vilka troligtvis kommer att införas inom de närmaste åren.

Det enda säkra synes vara att varken upphandlare, leverantörer eller jurister behöver bli rädda för en tråkig och rutinmässig framtid utan snarare kan se fram emot nya spännande arbetsuppgifter.

Trevlig påsk



Michael Slavicek och resten av kansliet

## Innehåll

Tillämpning av LOU.....	3
Lagradsremiss med förslag till ändringar i LOU.....	3
Krav som får ställas på leverantörer.....	4
Begäran om upplysningar vid upphandling och användning av blankett RSV 4820 ..	4
Förfrågningsunderlaget.....	5
Vikten av tydliga utvärderingskriterier .....	5
Upphandlingsförfarande .....	5
Förhandlad upphandling vid upphandling av varor.....	5
Avrop eller upphandling.....	5
Annonsering över tröskelvärdena.....	6
Standardformulär för annonsering i EGT/TED.....	6
Upphandling under tröskelvärdena.....	6
Förfrågningsunderlaget vid urvalsupphandling.....	6
Rättsmedel .....	7
Skadestånd för nedlagda kostnader till ej aktuell anbudsgivare.....	7
Rättsfall.....	7
Mål i EG-domstolen.....	7
Mål i Regeringsrätten.....	10
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	11
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt.....	12
Övrigt.....	14
Regeringsuppdrag att ta fram antidiskrimineringsklausuler.....	14
Ordlista.....	15

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012,  
103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år.

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida.

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan,  
t.ex.

"NOU info mars -02".



## Tillämpning av LOU

### Lagrådsremiss med förslag till ändringar i LOU

Regeringen har överlämnat en lagrådsremiss med förslag till förändring av reglerna för offentlig upphandling. Lagrådsremissen kan nås via en länk från NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se). Enligt regeringens pressmeddelande föreslås två viktiga förändringar, nämligen att det blir tydligare i lagen att man skall kunna ställa miljökrav vid offentlig upphandling och att man skall kunna ställa särskilda krav på hur ett uppdrag skall utföras, till exempel genom antidiskrimineringsklausuler.

För direktupphandling föreslås en beloppsgräns på fem prisbasbelopp, vilket i år motsvarar 189 500 kronor. Precisering av vad som avses med synnerliga skäl tas bort. Däremot blir riktlinjer för användning av direktupphandling obligatoriska.

Vidare föreslås förbättrade möjligheter för överprövning av beslutet om vem som skall få en upphandling, det så kallade tilldelningsbeslutet. En upphandlande enhet skall efter sekretessprövning kunna lämna ut uppgifter rörande anbud, sedan enheten fattat ett tilldelningsbeslut. En upphandlande enhet skall vidare vara skyldig att på eget initiativ lämna upplysningar om beslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Enheten skall även vara skyldig att lämna sådana uppgifter till varje leverantör som begär detta.

En upphandling skall i regel anses som avslutad - i den mening som avses vid ansökan om överprövning och talan om skadestånd - vid den tidpunkt när ett upphandlingskontrakt har ingåtts, dock tidigast sedan tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat information om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Ytterligare en förändring är att ett upphandlingskontrakt föreslås kunna ingås genom elektronisk signatur.

I syfte att undvika att handläggningen av överprövningsmål drar ut för mycket på tiden och för att resurser skall kunna utnyttjas effektivt föreslås slutligen att ett överklagande av länsrättens dom skall tas upp till prövning i kammarrätt endast om kammarrätten meddelat prövningstillstånd.

De nya bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 juli 2002.

Proposition och riksdagsbeslut väntas senare i vår. Propositionen skall även behandla frågan om den framtida organisationen av den statliga tillsynen. Så snart propositionen är klar kommer den att kunna nås via NOU:s webbplats. NOU återkommer i NOU info juni -02 med ytterligare information om kommande förändringar på upphandlingsområdet.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Begäran om upplysningar vid upphandling och användning av blankett RSV 4820

NOU har vid ett möte med representanter för Skattemyndigheten i Stockholm diskuterat användningen av blanketten RSV 4820. Nedan följer en sammanfattning av de frågor som NOU vill uppmärksamma läsarna på.

Regler om vilka krav som får ställas på en leverantör i en upphandling finns i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Riksskatteverket tillhandahåller en blankett som kan användas vid denna kontroll. Den upphandlande enheten kan i sitt förfrågningsunderlag ange de krav som framgår av lagen och ange att leverantören kan visa att han uppfyller kraven genom att skicka in blanketten ifylld av skattemyndigheten. Eftersom utländska leverantörer inte får diskrimineras i upphandlingar (varken över eller under tröskelvärdena) måste det av förfrågningsunderlaget framgå att utländska leverantörer skall inkomma med motsvarande uppgifter från det land deras firma är registrerad i.

Leverantören måste fylla i blankettens övre del som avser uppgifter om företaget. Skattemyndigheten fyller i den nedre delen och i förekommande fall lämnas även uppgifter från Kronofogdemyndigheten. Av blankettens baksida, under "Upplysningar", framgår mot vilka register kontrollen görs. En ifylld blankett återspeglar endast förhållandena den dag kontrollen äger rum. Det är således ett intyg med en begränsad "hållbarhet".

Varken Skattemyndigheten eller Kronofogdemyndigheten kan avgöra om eventuella skulder utgör grund för uteslutning av leverantören. Däremot kan de ofta bistå den upphandlande enheten med ytterligare uppgifter per telefon. Den upphandlande enheten måste själv fatta beslut om eventuell uteslutning av leverantören. Bedömning får ske utifrån förhållandena i varje enskilt fall och skuldbeloppet får ställas i relation till kontraktsvärdet och bolagets ekonomiska ställning i övrigt. Den upphandlande enheten kan dokumentera uppgifterna i en tjänsteanteckning som läggs till ärendet.

Den upphandlande enheten kan antingen bifoga blanketten till förfrågningsunderlaget eller hänvisa till att blanketten finns att tillgå hos skattemyndigheten eller på RSV:s webbplats. Blanketten finns på [www.rsv.se](http://www.rsv.se) varefter man väljer "Blanketter", "Skatt", "Övriga skatteblanketter", "Upplysning vid upphandling" och hämtar blanketten "RSV 4820". Arbetsbelastningen kan vara mycket ojämn för de enheter på skattemyndigheten som genomför kontrollen. Skattemyndigheten framför därför önskemål om att leverantörerna är ute i god tid med sin begäran om att få blanketten ifylld. Detta kan upplysningsvis nämnas i förfrågningsunderlaget.

## Förfrågningsunderlaget

### Vikten av tydliga utvärderingskriterier

Svea hovrätt har avgjort ett skadeståndsmål där frågan om tydligheten av förfrågningsunderlag har prövats. Domen har överklagats till Högsta domstolen. Hovrätten har uppgivit att det inte är tillåtet att vid utvärderingen avvika från vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Det är därför viktigt, uppger hovrätten, att förutsättningarna klart och entydigt framgår av detta underlag. Samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen skall således anges.

I den upphandling som prövades gjordes utvärderingen på ett urval av de prisuppgifter som ingivits i anbuden, vilket inte angivits i förfrågningsunderlaget. Först efter det att anbuden hade öppnats och prislisorna hade sammanställts och granskats bestämde den upphandlande enheten vilka priser som skulle tillmätas betydelse. Enligt hovrättens mening strider tillvägagångssättet mot bestämmelserna i LOU och domstolen fastställde skadeståndsskyldighet. För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet Skadestånd i hovrätt och tingsrätt.

## Upphandlingsförfarande

### Förhandlad upphandling vid upphandling av varor

NOU redogjorde i NOU info dec. -01 för tolkningen av 2 kap. 10 och 11 §§ LOU. NOU har sedan dess fått reaktionen att redogörelsen inte var tillräckligt klagörande. NOU vill därför, för att uppnå bättre förståelse, informera om att 2 kap. 10 § skall som tumregel användas när enheten fått in anbud som möjliggör en förhandling om villkoren för kontraktstilldelning med några anbudsgivare. Regeln i 2 kap. 11 § är avsedd för situationer när inget av de inlämnade anbuden kan utgöra grund för en fortsatt förhandling utan den upphandlande enheten aktivt måste söka efter någon annan leverantör som kan klara av leveranserna.

Motsvarande tolkning kan göras av reglerna i 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § LOU. Tillräcklig rättspraxis saknas dock fortfarande för att NOU exakt skall kunna ange vad som menas med ”korrekt avlämnade” anbud.

### Avrop eller upphandling

En dom från Länsrätten i Örebro län synes bekräfta vad NOU uppger i NOU info juni -00 sid. 7 f. om ramavtal. NOU uppgav att ramavtal inte får användas som en lista på godkända leverantörer, där villkoren för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. En sådan möjlighet finns endast över tröskelvärdena inom försörjningssektorerna, där möjlighet ges att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare (kvalificeringssystem). Om nya villkor behöver tillföras dem som avtalats i ramavtalet, skall en ny upphandling genomföras.

För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet ”Mål i kammarrätt och länsrätt”.

Den översyn som för närvarande pågår av EG:s upphandlingsdirektiv förväntas få konsekvenser bland annat för användningen av ramavtal genom att en mer flexibel användning av ramavtalen kan bli möjlig. NOU uppdaterar här det som angavs i info juni –00 sid. 5 ff. Direktivens slutliga form är ännu inte fastställd.

Ramavtal tillåts enligt förslaget även inom den klassiska sektorn. Med ramavtal avses då avtal (agreements) som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för upphandlingen under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, kvantitet. Parallella avtal tillåts således. Avtalen kan ”öppnas” med förnyad konkurrensutsättning. Ramavtalens varaktighet får enligt förslaget inte överstiga fyra år, utom i undantagsfall som skall motiveras av föremålet för upphandlingen.

De föreslagna reglerna ger den beställande enheten möjlighet att ”öppna” konkurrensen mellan avtalsslutande leverantörer genom att infordra nya anbud av dessa. Den beställande enheten skall därvid skriftligen infordra anbud av samtliga avtalsslutande leverantörer som uppfyller dess krav och sätta ut en skälig (med hänsyn till bl.a. objektets komplexitet) anbudsfrist. Anbudena skall vara skriftliga och sekretess skall gälla tills anbudstiden gått ut. Någon beställning får inte göras förrän anbudstiden gått till ända. Beställningen skall tillkomma den som bäst svarar mot kraven enligt tidigare uppsatta utvärderingskriterier.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Standardformulär för annonsering i EGT/TED

EG-kommissionen har antagit ett direktiv angående standardformulär för annonsering i EGT/TED vid direktivstyrda upphandlingar. Fortsättningsvis skall dessa standardformulär, som inte skiljer sig nämnvärt från de nuvarande, användas. De går att hitta på SIMAP:s webbplats <http://simap.eu.int/> eller hos avtalade concentrators i varje land (i Sverige Anbuds Journalen). Syftet med formulären är att höja kvalitén på annonserna samt förbättra möjligheten att använda elektroniska hjälpmedel vid annonsering. Förbättrade annonser skall förhoppningsvis även leda till att det blir lättare för leverantörer att hitta intressanta upphandlingar.

Ytterligare information om annonsering i EGT/TED finns på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se) samt i NOU info juni-01.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Förfrågningsunderlaget vid urvalsupphandling

NOU har i en skrivelse till regeringen påtalat att definitionen av förfarandet urvalsupphandling bör preciseras så att det anges att förhandling får förekomma. Förhandling borde vid urvalsupphandling kunna ske i samma utsträckning som vid förenklad upphandling. I lagrådsremissen föreslås nu att en sådan ändring görs i LOU. Förslaget anger att den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. I författningskommentaren anges vidare att förhandlingar endast får avse anbudsgivarens anbud och endast får förekomma efter anbudstidens utgång.

Förslaget ger således inte rätt till förhandling efter det att ansökningarna lämnats in och innan anbudstiden gått till ända. Bestämmelsen i 6 kap. 8 § LOU om rättelse, förtydligande och komplettering gäller i nuvarande utformning endast anbudsgivare och anbud.

NOU vill i sammanhanget påminna om att skyldigheten som anges i 6 kap. 3 § LOU, att det av förfrågningsunderlaget skall framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling, även gäller vid urvalsupphandling. Skälet bakom bestämmelsen är att prisuppgifter i inkomna anbud skall avspegla de verkliga priserna och således inte innehålla någon egentlig prutmån. Deltagande leverantörer skall inte kunna räkna med att det skall upptas förhandlingar. Det är den upphandlande enheten som tar initiativ till förhandlingar och bestämmer med vilka anbudsgivare som förhandlingar skall föras.

## Rättsmedel

### Skadestånd för nedlagda kostnader till ej aktuell anbudsgivare

Göta hovrätt har i en dom tillerkänt en anbudsgivare skadestånd för nedlagda kostnader, trots att anbudsgivaren inte förlorat kontraktet till följd av den överträdelse av LOU som förorsakade kostnaden. Hovrätten uppger att ett sorts kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande enheten och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds. Frågan om skadeståndets räckvidd skall därmed i princip behandlas som om ett kontrakt förelåg. Med denna utgångspunkt omfattar skadeståndsskyldigheten sådana onyttiga kostnader (NOU tolkar att onyttiga kostnader är liktydigt med onödiga kostnader) som var aktuella i målet. Hovrätten uppger vidare i domskälen att 7 kap. 6 § LOU i princip ålägger den upphandlande enheten att utge skadestånd för onyttiga kostnader, trots att anbudsgivaren inte har förlorat kontraktet till följd av den överträdelse av LOU som har förorsakat kostnaden. Domen har överklagats till Högsta domstolen.

För ytterligare information om domen, se referat nedan under avsnittet ”Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt”.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Upphandling under tröskelvärdena*

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande i mål C-58/00 – Bent Mousten Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab – uttalat sig om huruvida det strider mot artikel 30 i EG-fördraget att vid upphandling under tröskelvärdena kräva att produkter av ett visst märke skall användas vid fullgörande av kontraktet, utan att detta krav åtföljs av tillägget ”eller likvärdigt”. Artikel 30 (numera artikel 28) förbjuder kvantitativa exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan

mellan medlemsstaterna. Bestämmelsen reglerar den fria rörligheten för varor inom EG-fördragets tillämpningsområden.

EG-domstolen konstaterar inledningsvis 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 påpekar att den omständighet att orden ”eller likvärdig” inte lagts till efter det att en viss produkt nämnts i kontraktshandlingarna, inte bara kan leda till att företag som använder system som liknar denna produkt avstår från att besvara anbudsinfordran. Denna omständighet kan även, i strid med artikel 30, hindra importflödet inom gemenskapen, genom att upphandlingen förbehålls de leverantörer som använder det utpekade systemet.

### *Skadeståndstalan mot EG-kommissionen för påstådda fel vid upphandling av tjänster för drift av daghem*

EG-domstolens Förstainstansrätt har behörighet att döma i första instans beträffande bl.a. skadeståndstalan av enskilda eller juridiska personer mot gemenskapens institutioner. Förstainstansrätten har meddelat dom den 26 februari 2002 mål T-169/00 Esedra SPRL, Bryssel mot Europeiska gemenskapernas kommission angående upphandling av tjänster som avsåg driften av ett daghem.

Rätten har ogillat talan på alla punkter. Av intresse är Förstainstansrättens uttalanden på vissa punkter.

Kontraktet tilldelades en företagsgrupp som leddes av företaget Manieri. Det klagande företaget Esedra ansåg att utvärderingen av anbuden inte genomfördes på ett opartiskt sätt, eftersom föräldraföreningen och den partsammansatta förvaltningskommittén för daghemmet, vilka Esedra ansåg vara obefogat fientligt inställda, deltog i utvärderingen. Esedra ansåg att kommissionen ”försökt göra rent hus med det förflutna” och avlägsna Esedra från daghemmet, eftersom Esedra drev daghemmet när pedofilgärningar påstås ha begåtts där år 1997.

Förstainstansrätten fann det dock befogat att en företrädare för föräldraföreningen deltagit i utvärderingen och rätten ansåg att det inte kunde visas att sökanden diskriminerats. Den partsammansatta förvaltningskommittén deltog inte vid utvärderingen av anbuden och det kunde inte visas att den påverkat utvärderingsförfarandet. Förstainstansrätten konstaterade även att sökanden inte har företett något bevis för att de påstådda pedofilgärningarna har medfört någon diskriminering av Esedra och att kommission genomfört utvärderingen av anbuden på ett opartiskt sätt. Förstainstansrätten fann sammanfattningsvis att kommissionen inte åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen.

Esedra anförde att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet inte hade den finansiella och tekniska kapacitet som krävdes enligt meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna. Bland annat godkändes anbudsansökan från den grupp som Manieri företrädde trots att det saknades tillgång till balansräkningar från tre av de sju företag som gruppen består av.

Rätten erinrade 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 anbudsinfordran och att Förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte förekommit allvarliga och uppenbara fel.” Rätten ansåg att kommissionen inte kunde klandras, eftersom den förfogade över andra uppgifter med hjälp av vilka kommissionen, i avsaknad av balans- och resultaträkningar, kunde bedöma den finansiella kapaciteten samt att kommissionen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning vid undersökningen av den tekniska kapaciteten hos Manieri eller hos de övriga medlemmar i den grupp som Manieri företräder.

Esedra ansåg vidare bl.a. att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den slog fast att Manieris anbud var bättre än sökandens med avseende på kvalitetskriteriet. Rätten påpekade att varken den omständigheten att sökanden har erhållit kvalitetscertifikat och var underställd regelbundna och krävande kontroller eller de olika initiativen i dess anbud för förbättring av tjänsternas kvalitet talade för att sökandens anbud hade högre kvalitet än Manieris.

Rätten konstaterar att sökanden inte har visat något bevis för eller något som talar för att kommissionen gjorde ett uppenbart och allvarligt fel när den utvärderade anbudens kvalitet i allmänhet. Rätten erinrade också om att ”anbudens kvalitet skall utvärderas med utgångspunkt i själva anbudet, och inte med utgångspunkt i anbudsgivarnas erfarenhet av den upphandlande enheten under tidigare kontrakt eller på grundval av de urvalskriterier som redan har kontrollerats vid urvalet av anbudsansökningarna, som inte på nytt kan beaktas då anbudet jämförs”.

Sökanden gjorde gällande att kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten, eftersom innehållet i kommissionens skrivelse till svar på sökandens begäran om upplysningar om skälen till att Esedra inte tilldelades kontraktet i fråga, inte gjorde det möjligt att bedöma om de omtvistade besluten var rättsenliga.

Rätten gjorde bedömningen att enligt art.12.1 i tjänstedirektivet var kommissionen skyldig att inom femton dagar från mottagandet av begäran underrätta en anbudsgivare vars anbud inte har antagits om utformningen av och de relativa fördelarna med det antagna anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, med undantag av konfidentiella uppgifter. Kommissionen ansågs i sin skrivelse ha givit en tillräckligt detaljerad motivering av skälen till att den inte antog sökandens anbud, genom att ange namnet på den anbudsgivare som hade tilldelats kontraktet och de relativa fördelarna med det antagna anbudet jämfört med sökandens anbud med avseende på de kriterier för tilldelning som angavs i kontraktshandlingarna.

*NOU:s kommentar:* NOU har tidigare besvarat en fråga som rörde identiska uttryck i två avgöranden av Förstainstansrätten i målen T 19/95 Adia Interim mot Kommissionen och T-203/96 Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet. Även i dessa domar anges att den upphandlande enheten "har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning av vad som skall beaktas...". NOU har fått frågan om detta innebär att enheten i princip har fri prövningsrätt. Juristerna vid NOU:s kansli har då ansett att avgörandena måste sättas i sitt rätta sammanhang och läsas mot bakgrund av bl.a. andra uttalanden i EG-domstolens domar såsom C-243/89 Kommissionen mot Danmark (A/S Storebæltforbindelsen) och C-87/94 Kommissionen mot Belgien (Wallonska bussarna). 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 i princip inte rätt att *vid anbudsutvärderingen* frångå 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 påminna om fri prövningsrätt.

## Mål i Regeringsrätten

### *Upphandling av konst*

Kammarrättens i Stockholm (mål nr 5979-2001) dom som NOU informerade om i NOU info december 2001 sid. 20 står fast. Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd (mål nr 7193-2001).

Upphandlingen avsåg konst och kammarrätten hänvisade i domen till 6 kap. 2 b § 3 p. LOU där en upphandlande enhet ges rätt att begära anbud genom att skicka en skrivelse direkt till endast en leverantör om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.

Kammarrätten uppgav: ”Vid upphandling av konst är det främst en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör. Det föreligger svårigheter att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat. Huruvida det finns ett likvärdigt konstverk kan inte bestämmas annat än utifrån myndighetens subjektiva uppfattning. Kammarrätten finner med hänsyn härtill, att tillvägagångssättet att den upphandlande myndigheten först bestämmer vilken eller vilka konstnärer som kan komma ifråga som leverantör måste accepteras. När så skett kan konstverket endast levereras av någon av dessa och undantagsregeln i 6 kap. 2 b § 3 p. LOU medger således att myndigheten upphandlar konst utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandlingen.”

### *Utvärdering vid upphandling av IT-verksamhet*

Regeringsrätten har meddelat Migrationsverket prövningstillstånd i ett mål i vilket Kammarrätten i Jönköping i mål nr 3371-2001 beslutat att upphandlingen skall göras om. Även länsrättens dom innebar att den aktuella upphandlingen av outsourcing av IT-verksamhet skulle göras om. Målet berör bland annat förfrågningsunderlagets utformning och utvärdering samt frågan vilka beviskrav på liden skada som kan ställas på en leverantör som ansöker om överprövning. NOU har på Regeringsrättens begäran yttrat sig i målet. NOU kommer att informera om utgången i målet och innehållet i nämndens yttrande, när Regeringsrätten meddelar sin dom.

---

<sup>1</sup> Se bl.a. C-45/87, C-21/88 och 113/89.



## Mål i kammarrätt och länsrätt

### *Omgående bekräftelse av anbud lämnat per fax*

Länsrätten i Gävleborgs län (mål nr 1749-01 E) har prövat en förenklad upphandling av arbetsmarknadsutbildning genomförd av Länsarbetsnämnden i Gävleborgs län. Frågan i målet är om ett anbud inkommit i rätt tid. Anbudet ingavs per fax och bekräftades genom originalhandlingar som sändes omgående och inkom till den upphandlande enheten efter två dagar. Länsrätten förordnar att länsarbetsnämndens upphandling får avslutas först sedan anbudet behandlats som inkommet i rätt tid. Domen har vunnit laga kraft.

Av domen framkommer att det i förfrågningsunderlaget angavs att anbud skall vara skriftligt, att anbud som lämnas genom e-post eller fax omgående skall bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling och att anbud skall vara Länsarbetsnämnden tillhanda senast den 27 november 2001. Det uppges vidare att anbudet inlämnades via e-post och fax den sista inlämningsdagen. Samma dag postades originalhandlingarna och dessa inkom två dagar efter utsatt tid. Enligt Länsarbetsnämnden kom anbudet in en dag för sent, eftersom ordet omgående tolkades betyda att anbudet kunde inkomma endast en dag efter anbudstidens utgång. Länsrätten anser att originalhandlingarna har inkommit inom den för postgång normala tiden och att bekräftelsen därmed har skett omgående. Upphandlingen får, enligt domstolen, avslutas först sedan den klagande leverantörens anbud behandlats som inkommet i rätt tid.

NOU har tidigare informerat om lämplig tidpunkt för anbudsöppning i Sammanställning NOU info 93-95, under avsnittet 8.5 Anbudsöppning.

### *Avrop eller upphandling*

Länsrätten i Örebro län (mål nr 2835-01) har prövat en upphandling av kaffeautomater genomförd av Statistiska Centralbyrån (SCB). Staten har träffat ramavtal avseende kaffeautomater genom en upphandling som genomförts av Lantmäteriverket. Fråga i målet är om SCB:s ”pris- och produktförfrågan” utgör ett avrop från ramavtalet eller skall betraktas som en separat upphandling och om denna i så fall uppfyller LOU:s krav. Länsrätten har i domen förordnat att upphandlingen skall göras om, såvitt inte SCB väljer att göra ett avrop från ramavtalen. Domen har vunnit laga kraft.

Av domen framkommer att SCB skickat en ”Pris- och produktförfrågan på kaffeautomater” till de leverantörer som tecknat ramavtal med staten. Av förfrågan framgår att den planerade anskaffningen skulle göras som avrop från den leverantör som kunde erbjuda de mest fördelaktiga villkoren.

SCB har enligt domen uppgivit att samtliga villkor har fastställts i det aktuella ramavtalet med undantag för mängd och pris som kan variera över tiden. Den utskickade pris- och produktförfrågan till de aktuella leverantörerna överensstämmer med vedertagen praxis. Syftet med förfrågan var att till de fördelaktigaste villkoren finna den leverantör som kunde erbjuda den utrustning som bäst svarade mot SCB:s behov.

Länsrätten uppger att SCB har gjort förfrågan ”i syfte att öka konkurrensen mellan leverantörerna och på så sätt erhålla de förmånligaste villkoren”. Detta innebär att de

slutliga köpevillkoren kommer att fastställas i och med de nu införade prisuppgifterna.

I Lantmäteriverkets upphandling av ramavtal avseende kaffeautomater efterfrågades prisuppgifter på ett flertal olika punkter. Vid utvärderingen av anbud tillmättes priset stor betydelse. I det aktuella ramavtalet hänvisas till den inlämnade offertbilagan och ramavtalet reglerar även villkoren för prisjusteringar. Därmed, uppger domstolen, får priset anses vara fastställt i ramavtalet, med reservation för eventuella prisjusteringar. ”Vid sådant förhållande kan SCB:s prisförfrågan inte anses utgöra ett led i avropet från ramavtalet utan måste enligt länsrättens mening ses som en separat egen upphandling. Visserligen är SCB inte formellt skyldig att utnyttja något av ramavtalen utan kan själv upphandla ifrågavarande varor men måste i sådant fall genomföra upphandlingen enligt reglerna i LOU. Eftersom SCB enligt det ovan anförda valt att göra en upphandling och då denna inte är utförd enligt LOU och /leverantören/ därigenom kan komma att lida skada skall upphandlingen göras om, såvitt inte SCB väljer att göra ett sedvanligt avrop utan beaktande av de prisuppgifter som inkommit med anledning av pris- och produktförfrågan.”

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

### *Vikten av tydliga utvärderingskriterier*

Svea Hovrätt har meddelat en dom (mål nr T 8271-00) avseende en upphandling av måleriarbeten som genomförts av Aktiebolaget Väsbyhem (Väsbyhem). Hovrätten fastställde att Väsbyhem är skadeståndsskyldigt och förpliktigade bolaget att ersätta den klagande leverantören dess rättegångskostnader. Skadeståndsbeloppets storlek prövades inte i målet. Sollentuna tingsrätt hade i sin dom (mål nr T 2751-98) uppgivit att det inte var visat att Väsbyhem brutit mot någon bestämmelse i LOU vaför käromålet där ogillats. Hovrättsdomen har överklagats av Väsbyhem till Högsta domstolen.

Av tingsrättsdomen framkommer att det under rubriken ”Värderingsgrunder vid anbudsprövning” angavs att beställaren vid prövning av anbud kommer att anta de anbud som sammanlagt är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till pris och fem andra kriterier. Väsbyhem fann att de angivna anbuderna var likvärdiga avseende de fem andra bedömningskriterierna, varför priset blev utslagsgivande. När Väsbyhem utvärderade anbuderna gjordes bedömningen – vilket inte nämdes i förfrågningsunderlaget - huvudsakligen utifrån vissa åtgärder som förväntades vara de mest frekventa och ur ekonomisk synpunkt mest betydelsefulla (helreparation av vardagsrum och sovrum 1 på prislista 2).

Tingsrätten hade uppgivit att ”Det är inte något legalt krav att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget anger att man avser att göra en urvalsprövning. – Metoden att kryssmarkera för företag som har lämnat de lägsta anbuderna, i stället för att rangordna priserna framstår visserligen som tveksam men har, såvitt visats, inte medfört att andra än de fyra lägsta anbuderna har antagits.” Tingsrätten ansåg således att förfarandet inte stred mot LOU och något skadestånd dömdes inte ut.

Hovrätten uppger bland annat följande ”För att den upphandlande enheten skall kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbuds förfarandet är det nödvändigt att den vid utvärderingen inte avviker från vad som krävs i

förfrågningsunderlaget. Det är därför viktigt att förutsättningarna klart och entydigt framgår av detta underlag. Samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen skall således anges". Väsbyhem hade inte angett i förfrågningsunderlaget att någon form av urval skulle ske. Vidare har i målet framkommit att Väsbyhem först efter det att anbudet hade öppnats och prislistorna hade sammanställts och granskats bestämt vilka priser som skulle tillmätas betydelse. Enligt hovrättens mening har Väsbyhem redan härigenom brutit mot bestämmelserna i LOU. Hovrätten uppger vidare att "Måleribolaget visat att det vid en summering av samtliga lämnade å-priser lämnat det lägsta anbudet". NOU återkommer om Högsta domstolen beslutar att den skall pröva målet.

*NOU:s kommentar.* Domen påvisar ånyo vikten av tydliga och fullständiga förfrågningsunderlag. I nu refererade mål hade det av Väsbyhem önskade resultatet kunnat uppnås om bolaget redan i förfrågningsunderlaget informerat om denna urvalsprövning så att tänkbara leverantörer fått kännedom om den. I NOU info december -01 hänvisas till referat av andra domar som behandlar frågan om vikten av tydliga förfrågningsunderlag. I Förstainstansrättens dom under avsnittet "Mål i EG-domstolen" tas också upp vikten av tydliga förfrågningsunderlag.

### *Skadestånd för nedlagda kostnader till ej aktuell anbudsgivare*

Göta hovrätt har meddelat en dom (T 220-01) avseende en upphandling genomförd av Ljusnarsbergs kommun som rörde ett renoveringsarbete på en skola. Hovrätten förpliktigar kommunen att utge ett skadestånd på 10 000 kr jämte ränta till den klagande leverantören som ersättning för kostnader som inte hade uppkommit om den upphandlande enheten följt LOU. Domen har överklagats till Högsta domstolen och NOU återkommer när ytterligare information finns.

Av domen framkommer att det vid anbudstidens utgång inkommit tre anbud. Efter att ha fått rådet från en anlita konsult, erbjöd kommunen den klagande leverantören att komplettera sitt anbud med anledning av att det ursprungliga anbudet inte var komplett. Leverantören kom in med en komplettering avseende hela det efterfrågade arbetet. Kommunen var tveksam till att det varit rätt att begära in kompletteringen och beslöt, efter viss utredning, att förkasta den klagandes anbud trots att det nu var komplett och låg lägst i pris.

Den klagande leverantören yrkade i första hand skadestånd motsvarande utebliven vinst (det s.k. positiva kontraktsintresset) och i andra hand ett skadestånd motsvarande nedlagda kostnader på anbudsgivning (det s.k. negativa kontraktsintresset).

Hovrätten uppger att det i 7 kap. 6 § LOU föreskrivs att en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i lagen skall ersätta därigenom uppkommen skada. Bestämmelsen omfattar ersättning för såväl det negativa som det positiva kontraktsintresset. För att en anbudsgivare skall ha rätt till skadestånd måste det föreligga kausalitet mellan skadan och det förhållande att den upphandlande enheten inte har följt bestämmelserna i LOU. Så kan i allmänhet vara fallet endast om anbudsgivaren har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen.

Hovrätten anger vidare att kausalitetskravet bland annat innebär följande. "Den som lagt ner kostnader för anbudsgivning utan att sedermera erhålla ett kontrakt kan inte anses ha åsamkats någon ersättningsgill kostnad, för det fall den upphandlande

enheten visserligen har överträtt bestämmelserna i LOU men någon annan anbudsgivare skulle ha erhållit kontraktet även om den upphandlande enheten inte hade överträtt bestämmelserna i LOU. I förevarande mål gäller frågan emellertid kostnader som överhuvudtaget inte skulle ha uppkommit, om den upphandlande enheten hade följt bestämmelserna”. Hovrätten konstaterar vidare att den upphandlandes skadeståndsskyldighet är primärt grundad på bestämmelsen i LOU. Likväl, uppger hovrätten, är det emellertid på det sättet att det ligger närmast till hands att – liksom när det gäller frågan om bestämmelsen omfattar det positiva kontraktssintresset – se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande enheten och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds. Frågan om skadeståndets räckvidd skall därmed i princip behandlas som om ett kontrakt förelåg. Med denna utgångspunkt omfattar skadeståndsskyldigheten sådana onyttiga kostnader som det är fråga om i målet. Hovrätten uppger vidare i domskälen att 7 kap. 6 § LOU i överensstämmelse med sin ordalydelse, i princip ålägger den upphandlande enheten att utge skadestånd för onyttiga kostnader av förevarande slag, trots att anbudsgivaren inte har förlorat kontraktet till följd av den överträdelse av LOU som förorsakat kostnaden.

## Övrigt

### Regeringsuppdrag att ta fram antidiskrimineringsklausuler

Regeringen har gett NOU i uppdrag att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas vid offentlig upphandling. Klausulerna skall enligt uppdraget utgöra exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud. Klausulerna skall vara förenliga med LOU och EG-fördragets bestämmelser.

Regeringen anser att antidiskrimineringsklausulerna skiljer sig från ”vanliga” kontraktsvillkor såtillvida att de saknar direkt koppling till det som upphandlas eller till leverantörens förmåga eller lämplighet att leverera föremålet för upphandlingen. I uppdraget ingår därmed inte att beakta eventuella möjligheter att ta antidiskrimineringshänsyn vid kvalificering av leverantörer eller ställa antidiskrimineringskrav i den tekniska kravspecifikationen eller som utvärderingskriterium.

Uppdraget utförs i samråd med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. NOU skall också samråda med Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv och Svensk Handel.

NOU skall redovisa uppdraget för regeringen senast den 29 april 2002.

## Ordlista

På NOU:s webbplats finns nu en ordlista som förklarar några av de vanligaste begreppen som används vid offentlig upphandling. NOU vill passa på att påtala vikten av att använda vedertagna begrepp vid upphandling. Upphandlingen kan kompliceras och missförstånd i onödan uppstå genom att de upphandlade enheterna eller leverantörerna använder andra begrepp än de som är definierade i LOU eller begrepp som är otydliga och inte allmänt vedertagna.

## NOU:s nyhetsbrev december 2001

NOU går in i det nya året 2002 i sin ursprungliga organisationsform, vilket vi knappast förväntat oss. Detta innebär dock inte att utvecklingen kring den offentliga upphandlingen har stått stilla. Ändringarna i LOU har trätt i kraft, varvid obligatorisk annonsering enligt 6 kap. LOU och ett nytt förfarande, urvalsupphandling, förmodligen har varit de mest påtagliga. Därutöver har det diskuterats och föreslagits flera nyheter på upphandlingsområdet. Fortfarande återstår dock visst arbete på det nya konsoliderade gemenskapsdirektivet för upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster. Trots ansträngningar ledde det svenska och belgiska ordförandeskapet inte till att det konsoliderade direktivet kunde antas, utan Spanien får ta vid. Medlemsstaterna har berikats med två tolkningsmeddelanden om gemenskapsrättens aktuella läge angående sociala hänsyn och miljö. EG-domstolen och de svenska domstolarna har också avkunnat ett antal intressanta avgöranden. I Sverige har Upphandlingskommittén avlämnat sitt slutbetänkande och regeringens proposition beräknas komma i mars 2002.

NOU vill mot ovanstående bakgrund peka på vikten av att de upphandlande enheterna klart håller isär det som redan är gällande rätt och det som eventuellt förväntas komma. Lagändringar skall givetvis tillämpas från den första giltighetsdagen. Det är dock viktigt att man inte går händelserna i förväg och inte redan nu rättar sig efter det som föreslås. Kraftigt höjda gränser för direktupphandling, köp utan upphandling från kommunala bolag eller från avknoppade företag m.fl. föreslagna ändringar står idag i strid med LOU. Det är inte sannolikt att regeringen kommer att föreslå riksdagen alla dessa ändringar och inte heller säkert om riksdagen kommer att anta regeringens proposition i sin helhet.

Av samma anledning väljer NOU att inte referera generaladvokatens förslag till avgörande i EG-domstolens mål C-513/99 avseende busstrafiken i Helsingfors. Yttrandet är tillgängligt enbart på finska, franska och spanska på domstolens hemsida. Förslaget går i stora delar i den riktning som Sverige hoppats på, men det bör beaktas att det enbart är ett förslag och att det inte är säkert att domstolen i sin dom kommer att följa generaladvokatens linje.

En God Jul och ett Gott Nytt År kantat av framgångsrika upphandlingskontrakt önskar



Michael Slavicek

och hela kansliet

## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
Förordning om försvarsupphandling .....	3
Myndighetsutövning och tredjemansupphandling .....	3
Är underskrift ett formkrav för anbuds giltighet? .....	3
Väsentligt förändrade avtalsvillkor .....	4
Tröskelvärden.....	5
Ändrade tröskelvärden från och med den 1 januari 2002.....	5
Förfrågningsunderlaget .....	5
Rättelse, förtydligande och komplettering av anbud.....	5
Tydliga förfrågningsunderlag .....	5
Upphandlingsförfaranden.....	6
Villkoren för användning av förhandlad upphandling vid upphandling av varor.....	6
Annonsering över tröskelvärdena .....	8
A- eller B-tjänst .....	8
Upphandling under tröskelvärdena .....	8
Gräns för användning av direktupphandling vid lågt värde .....	8
Upphandling av konst .....	9
Statistik.....	10
NOU:s tillsyn .....	11
Rapport efter avslutad upphandling .....	11
NOU:s ärenden och yttranden.....	11
Väsentligt förändrade avtalsvillkor .....	12
Rättelse, komplettering och förtydligande av anbud.....	14
Elnätsutredningens slutbetänkande .....	16
Rättsfall .....	17
Mål i EG-domstolen.....	17
Mål i Regeringsrätten.....	18
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	20
Sociala hänsyn.....	21
EG-kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.....	21
Övrigt .....	26
Konsekvenser på upphandlingsområdet när det gäller införandet av euro .....	26

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 273 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s webbplats. Det är  
tillåtet att kopiera innehållet i  
NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info december -01"

## Tillämpning av LOU

### Förordning om försvarsupphandling

Regeringen har utfärdat förordning (2001:870) om försvarsupphandling. Förordningen som träder i kraft den 1 januari 2002 innehåller vissa undantag från bestämmelserna i LOU för Försvarets materielverk (FMV).

FMV får enligt 2 § i förordningen besluta om undantag från kravet på annonsering i 6 kap. 2 a § LOU vid upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, om dessa begränsningar förhindrar ett offentliggörande av upphandlingen.

FMV får vidare enligt 3 § i förordningen besluta om undantag från bestämmelserna i 6 kap. LOU i fyra särskilt angivna situationer vid upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet samt vid upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget (nuvarande artikel 296). De situationer som anges för undantaget är följande. Om upphandlingen avser ett tillägg till upphandling där regeringen redan har föreskrivit om undantag enligt 6 kap. 17 § LOU. Undantag kan även beslutas vid upphandling av materiel eller tjänster som understiger 3 000 000 kr och som omgående behövs för Försvarmaktens medverkan i internationella styrkor. FMV kan även besluta om undantag för upphandling av materiel eller tjänster inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan i fråga om försörjning av materiel eller tjänster. Den sista situationen som anges är att FMV enligt förordningen kan besluta om undantag vid upphandling av telekabel eller förläggning av telekabel för Försvarmaktens fasta telenät och teleföbindelser.

Förordningen föreskriver att FMV i sin delårsrapport och i sin årsredovisning skall redovisa de undantag från LOU som myndigheten har beslutat om med stöd av förordningen.

### Myndighetsutövning och tredjemansupphandling

NOU beslutade vid nämndsammanträde den 14 december 2001 om yttrande över Elnätsutredningens slutbetänkande "Elnätsföretag – särskild förvaltning och regionnätstariffer" (SOU 2001:73). Bland annat fastslog NOU återigen att s.k. tredjemansupphandling, i detta fall där utseendet av förvaltare görs av annan än den som sedan kommer att stå för kostnaden, inte omfattas av reglerna i LOU. Yttrandet innehåller även sådana uttalanden om myndighetsutövning som är av allmänt intresse. Läs mer om NOU:s ärende under avsnittet NOU:s ärenden och yttranden.

### Är underskrift ett formkrav för anbuds giltighet?

Den 1 januari 2001 ändrades bestämmelserna i LOU avseende möjligheterna att lämna anbud. Huvudregeln enligt 1 kap. 19 § och 6 kap. 5 § LOU stadgar att anbud skall lämnas skriftligen. NOU har vid flera tillfällen fått frågan om detta innebär att



anbudet, för att vara giltiga, måste vara egenhändigt undertecknade av behörig firmatecknare. Detta skulle i sådant fall medföra att anbud som vid anbudsöppningen saknar underskrift, skall förkastas.

NOU anser att underskrift inte är ett formkrav för anbudets giltighet. Underskriften skall dock beaktas som ett bevis som syftar till att binda anbudsgivaren vid anbudet. Anbud som saknar underskrift bör lämpligen kompletteras med beaktande av de förutsättningar som anges i 1 kap. 21 § respektive 6 kap. 8 § LOU.

Kravet på skriftlighet innebär enligt äldre förarbeten att anbud inte får lämnas muntligen (prop. 1992/1993:88, sid. 70). I och med lagändringen 2001 tillåts dock "...att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt" (än skriftligen). Det tidigare kravet på egenhändigt undertecknad bekräftelsehandling har strukits ur bestämmelserna. Det tyder på att underskriften endast skall betraktas som ett bevismedel och inte som ett krav för anbudets giltighet. Det står heller inte att läsa i förarbetena till den nya bestämmelsen att skriftlighetskravet innefattar egenhändig namnunderskrift. Frågan har visserligen inte prövats av domstol, men mot bakgrund av det ovan sagda, anser NOU att regeln om skriftlighet innebär att anbud skall lämnas i skriftlig form direkt eller per post till den upphandlande enheten. Underskriften får beaktas som ett bevis. NOU vill dock understryka vikten av att anbudet undertecknas av behörig firmatecknare. Den upphandlande enheten riskerar annars att hamna i situationen att den anbudsgivare som antagits, av olika skäl, inte vill stå vid anbudet.

Det är viktigt att notera att anbud som saknar underskrift skall förkastas om det i annons eller förfrågningsunderlag krävs ("skall-krav") att anbudet skall vara egenhändigt undertecknade.

## Väsentligt förändrade avtalsvillkor

NOU har vid nämndsammanträde den 14 december 2001 uttalat att SL har brutit mot LOU genom att på ett väsentligt sätt förändra förutsättningarna för möjligheten att uttaga viten från Citypendeln AB i deras avtal avseende pendeltågstrafiken i Storstockholm (dnr 2000/0320-26).

NOU stöder sig på två rättsfall från EG-domstolen, dels domen i Stora Bælt-målet (C-243/89), dels domen i målet Kommissionen mot Frankrike (C-337/98). NOU:s bedömning är 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 reglerna i försörjningssektorerna. NOU ansåg 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 den 18 maj 2000 till den 1 oktober 2000. Enligt huvudavtalet förelåg den möjligheten endast i en force majeure-situation, men i tilläggsavtalen utökades den möjligheten även till andra situationer. Läs mer om NOU:s ärende under rubriken NOU:s ärenden och yttranden.

## Tröskelvärden

### Ändrade tröskelvärden från och med den 1 januari 2002

Regeringen har i enlighet med EG-kommissionens tidigare meddelande beslutat att ändra förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. I LOU anges värdena i euro och i sdr (särskilda dragningsrätter) och ändringen innebär att värdena i euro omräknat till svensk valuta blir något lägre medan de värden som anges i sdr blir något högre. I förordningen anges följande värden.

<i>Tröskelvärdena uttryckta i SEK</i>	
Byggentreprenader	43 534 000
Varor och tjänster	
- <i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	3 482 000
<i>telesektorn</i>	5 224 000
- <i>Statliga myndigheter</i>	1 413 000
- <i>Övriga upphandlande enheter</i>	1 741 000
Förhandsannonsering (varor och tjänster)	6 530 000

Den ändrade förordningen träder i kraft den 1 januari 2002. Den finns tillgänglig på NOU:s webbplats under rubriken upphandlingsregler.

## Förfrågningsunderlaget

### Rättelse, förtydligande och komplettering av anbud

NOU har i ett ärende uttalat sig om skillnaden mellan rättelse av uppenbara fel och komplettering respektive rättelse av anbud. Enligt NOU får helt nya uppgifter tillföras anbudet endast i mycket begränsad omfattning och endast under förutsättning att det "kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning". Läs mer om NOU:s ärende under avsnittet NOU:s ärenden och yttranden.

### Tydliga förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Jönköping har avgjort ett mål där frågan om tydligheten av förfrågningsunderlaget har prövats. Domen har vunnit laga kraft. Kammarrätten har uppgivit att det av förfrågningsunderlaget måste gå att utläsa hur såväl skall-krav som bör-krav kommer att värderas. Domstolen har vidare uppgivit det inte får förekomma utrymme för subjektiva värderingar till följd av avsaknad av rangordning och viktning av utvärderingskriterierna. Se vidare referat av domen under avsnittet Mål i kammarrätt och länsrätt.

NOU har tidigare informerat om domar vari vikten av tydliga förfrågningsunderlag betonas. Se *NOU info december -99* sid. 25f (klara formuleringar av krav och

kriterier), *NOU info juni –00* sid. 17 (bristande rangordning), *NOU info oktober –00* sid. 19 ff. (bristande rangordning och precisering av utvärderingskriterierna).

## Upphandlingsförfaranden

### Villkoren för användning av förhandlad upphandling vid upphandling av varor

På förekommen anledning vill NOU kommentera användningen av förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Omständigheterna i det bedömda ärendet var följande. En upphandlande enhet har vid en upphandling av medicinsk-teknisk utrustning avbrutit en öppen upphandling och övergått till förhandling med endast en av de anbudsgivare som deltog i det öppna förfarandet. Övergången till förhandling har skett utan föregående annonsering. Inget av anbuden i det öppna förfarandet uppfyllde samtliga ställda skall-krav. Samtliga anbud innehöll dessutom avvikelser och reservationer. Anbuden bedömdes därför som olämpliga.

Den upphandlande enheten har åberopat 2 kap. 11 § LOU som stöd för sitt agerande. Bestämmelsen är ett genomförande av artikel 6.3 i rådets direktiv 93/36/EEG (varudirektivet).

#### *2 kap 10 § LOU*

Enligt 2 kap. 10 § första stycket LOU får förhandlad upphandling, ”under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats, användas om anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget”. Detta innebär enligt uttalanden i förarbetena (prop.1992/93:88 sid. 76) att de anbud som kommit in i det öppna eller selektiva förfarandet antingen

- a. inte motsvarar de krav som ställts i annonsen eller
- b. i övrigt inte kan ligga till grund för kontraktsskrivning.

Av andra stycket samma lagrum framgår att ”om den förhandlade upphandlingen enligt första stycket inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i det föregående upphandlingsförfarandet, skall den upphandlande enheten annonsera den förhandlade upphandlingen.”

I förarbetena till 2 kap. 10 § LOU har lagstiftaren med ett exempel angett hur bestämmelsen skall tillämpas: En upphandlande enhet erhåller vid en öppen upphandling ett antal anbud som inte utan vidare kan antas eftersom samtliga anbud innehåller någon avvikelse. Om enheten anser att det är meningsfullt att förhandla med samtliga anbudsgivare kan den genast ingå i sådana förhandlingar. Om enheten emellertid anser att endast något eller några anbud är meningsfulla att förhandla om, måste enheten först genom en annons tillkännage att den avser att övergå till förhandlad upphandling. Om de ursprungliga kontraktsvillkoren väsentligt ändrats får enheten inte övergå till förhandlad upphandling utan måste istället påbörja en ny öppen eller selektiv upphandling.

Regeln i 2 kap.10 § LOU motsvarar artikel 6.2 i varudirektivet. I direktivet anges att varukontrakt får tilldelas genom ett förhandlat förfarande om *godtagbara* anbud inte lämnas vid öppet eller selektivt förfarande, eller om lämnade anbud är *oacceptabla* med hänsyn till nationella bestämmelser motsvarande dem i avd. IV, dvs. regler för deltagande i anbudsgivning, kriterier för kvalitativt urval och kriterier för prövning av anbud. Allt under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligen ändrats. I dessa fall skall de upphandlande myndigheterna publicera ett meddelande, såvida inte de låter sådana förhandlade förfaranden omfatta alla företag som uppfyller kraven i artiklarna 20-24 (kriterier för kvalitativt urval) och som under det föregående förfarandet har lämnat anbud enligt de formella reglerna för anbuds förfarande.

I enlighet med vad som ovan sagts är det NOU:s tolkning att förhandlad upphandling får användas när samtliga inkomna anbud i ett öppet eller selektivt förfarande avviker antingen vad gäller kvalificerings- eller utvärderingskriterier. Om inte samtliga anbudsgivare som lämnat ett korrekt avgivet anbud omfattas av förhandlingsomgången skall dock övergången till förhandlad upphandling annonseras. Endast om samtliga anbudsgivare omfattas och kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats får annonsering underlåtas.

Med ett icke korrekt avgivet anbud avses enligt NOU:s mening att anbudet inte motsvarar de formkrav som ställs upp i annonsen eller förfrågningsunderlaget, exempelvis att anbudet inte har inkommit i rätt tid eller anbud där leverantören inte har tillräcklig teknisk kapacitet eller ekonomisk ställning.

## 2 kap. 11 § LOU

I 2 kap. 11 § LOU regleras förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Sådan upphandling får användas bl.a. om det vid öppen eller selektiv upphandling

a. ”inte lämnats några anbud” eller

b. ”inte lämnats några lämpliga anbud”,

”...under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till Europeiska gemenskapernas kommission”. Uttrycket i paragrafens första punkt att det ”inte lämnats några lämpliga anbud” har införts genom en lagändring 1996 i syfte att uppnå bättre överensstämmelse med artikel 6.3 varudirektivet. Bestämmelsen saknar författningskommentar. Enligt NOU:s mening måste regeln, mot bakgrund av dess tillkomst historia, förstås så att den avser upphandlingar i vilka det inte lämnats några anbud alls eller helt oanvändbara anbud. Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 17 § (byggentreprenader) och 5 kap. 19 § (tjänster) LOU.

NOU anser sammanfattningsvis följande. Reglerna i 2 kap. 10 § och 2 kap. 11 § första punkten är språkligt mycket snarlikt utformade. Rättsläget synes vara något oklart beträffande tillämpningen. NOU anser dock att i ett fall som det i inledningen angivna, där inget av anbuderna motsvarar de krav som ställts i annonsen i den öppna upphandlingen, skall ett förhandlat förfarande enligt 2 kap.10 § LOU ske med föregående annonsering. NOU har tidigare i *Sammanställningen NOU info -96*, sid.10 redogjort för ett ärende där Europeiska kommissionen uttalat att en upphandlande enhet inte har rätt att ändra förfarande enbart av det skälet att den inte lyckats framställa ett tillräckligt preciserat förfrågningsunderlag. Vidare framhöll

kommissionen att det skulle stå i strid med bl.a. likabehandlingsprincipen att utesluta de anbudsgivare vars anbudspriser översteg ett visst belopp och förhandla endast med de återstående, eftersom det skulle vara omöjligt att fastställa huruvida de uteslutna anbudsgivarna skulle ha uppfyllt kriterierna om de fått möjlighet att förhandla.

NOU anser att det på motsvarande sätt skulle vara diskriminerande, om en upphandlande enhet utan föregående annonsering valde att förhandla med endast en av de anbudsgivarna vars anbud inte motsvarade de uppställda skall-kraven. Även i ett sådant fall hade det varit omöjligt att fastställa, huruvida de anbudsgivarna som inte getts samma möjlighet att se över sina anbud skulle ha uppfyllt kraven och tagit bort sina reservationer efter förhandlingen.

Bestämmelsen i 2 kap. 11 § LOU avser däremot situationer där den upphandlande enheten som svar på en annonserad öppen eller selektiv upphandling inte alls mottagit något anbud som kan läggas till grund för förhandlingar som kan leda till kontraktstilldelning. Den upphandlande enheten får vid sådant förhållande aktivt söka efter någon leverantör som kan klara av leveranserna. Förhandlad upphandling utan föregående annonsering är således tillåten endast i de situationer som anges i lagrummen.

## Annonsering över tröskelvärdena

### A- eller B-tjänst

NOU har fått många frågor om olika tjänster tillhör kategori A eller B. På SIMAP:s webbplats finns alla CPV-koder som styr detta och en tabell med de olika tjänstekategorierna tillgängliga. På NOU:s webbplats finns nu en vägledning för hur man går till väga för att få fram vilken kategori en viss tjänst tillhör, [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Upphandling under tröskelvärdena

### Gräns för användning av direktupphandling vid lågt värde

Med anledning av frågor till NOU avseende det förslag om tillämpningen av direktupphandling som lämnas i Upphandlingskommitténs slutbetänkande (SOU 2001:31) och som refererades i *NOU info mars –01* sid. 6 vill NOU framföra följande.

Kommittén föreslår att det direkt i LOU sätts en beloppsgräns för vad som avses med lågt värde. Enligt förslaget skall utrymmet för direktupphandling ganska rejält överstiga NOU:s hittillsvarande rekommendation (ett basbelopp för mer standardbetonade upphandlingar av varor och tjänster och två basbelopp för mer komplicerade upphandlingar t.ex. av så kallade intellektuella tjänster). Kommittén föreslår sålunda att en bestämmelse införs i LOU som slår fast att sju prisbasbelopp (motsvarar 265 300 kr i 2002 års prisbasbelopp) utgör ”lågt värde”.

NOU vill först och främst betona att förslaget ännu inte lett till någon lagändring.

NOU instämmer i Kommitténs resonemang om att det inte är rimligt att enheter lägger ner mer tid på ett formellt upphandlingsförfarande än vad enheten kan förväntas vinna på att utnyttja befintlig konkurrens.

Märk väl att Kommitténs förslag att i LOU fastställa en sådan beloppsgräns för direktupphandling och till ett så högt belopp som har angivits i betänkandet har kombinerats med "skyddsregler". Kommittén föreslår att upphandlande enheter "skall" fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Förslaget innebär en skärpning jämfört med vad som gäller för närvarande, eftersom det idag står att enheter endast "vid behov" skall fastställa sådana riktlinjer. Riktlinjerna kan t.ex. föreskriva att enheten vid direktupphandlingar över ett visst värde skall tillfråga tre tänkbara leverantörer och infordra prisuppgift från dessa samt dokumentera uppgifterna. Förslaget kombineras också med påbudet att en upphandling inte får delas upp i syfte att understiga beloppsgränsen för direktupphandling, vilket också innebär en skärpning jämfört med dagens lagtext. I LOU finns motsvarande bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena (2 kap. 4 §, 3 kap. 2 § andra stycket, 4 kap. 13 §, 5 kap. 8 § LOU).

Att ha en hög gräns för användning av direktupphandling på den grunden att upphandlingens värde är lågt, vare sig det regleras i LOU eller i interna riktlinjer, ställer stora krav på en enhet vad gäller sammanräkning av upprepade behov av samma typ av vara eller tjänst. Redan efter fem olika direktupphandlingar på sju basbelopp av samma typ av vara eller tjänst, hamnar en statlig myndighet mycket nära gränsen för när övriga kapitel i LOU skall tillämpas för varor och A-tjänster med bland annat skyldighet att annonsera i EGT. Ett sådant agerande kan komma att innebära, förutom överträdelse av LOU med risk för överprövningstalan och skadeståndsanspråk, även ett brott mot gemenskapsrätten.

I det fall den upphandlande enheten anar att det kan bli fråga om ett upprepat behov bör enheten upphandla i konkurrens enligt LOU och teckna ett för enheten gällande ramavtal för varan eller tjänsten. För statliga myndigheter finns framförallt avseende varor, gemensamma ramavtal som administreras av Kammarkollegiet (Enheten för statlig inköpsamordning, [www.avropa.nu](http://www.avropa.nu)).

NOU vill också påminna om sin utvärderingsrapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" där följande citat är hämtat (sid. 58). "LOU har bidragit till att fler upphandlingar görs genom anbudsförfaranden i konkurrens. Samtidigt har konkurrensen i de enskilda upphandlingarna ökat. Detta har i sin tur lett till att lägre priser har kunnat erhållas med bibehållen eller förbättrad kvalitet. Det är särskilt kommunerna som har ökat andelen upphandlingar genom anbudsförfarande i konkurrens."

## Upphandling av konst

Kammarrätten i Stockholm har prövat två upphandlingar av offentlig konstnärlig miljögestaltning. Det är främst en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör vid upphandling av konst, fastslår domstolen. Kammarrätten hänvisar till 6 kap. 2 b § 3 p. LOU där det anges: "En upphandlande enhet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse direkt till endast en leverantör om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,..." LOU medger

således, enligt domstolen, att myndigheten upphandlar konst utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandlingen. Domen har överklagats till Regeringsrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns. Se vidare referat av domen under avsnittet Mål i kammarrätt och länsrätt.

## Statistik

Statistiken över de upphandlingar som slutfördes under 2000 är nu klar och en sammanställning av resultaten har skickats till EG-kommissionen. De värden som redovisas i statistiken och som i vissa delar bygger på genomförd efterannonsering är inte helt tillförlitliga. En korrekt genomförd efterannonsering är en av de grundläggande förutsättningarna för att kravet på öppenhet (transparens) skall kunna anses uppfyllt. NOU har tidigare flera gånger påtalat att upphandlande enheter som inte respekterar reglerna om efterannonsering gör sig skyldiga till lagbrott, samt orsakar en kostnadsökning för statistikinsamlingen. Detta anser NOU vara helt oacceptabelt.

Följande uppgifter har sänts till EG-kommissionen. Beloppen är angivna i miljoner kronor (mnkr).

För upphandling inom den klassiska sektorn över tröskelvärdena är det totala beloppet 50 948 mnkr, fördelat på

Varor	20 017 mnkr
Tjänster	24 719 mnkr
Entreprenader	6 212 mnkr

För upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena är det totala beloppet 9 139 mnkr, fördelat på

Varor	2 451 mnkr
Tjänster	5 203 mnkr
Entreprenader	1 485 mnkr

För upphandling under tröskelvärdet är det totala beloppet för upphandling inom statliga myndigheter 16 251 mnkr, fördelat på

Varor	5 386 mnkr
Tjänster	8 833 mnkr
Entreprenader	2 032 mnkr

För upphandlande enheter inom försörjningssektorerna under tröskelvärdena uppgår den totala upphandlingen till 17 830 mnkr.

NOU vill påminna om att denna skyldighet för upphandlande enheter att inrapportera uppgifter för upphandlingar är återkommande. Det är inte acceptabelt att NOU och SCB måste lägga ner så mycket tid som hittills för att få in dessa

uppgifter. Krav på utlämnande av statistik bör därför beaktas när en upphandlande enhet lägger upp sitt redovisningssystem, så att en snabb framtagning av statistiken ur systemet underlättas.

## NOU:s tillsyn

### Rapport efter avslutad upphandling

En upphandlande enhet som avslutat en upphandling enligt bestämmelserna i 2, 3, eller 5 kap. LOU skall, förutom att sända en annons till EGT om hur upphandlingen har avslutats, även upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen enligt 1 kap. 11 § LOU. Rapporten skall bland annat innehålla uppgifter om upphandlingens föremål och värde, anbudsgivare som vunnit respektive inte vunnit framgång och anledningen till det. Rapporten är liksom efterannonseringen av stor betydelse för att kunna säkerställa att upphandlingen skett på ett riktigt sätt och att anbudsgivare, anbudssökande och anbud har behandlats utan ovidkommande hänsyn.

Inom ramen för sin tillsynsverksamhet genomför NOU i skrivande stund en stickprovskontroll vad avser regel efterlevnaden beträffande upprättandet av dessa rapporter. Rapporter kommer att begäras in från ett antal upphandlande enheter.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Statliga företag

NOU har tidigare informerat om nämndens granskningar av företag med statligt ägande. (Rapporterna finns på NOU:s webbplats) NOU har därefter begärt att sådana företag som inte följer LOU, trots att de enligt NOU:s bedömning var upphandlande enheter, skall informera NOU om de åtgärder de vidtagit för att tillämpa LOU vid sina upphandlingar. NOU har i *NOU info december –00* publicerat en förteckning över de företag som bör följa LOU. Flera leverantörer och journalister ställer fortfarande frågor härom. Eftersom vissa förändringar har inträffat publicerar NOU en ny uppdaterad lista av företag med statligt ägande som enligt NOU:s bedömning bör följa LOU.

*Flera av Postbolagen* är enligt NOU:s bedömning upphandlande enheter. Posten AB och dotterbolagen tillämpar dock inte LOU. Den senare tidens lagförslag avseende grundläggande kassaservice förstärker de skäl som NOU haft för sin bedömning.

*Sveriges Television AB* och ansvarigt departement har på nytt tillskrivits att *Sveriges Television AB* är upphandlande enhet och därför i tillämpliga delar skall följa LOU (se *NOU info okt. –01*).

*Akademiska Hus AB* med dotterbolag i flera universitetsstäder är enligt NOU:s bedömning upphandlande enheter. Bolagen har genom ett nytt beslut av NOU:s nämnd återigen uppmanats att följa LOU.

*Svenska Spel AB* har efter egen utredning fattat beslut om att inga bolag inom koncernen är upphandlande enheter. Därmed har även *Casino Cosmopol AB* tagit



tillbaka sitt tidigare lämnade besked att bolaget är en upphandlande enhet. NOU har meddelat ansvarigt departement att Svenska Spel bryter mot LOU när bolaget inte tillämpar LOU.

NOU har ännu inte fullföljt diskussioner med *SOS Alarm AB* och *Sveriges provnings- och forskningsinstitut AB*.

NOU har vilandeförklarat uppföljningsärendet huruvida *Systembolaget AB* följer LOU.

NOU har avslutat uppföljningsärenden angående följande bolag.

*Samhall AB* har genomgått en förändring och NOU anser inte längre att bolag inom Samhall-koncernen behöver följa LOU (se *NOU info okt. -01*).

*Svenska Lagerhus AB* har omorganiserat sin verksamhet och koncentrerat den allmännyttiga verksamheten till ett dotterbolag som skall följa LOU.

*Teracom AB* har uppgivit att bolaget skall följa LOU såsom upphandlande enhet enligt 4 kap. LOU. Det finns inte tillräckligt stöd för att anse att dotterbolagen *Teracom Components AB*, *Factum Elektronik AB* och *Boxer TV-Access AB* är upphandlande enheter.

*Specialfastigheter Sverige AB* har fattat beslut om att tillämpa LOU.

*Fastighetsbolaget Kasernen AB* har varit tveksamma om bolaget är en upphandlande enhet. NOU har lämnat svaret att bolaget även i fortsättningen måste följa LOU.

*Venantius AB* anser sig inte vara upphandlande enhet. NOU har vid nämndsammanträde i december 2000 vidhållit sin ståndpunkt att bolaget omfattas av LOU.

*AB Göta Kanalbolaget* anser sig numera vara upphandlande enhet.

*AB Tumba bruk* skall enligt uppgift säljas. NOU har därför inte vidtagit några ytterligare uppföljningsåtgärder.

*Norrlands Center AB* anser sig vara upphandlande enhet.

*Sveriges Rese- och Turistråd AB* är överens med NOU att bolaget får anses utgöra en upphandlande enhet under de budgetår som bolaget till största delen finansieras av stat eller annan upphandlande enhet.

## Väsentligt förändrade avtalsvillkor

*NOU har vid nämndsammanträde den 14 december 2001 uttalat att SL har brutit mot LOU genom att på ett väsentligt sätt förändra förutsättningarna för möjligheten att utta viten från Citypendeln AB i deras avtal avseende pendeltågstrafiken i Storstockholm (NOU:s dnr 2000/0320-26).*

NOU har granskat *AB Storstockholms Lokaltrafik (SL)* tilläggsavtal med *Citypendeln Sverige AB (Citypendeln AB)* avseende pendeltågstrafiken i Storstockholm. På grund av resursbrist fick NOU begränsa sin granskning till frågan om de mellan *SL* och *Citypendeln AB* i maj 2000 ingångna tilläggsavtalen inneburit

en så väsentlig förändring av det ursprungligen ingångna avtalet vad gäller utkrävande av viten för perioden 18 maj till 1 oktober 2000, att SL brutit mot LOU.

Huvudavtalet undertecknades i december 1998. Trafikstart skulle ske den 6 januari 2000. Enligt huvudavtalet skulle SL ca 9 månader före början av varje kalenderår beställa den mängd trafik som Citypendeln AB skulle tillhandahålla det påföljande kalenderåret. SL ägde rätt att under avtalstiden utöka eller minska omfattningen av trafiken inom en avtalad frivoly. För det fall Citypendeln AB inte uppfyllde kraven avseende trafikproduktion skulle Citypendeln AB enligt bilaga till huvudavtalet betala vite enligt vissa i förhand bestämda procentsatser. Nedsättning i trafikproduktionen på grund av force majeure skulle 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. Citypendeln AB hävdade att det förelåg en force majeure-situation. SL valde då att inleda förhandlingar med entreprenören, vilka resulterade i att parterna den 18 maj 2000 tecknade två tilläggsavtal till huvudavtalet.

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 bolaget 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 bolaget inte vidtagit åtgärder för att rätta till de av SL påpekade bristerna.

SL hävdade att det enligt huvudavtalet inte förelåg någon skyldighet för SL att utkräva viten. SL hävdade även 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*

Enligt villkoren i huvudavtalet skulle vite inte utgå i de fall det förelåg en force majeure-situation. NOU ansåg att det enligt ordalydelsen i huvudavtalet inte fanns möjlighet för Citypendeln AB att undgå att i övriga fall betala viten om bolaget inte skulle leverera den beställda volymen trafik. NOU hade inte möjlighet att med den tillgängliga informationen avgöra huruvida den uppkomna situationen faktiskt hade utgjort en force majeure-situation eller ej.

För det fall att den uppkomna situationen var en force majeure-situation, ansåg NOU att det enligt huvudavtalets regler innebar en befrielse för Citypendeln AB från skyldighet att utge viten. En reglering av vitesfrågan i ett tilläggsavtal var i så fall

obehövlig, då situationen kunde ha lösts genom tolkning av det befintliga huvudavtalet.

NOU ansåg att SL genom utformningen av tilläggsavtalen i princip avsåg 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. Med stöd av två rättsfall från EG-domstolen, dels EG-domstolens dom i Stora Bält-målet (C-243/89), dels EG-domstolens dom i målet Kommissionen mot Frankrike (C-337/98), blev NOU:s bedömning 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. NOU ansåg 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.

## Rättelse, komplettering och förtydligande av anbud

*NOU har med anledning av en skriftlig fråga utrett skillnaden mellan att medge rättelse av uppenbara fel i anbud och begära komplettering eller förtydligande av oklarheter i anbud (NOU:s dnr 2001/0187-21).*

Enligt 1 kap. 21 § första stycket LOU får en upphandlande enhet "... medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet ...". Enheten får enligt bestämmelsens andra stycke begära att ett anbud eller en ansökning "... förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning."

Motsvarande bestämmelser finns i 6 kap. 8 § LOU för upphandling under tröskelvärdena samt upphandling av B-tjänster, försvarsprodukter m.m.

### *Medge rättelse av uppenbara fel i anbud*

Bestämmelsen i 1 kap. 21 § första stycket LOU saknar motsvarighet i upphandlingsdirektiven. Första stycket har sin grund i äldre svenska bestämmelser om offentlig upphandling. Enligt bestämmelsen får den upphandlande enheten "medge" att en anbudsgivare vidtar rättelse. Det innebär en tydlig skillnad mot skrivningen i bestämmelsens andra stycke ("får begära"). Skrivsättet "få medge" tyder på att anbudsgivaren kan begära rättelse av uppenbara fel.

Enligt 32 § avtalslagen behöver bundenhet vid anbud inte föreligga om mottagaren "insåg eller bort inse" felskrivningen. Detta tyder på att det ligger i den upphandlande enhetens intresse att analysera sådana fel som anbudsgivaren framställer som uppenbara. Den upphandlande enheten måste dock i varje enskilt fall göra bedömningen om denna anbudsgivare får en fördel jämfört med sina konkurrenter vilken "... skadar principen om likabehandling av anbudsgivare och försämrar insynen i förfarandet."<sup>1</sup> Dessa grundläggande principer skall beaktas vid all offentlig upphandling.

---

<sup>1</sup> EG-domstolens mål C-87/94 EG-kommissionen mot Belgien.

Viss ledning kan finnas i Riksrevisionsverkets (RRV) kommentarer till upphandlingsförordningen (1986:366). Det gäller givetvis under förutsättning att kommentarerna är förenliga med gemenskapsrätten. Enligt RRV:s kommentarer skall möjligheten att i vissa fall medge rättelse av anbud, tillämpas restriktivt. Myndigheten får alltså inte pröva gränsfall.<sup>2</sup>

### *Begära förtydligande eller komplettering av anbud*

Bestämmelsen 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 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.”<sup>3</sup> Uttalandet har ansetts gälla för samtliga direktiv inom den klassiska sektorn.

I mål C-87/94 EG-kommissionen mot Belgien, har generaladvokaten Lenz närmare utrett uttrycket ”klargöra eller komplettera”. I detta mål behandlas bl.a. frågan om huruvida vissa omtvistade kompletterande uppgifter preciserar eller ändrar ett anbud. Generaladvokaten anför att ”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 mera 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 med nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.”

Skillnaden mellan 1 kap. 21 § första och andra stycket är enligt NOU 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, dvs. att det inte sker något utbyte av uppgifter.

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. Även upphandling i 6 kap. omfattas av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

---

<sup>2</sup> Bestämmelser för statlig upphandling, Riksrevisionsverket, Liber förlag, 1983 sid. 9.

<sup>3</sup> OJ L111 30.4.94, p. 114.

## Elnätsutredningens slutbetänkande

*NOU beslutade vid nämndsammanträde den 14 december 2001 om yttrande över Elnätsutredningens slutbetänkande "Elnätsföretag – särskild förvaltning och regionnätstariffer", SOU 2001:73 (NOU:s ärende dnr 2001/0190-22).*

NOU:s yttrande berör endast de delar av betänkandet som gäller offentlig upphandling. Utredningen lämnade i slutbetänkandet bl.a. förslag på en ny lag om särskild förvaltning av vissa elektriska anläggningar. Särskild förvaltning skall kunna användas, då innehavare av elnätsanläggningar i väsentlig mån inte fullgör sina skyldigheter. Två typer av särskild förvaltning, förvaltningsföreläggande och tvångsförvaltning, föreslås kunna användas mot anläggningsinnehavare för att elförsörjningen skall kunna säkras.

Avseende förvaltningsföreläggande skall anläggningsinnehavaren skriva avtal med en förvaltare, vilket sedan skall godkännas av länsrätten. Vad avser tvångsförvaltning skall en förvaltare utses av länsrätten på begäran av tillsynsmyndigheten. I bägge fallen skall förvaltarens arvode bekostas av anläggningsinnehavaren. Utredningen menar att LOU inte är tillämplig i något av de två fallen vad gäller utseende av förvaltare, eftersom det dels rör myndighetsutövning, dels omfattas av punkt 24 i ingressen till rådets direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet). I punkt 24 anges att försörjningsdirektivet endast är tillämpligt på avtal om tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom, inte på tillhandahållande av tjänster på grund av lagar eller andra författningar.

NOU anser att utredningen inte på ett tillfredsställande sätt analyserat konsekvenserna av bestämmelserna i LOU på den föreslagna lagregleringen och att utredningen dessutom på de två ovan beskrivna punkterna har missbedömt reglerna i EG-direktiven om offentlig upphandling och reglerna i LOU. Vad avser undantag vid myndighetsutövning anser NOU att EG-domstolens dom av den 12 juni 2001 i mål C-399/98 (Scala) klargör att myndighetsutövning inte utesluter tillämpningen av EG-direktiven om offentlig upphandling och därmed inte heller tillämpningen av LOU. EG-domstolen anser att den omständigheten att avtalet "... är ett offentligrättsligt avtal och att det har inslag av myndighetsutövning..." inte hindrar att det finns "...ett sådant avtalsförhållande som föreskrivs i artikel 1 a i direktivet, utan tvärtom talar denna omständighet för detta (NOU:s kursivering). Ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en entreprenör utgör nämligen i flera medlemsstater ett administrativt avtal, vilket som sådant omfattas av offentlig rätt."

Undantaget som stadgas i punkt 24 i ingressen till försörjningsdirektivet, avser situationen när en viss typ av organisation eller annan, genom lag eller annan förordning, fått en ensamrätt att förmedla en viss tjänst. NOU kan inte se att utredningen föreslår någon sådan ensamrätt att kunna utses till förvaltare.

Vad avser anläggningsinnehavarens köp av tjänsten "särskild förvaltare", anser NOU att detta köp omfattas av reglerna i LOU och att utredningens skäl för undantag avseende förvaltningsföreläggande saknar fog. Däremot anser NOU att situationen vad avser tvångsförvaltning är en annan. Vad NOU förstår skall något skriftligt kontrakt mellan anläggningsinnehavaren och förvaltaren inte tecknas. Förvaltaren utses av länsrätten, men skall betalas av anläggningsinnehavaren och varken länsrätten eller tillsynsmyndigheten garanterar förvaltarens arvode. NOU

anser att utseendet av förvaltaren på dessa grunder får anses utgöra en ”tredjemansupphandling” som inte omfattas av reglerna i LOU.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Onormalt låga anbud*

EG-domstolen har i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 – Impresa Lombardini SpA m.fl. mot Ente Nazionale per le Strade (ANAS) respektive Impresa Ing. Mantovani SpA m fl. mot ANAS – uttalat sig om tolkningen av artikel 30.4 i byggdirektivet (93/37/EG) om vad som gäller vid uteslutning av anbudsgivare som lämnat onormalt låga anbud.

De båda målen avser selektiva upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten på två olika sträckor av en italiensk motorväg. I enlighet med italiensk lag innehöll förfrågningsunderlagen en skyldighet för anbudsgivarna att till sitt anbud bifoga förklaringar till det avgivna anbudspriset motsvarande åtminstone 75 procent av det annonserade grundbeloppet för upphandlingen. Förklaringarna skulle inges i ett separat kuvert och vara utformade i överensstämmelse med vissa nationella föreskrifter som bifogats inbjudan. I ett annat kuvert skulle anbudsgivaren tillhandahålla nödvändiga handlingar för kontroll av de uppgifter som lämnats i förklaringarna. Kuvertet med kontrolluppgifterna skulle öppnas och dess innehåll undersökas endast om anbudet översteg ett – i efterhand – beräknat värde för onormalt låga anbud. I förfrågningsunderlaget upplystes om att underlåtenhet att uppfylla någon av ovannämnda föreskrifter skulle innebära att anbudet förkastades.

Både Lombardinis och Mantovanis anbud förkastades av den upphandlande enheten p.g.a. att anbuderna ansågs vara onormalt låga och p.g.a. att de förklaringar som givits i anbuderna ansågs otillräckliga. Anbudsgivarna överklagade beslutet till italiensk domstol eftersom de ansåg att den upphandlande enheten inte agerat i enlighet med artikel 30.4 i byggdirektivet.

EG-domstolen anser att artikel 30.4 i byggdirektivet inte tillåter medlemsstaterna att ha bestämmelser eller praxis som bemyndigar upphandlande enheter att avvisa anbud som onormalt låga genom att endast ta hänsyn till en viss typ av förklaringar som enligt förfrågningsunderlaget skall bifogas anbudet i ett separat kuvert. EG-domstolen anser att anbudsgivare skall ges möjlighet att förklara sin prissättning också efter det att det separata kuvertet öppnats, om anbudsgivaren riskerar att uteslutas p.g.a. att anbudet är onormalt lågt.

Vidare är det inte förenligt med artikel 30.4, att en upphandlande enhet, vid kontroll av anbud som är onormalt låga, endast tar hänsyn till sådana förklaringar som angivits i nationell rätt eller praxis. Enligt italiensk lag skulle den upphandlande enheten enbart beakta omständigheter som ekonomi i byggnadssätt, valda tekniska lösningar eller särskilt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande. Detta medförde att ANAS uteslutit en leverantör som angivit som förklaring till prissättningen av vissa delar av sitt arbete, att minimivärden reglerats i officiella förteckningar.

Förutsatt att kraven i artikel 30.4 och direktivet i övrigt efterlevs, så är det enligt EG-domstolen i princip inget som hindrar att medlemsstaterna har administrativa bestämmelser eller praxis avseende onormalt låga anbud. Detta innebär enligt EG-domstolen att en upphandlande enhet får ställa krav på att anbudsgivarna skall bifoga en förklaring till sina anbudspriser, motsvarande åtminstone 75 % av det i upphandlingsannonsen angivna priset, i det att de annars utesluts från upphandlingen. Vidare får den upphandlande enheten använda en beräkningsmetod, för uteslutning av anbudsgivare som lämnar onormalt låga anbud, som baseras på det genomsnittliga värdet av de i upphandlingen inkomna anbuden. Detta trots att anbudsgivarna inte kan känna till det genomsnittliga värdet när de lämnar sina anbud.

*NOU:s kommentar:* Motsvarande bestämmelser om onormalt låga anbud återfinns också i varu- och tjänstedirektiven. Direktivens bestämmelser om onormalt låga anbud är införlivade i 1 kap. 23 § och 6 kap. 12 § tredje stycket LOU.

## Mål i Regeringsrätten

- Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd i målet (nr 6281-2001) från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3495-2001) som NOU informerade om i *NOU info okt. -01 sid. 16*. Kammarrättens avgörande står därför fast. Frågan gällde om ett avtal kan slutas och upphandlingen därmed avslutas, efter det att en domstol förordnat att upphandlingen skall göras om. Kammarrätten har angivit att ett fullständigt avtal inte fanns då länsrätten beslutade om inhibition och att länsrätten hade rätt att pröva upphandlingsförfarandet. Kammarrätten har uppgivit att det emellertid får "anses framgå att avtalets innehåll numera är klarlagt och att upphandlingen är avslutad". Kammarrätten har avskrivit målet.

*NOU:s kommentar:* NOU vill med anledning härav på nytt påpeka, att Regeringsrätten meddelar prövningstillstånd endast om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag. Målet ansågs således sakna prejudikatintresse (för ledning av rättstillämpningen). NOU kan av rättsfallet (RÅ 1998, not 44) utläsa att Regeringsrätten redan har klargjort att ett giltigt avtal inte kan komma till stånd efter det att länsrätten beslutat om inhibition.

NOU avråder upphandlande enheter från att de slutför förhandlingar och sluter ett avtal efter det att de fått ett inhibitionsförordnande eller en dom emot sig.

- Regeringsrätten har i beslut (mål nr 6291-2001) inte meddelat prövningstillstånd i ett mål från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 5148-2001). Kammarrättens avgörande står därför fast. Frågan i målet var om en leverantör som inte begärt ut handlingar eller ingivit en intresseanmälan i en upphandling kan ha ett berättigat intresse av att få upphandlingen överklagad. Kammarrätten har konstaterat att länsrätten gjort en prövning i sak av den klagande leverantörens ansökan om överprövning. Kammarrätten gör en skadeståndsbedömning och anför i huvudsak följande. Utvärderingskriterierna för upphandlingen och formerna för anbudet framgår inte av annonsen. De felaktigheter som klaganden har gjort gällande i dessa avseenden kan därför inte varit avgörande för bolagets

val att inte skicka in en intresseanmälan. Det är visserligen riktigt att den upphandlande enheten genom det använda förfarandet kunde välja att inte inleda förhandlingar med det klagande bolaget. Genom att inte skicka in en intresseanmälan har emellertid bolaget självt i detta fall försatt sig i den situationen att en förhandling inte kunde bli aktuell. Eftersom en intresseanmälan inte har skickats in, kan det vidare inte anses framgå att bolaget verkligen var intresserat av att lämna anbud i upphandlingen. Kammarrätten har avslagit överklagandet och anslutit sig till länsrättens bedömning att bolaget inte anses ha visat att det lidit skada eller kan komma att lida skada på ett sådant sätt som avses i 7 kap. 2 § LOU.

*NOU:s kommentar:* Även i det ovan angivna fallet är det osäkert om Regeringsrätten anser att beslutet att inte meddela prövnings tillstånd innebär att den överklagade domen är riktig eller inte. NOU noterar att kammarrätten har godtagit att den upphandlande enheten ”kunde välja att inte inleda förhandlingar” med det klagande bolaget. Risken för skada hade således förelegat men den klagande har inte kunnat påvisa den. Domen är en i raden av sådana som lägger bevisbördan för skadan på den klagande leverantören. Om det förhåller sig så att åberops- och bevisbördan för överträdelser mot LOU placeras på den som söker överprövning, bör den sökande vara medveten om han av bevisskäl skall lämna in en ansökan eller ett anbud och att han i tid skall anlita sakkunnig juridisk hjälp. Allt detta för att han skall kunna styrka sin skada och anföra rätt grunder för överprövningen.

NOU anser inte att en upphandlande enhet utan vidare kan avvisa invändningar mot t.ex. innehållet i förfrågningsunderlaget som görs av en leverantör som ännu inte lämnat in en ansökan eller ett anbud bara med hänvisning till att denne inte kan anses lida skada. Det finns nämligen flera rättsfall som talar för att en domstol kan förordna om att upphandlingen skall rättas till eller göras om, även om överprövning söks av en leverantör som inte lämnat in något anbud, t.ex. vid otillåtna direktupphandlingar, alltför korta anbudstider, och villkor som gynnar vissa leverantörer. NOU:s förhoppning är att Regeringsrätten i framtiden klargör innebörden av uttrycket ”lidit eller kan komma att lida skada”.

NOU återger vad som angående överprövning anges i förarbetena till LOU (prop. 1992/93 sid. 101). ”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 en feltillämpning på så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstolen att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer.” På sid. 103 i samma proposition anges att det med ”leverantör” avses det samma som i 1 kap. 5 §, dvs. ”den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster, även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats”. ”Begreppet avser även leverantör som inte deltagit i upphandlingen.”

I bakomliggande rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG anges, att medlemsstaterna skall se till, att införda bestämmelser om prövning innefattar behörighet att

- så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive



åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut, samt att

- antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Kammarrätten i Stockholm (mål nr 5979-2001) har prövat två upphandlingar av offentlig konstnärlig miljögestaltning genomförda av Statens konstråd. Kammarrätten uppgav att det vid upphandling av konst främst är en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör och domstolen fann att Statens konstråd inte brutit mot LOU. Länsrätten i Stockholms län som tidigare prövat upphandlingen (mål nr 14713-01E) kom till samma slutsats. Kammarrättens dom har överklagats till Regeringsrätten. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

Kammarrätten hänvisade i domen till 6 kap. 2 b § 3 punkten LOU där följande anges: ”En upphandlande enhet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse direkt till endast en leverantör om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,…”

Kammarrätten uppgav vidare att ”Vid upphandling av konst är det främst en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör. Det föreligger svårigheter att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat. Huruvida det finns ett likvärdigt konstverk kan inte bestämmas annat än utifrån myndighetens subjektiva uppfattning. Kammarrätten finner med hänsyn härtill att tillvägagångssättet att den upphandlande myndigheten först bestämmer vilken eller vilka konstnärer som kan komma ifråga som leverantör måste accepteras. När så har skett kan konstverket endast levereras av någon av dessa och undantagsregeln i 6 kap. 2 b § 3 punkten LOU medger således att myndigheten upphandlar konst utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandlingen.”

- Kammarrätten i Jönköping (mål nr 2976-2001) har avgjort ett mål, där frågan om tydligheten av förfrågningsunderlaget ånyo har prövats. Kammarrätten instämmer i Länsrättens i Örebro län (mål nr 2064-01) bedömning, att Vägverkets upphandling av tillverkning och leverans av registreringsskyltar skall göras om. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

Kammarrätten har bland annat uppgivit att ”För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste således varje anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur såväl skall-krav som bör-krav kommer att värderas av den upphandlande enheten. Det har inte framkommit att det varit omöjligt för Vägverket att rangordna och vikta de olika kraven. Vid avsaknad av rangordning och viktning finns utrymme för subjektiva värderingar, vilket inte får förekomma. Ett förfrågningsunderlag som inte är klart och tydligt åsidosätter principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens) och principen om

affärsmässighet och innebär ett brott mot 1 kap. 4 § LOU. Enligt kammarrättens mening har det i målet aktuella förfrågningsunderlaget inte uppfyllt kraven på transparens och affärsmässighet.”

För att domstolen skall kunna besluta om att upphandlingen skall göras om eller rättas till måste leverantören visa att den upphandlande enhetens överträdelse av LOU medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada (skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU). Beträffande skaderekvisitet har kammarrätten uppgivit att ”Det förhållandet att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget inte rangordnats och viktats försvårar en rättvis jämförelse av anbuden. Den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas motverkas och kan komma att medföra skada för /leverantören/ vid prövning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.”

*NOU:s kommentar:* NOU vill här påminna om att det, i det pågående arbetet med att ändra nuvarande upphandlingsdirektiv ingår en omformulering av artikeln om tilldelning av kontrakt. I *NOU info juni -01* sid. 5 ff. informerades om kommande direktivändringar.

## Sociala hänsyn

### EG-kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling

EG-kommissionen har utgivit ett tolkningsmeddelande (KOM(2001) 566 slutlig) som syftar till att klargöra i vilken omfattning *gällande* gemenskapslagstiftning tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. Tolkningsmeddelandet finns på svenska och kan nås från NOU:s webbplats.

Begreppet ”sociala hänsyn” ges i meddelandet en mycket vid innebörd. Det innefattar såväl åtgärder för att trygga de grundläggande rättigheterna, såsom principerna om likabehandling och icke-diskriminering (t.ex. jämställdhet mellan könen), som nationell lagstiftning samt tillämpliga gemenskapsrättsliga direktiv på det sociala området. Begreppet ”sociala hänsyn” omfattar vidare preferensklausuler som t.ex. integrering av missgynnade personer eller personer som slagits ut från arbetsmarknaden samt positiv särbehandling, särskilt i samband med bekämpning av arbetslöshet och social utslagning.

#### *Fastställande av föremålet för upphandlingen*

Den första möjligheten att beakta sociala hänsyn kan naturligtvis ske vid valet av själva föremålet för upphandlingen, dvs. vad den upphandlande enheten avser att köpa. En upphandlande enhet kan välja att upphandla varor eller tjänster som avser att tillgodose en viss samhällsgrupps behov. Kommissionen ger som exempel köp av datorer/IT-tjänster som är särskilt anpassade för personer med funktionshinder. Upphandlingsföremålet får dock inte beskrivas så att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och att anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas.

### *Tekniska specifikationer*

Enligt upphandlingsdirektiven kan den upphandlande enheten med hjälp av tekniska specifikationer närmare beskriva den vara eller tjänst som skall upphandlas. Dessa specifikationer skall innehålla objektiva och mätbara uppgifter som har en direkt koppling till kontraktets föremål. Förutom de specifikationer som följer av lagstiftning på det sociala området kan det även finnas tekniska specifikationer med en social dimension, vilka är ägnade att objektivt beskriva en vara eller en tjänst. Som exempel nämns inköp av IT-utrustning/tjänster för synskadade. Sådana krav beskriver produktens tekniska egenskaper och är därmed kopplade till kontraktets föremål.

Inom vissa gränser får den upphandlande enheten ställa krav på tillverkningsprocessen. Det är tillåtet under förutsättning att det bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till konkurrerande produkter och på ett sådant sätt att det av den upphandlande enheten avsedda ändamålet uppfylls. Såsom anges i miljötolkningsmeddelandet utgör dock sådana krav som inte rör själva varan eller tjänsten inte tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Som exempel kan nämnas att krav på hur företaget drivs således inte får ställas. Krav som gäller anställning av personal från grupper (etniska minoriteter, personer med funktionshinder, kvinnor) anses heller inte som tekniska specifikationer.

### *Uteslutningsgrunder*

Direktiven innehåller en uttömmande förteckning över uteslutningsgrunder med avseende på anbudssökandes eller anbudsgivares personliga omständigheter. Dessa grunder skall tolkas restriktivt. Vidare är användningen av dessa bestämmelser inte obligatorisk. Enligt upphandlingsdirektiven får dock en anbudsgivare uteslutas bl.a. om han har fällts för brott mot yrkesetik (i LOU: brott avseende yrkesutövningen) enligt lagakraftvunnen dom. Vidare får uteslutning ske om anbudsgivaren har gjort sig skyldig till *allvarligt fel i yrkesutövningen*, om detta kan styrkas av den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet kan således utesluta en anbudsgivare från deltagande i offentlig upphandling om sådana bestämmelser om yrkesetik finns i den medlemsstaten där den upphandlande enheten finns. Dessa bestämmelser om uteslutning kan t.ex. gälla underlåtenhet att följa lagstiftning om likabehandling, hälsa och säkerhet eller lagstiftning som gäller vissa samhällsgrupper. En upphandlande enhet kan således utesluta en nationell anbudsgivare som inte upprättat en jämställdhetsplan förutsatt att detta betraktas som ett allvarligt fel i den nationella lagstiftningen.

Vare sig i gemenskapsrätten eller rättspraxis återfinns någon definition av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen. Därför kan varje till medlemsstat definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området.

### *Sociala hänsyn vid prövning av de anbudssökandes eller anbudsgivarnas ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet och förmåga*

Direktiven föreskriver att anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet att delta i en upphandling eller lämna anbud skall bedömas utifrån kriterier avseende deras ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet. Andra former för leverantörskvalificering är inte förenliga med nu gällande upphandlingsdirektiv. I direktiven anges, att de upplysningar som erfordras för att styrka leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt hans tekniska kapacitet, måste begränsas till sådana som har koppling till föremålet för upphandlingen.

När det gäller leverantörers *ekonomiska och finansiella kapacitet* anges i direktiven olika bevis som anbudssökanden eller anbudsgivaren kan tillhandahålla för att styrka sin kapacitet att fullgöra ett visst kontrakt. Denna förteckning är inte uttömmande, men de bevis som för närvarande får begäras in tillåter inte att sociala hänsyn tas, (jfr. förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling).

Direktiven innehåller en uttömmande förteckning över de upplysningar och bevis på *teknisk kapacitet* som får begäras från anbudssökanden eller anbudsgivare för att styrka teknisk förmåga och kapacitet. Varje enskilt krav som ställs avseende en anbudsgivares eller anbudssökandes tekniska kapacitet är begränsat till de bevis som framgår av direktiven. Om kontraktet kräver särskild kompetens på det "sociala" området, kan krav på särskild erfarenhet användas som kriterium vid bedömningen av anbudsgivarnas tekniska kapacitet och kunnande. På detta stadium i urvalsfasen får en upphandlande myndighet begära in uppgifter om anbudsgivarens erfarenhet och yrkesmässiga färdigheter. Det kan till exempel röra sig om att kontrollera företagets personalsammansättning och ledning samt tekniska utrustning och kvalitetssäkringssystem för att försäkra sig om att företaget – mot bakgrund av personalens kvalifikationer och de resurser som står till förfogande – är i stånd att fullgöra kontraktet.

Hänsyn får endast tas till företagets "sociala förmåga" om den styrker företagets tekniska kapacitet att fullgöra det aktuella kontraktet.

### *Tilldelning av kontrakt*

Kontraktet skall enligt tolkningsdokumentet antingen tilldelas den leverantör som lämnat det anbud som har det lägsta priset eller det *anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga*. Om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall den upphandlande enheten ange i annonsen eller i förfrågningsunderlaget vilka utvärderingskriterier som den avser att tillämpa, om möjligt rangordnade med det viktigaste först. Vid utformningen av dessa kriterier skall icke-diskrimineringsprincipen iakttas. Vidare skall de kriterier som tillämpas vara till ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. Kriterierna måste vara direkt kopplade till föremålet för upphandlingen eller det sätt på vilket kontraktet skall utföras. Kommissionen hävdar också att varje enskilt utvärderingskriterium måste medföra en *direkt* ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.

Kommissionen anser inte att det räcker med att varje enskilt kriterium är mätbart i ekonomiska termer. Denna fråga är för närvarande föremål för EG-domstolens prövning i mål C-513/99. Dom väntas under första halvåret 2002.

”Sociala kriterier” som gör det möjligt att bedöma t.ex. kvaliteten hos en tjänst kan vara berättigade om de bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i direktivets mening. Däremot står det i strid med gällande upphandlingsdirektiv att förbehålla kontrakt åt en bestämd leverantörskategori eller att tillämpa prispreferenser. Detsamma gäller kriterier med avseende på antalet anställda från en viss samhällskategori eller krav på upprättande av jämställdhetsplan. Med andra ord är det inte tillåtet att använda utvärderingskriterier som inte har något att göra med kontraktsföremålet i den enskilda upphandlingen eller det sätt på vilket kontraktet skall utföras.

Begreppet ”tillkommande kriterier” har enligt kommissionens mening utvecklats av EG-domstolen i Beentjesmålet (C-37/87) och Franska skolmålet (C-225/98). De upphandlande enheterna som var involverade i båda målen hade tillämpat kriterier avseende anställning av långtidsarbetslösa. I Beentjesmålet konstaterade domstolen att ett sådant kriterium varken har samband med bedömningen av anbudssökandens ekonomiska/ finansiella lämplighet, tekniska kapacitet och förmåga eller med de tilldelningskriterier som anges i direktivet. Domstolen ansåg dock att ett sådant kriterium skulle kunna tillämpas, om det är förenligt med upphandlingsdirektiven och de relevanta principerna i gemenskapsrätten.

I det senare rättsfallet (C-225/98) ansåg EG-domstolen att de upphandlande enheterna kunde tillämpa ett villkor kopplat till kampen mot arbetslösheten. Detta under förutsättning att villkoret överensstämmer med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten och *endast* i de fall då de upphandlande enheterna var tvungna att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud.

*NOU:s kommentar:* Enligt förslaget till nytt konsoliderat upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn föreslår kommissionen att bestämmelserna om utvärdering av anbud förtydligas så, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet *för den upphandlande enheten* skall väljas. Vidare föreslås att utvärderingskriterierna skall vara *direkt kopplade* till föremålet för upphandlingen. De föreslagna tilläggen är enligt kommissionen ett förtydligande av gällande rätt. Sveriges ståndpunkt är att orden *för den upphandlande enheten* och *direkt kopplade till föremålet för upphandlingen*, inte skall tas med i texten (Ministerrådspromemoria EUFi2001/825).

Beträffande begreppet ”tillkommande kriterier” vill NOU påpeka att det torde vara relativt ovanligt att situationen uppstår att en enhet skall välja mellan två helt likvärdiga anbud, jfr. NOU:s kommentar i *NOU info okt. -01* sid. 18.

### *Onormalt låga anbud*

Omständigheter som visar på bristande efterlevnad av arbetsmarknads- eller arbetsmiljöbestämmelser kan enligt direktivets nuvarande utformning beaktas i samband med att man förkastar ett anbud som är onormalt lågt i förhållande till det som upphandlas. De praktiska bestämmelserna om hur en sådan bedömning skall ske styrs av den nationella lagstiftningen förutsatt, att anbudsgivaren lämnas möjlighet att lämna förklaring till det som förefaller som ett onormalt lågt anbud.

### *Utförande av kontraktet*

Sociala mål kan enligt tolkningsmeddelandet främjas genom att den upphandlande enheten använder sig av *kontrakts- eller utförarvillkor*, under förutsättning att detta sker i enlighet med gemenskapsrätten. Framförallt får villkoren inte ha någon direkt

eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Kontraktsvillkoren skall tillämpas i överensstämmelse med samtliga förfarandebestämmelser i upphandlingsdirektiven. De får dock inte ha något inflytande på varken bedömningen av anbudsgivarens kapacitet att genomföra arbetet eller på anbudsutvärderingen. Villkoren skall framgå av annonsen.

Utförarvillkoret är en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera och som är kopplat till hur kontraktet skall utföras. Ett anbud från en anbudsgivare som inte accepterar ett utförarvillkor överensstämmer inte med kravspecifikationen och anbudet kan därför inte godtas. Utförarvillkoren behöver däremot inte vara uppfyllda vid kontraktstilldelningen för att vederbörande skall kunna lämna in anbud. Kommissionen ger i meddelandet exempel på utförarvillkor som innefattar sociala hänsyn (sid. 19). Kommissionen påpekar att det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av ett varuupphandlingskontrakt än i samband med tjänste- respektive byggupphandlingskontrakt.

### *Offentlig upphandling som inte omfattas av direktiven*

Vid upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven har de upphandlande enheterna, inom ramen för den nationella rätten och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, möjlighet att fastställa och tillämpa sociala urvals- och tilldelningskriterier. De grundläggande principerna innebär särskilt att ”lämplig öppenhet säkerställs” och att anbudsgivarna behandlas lika.

### *Bestämmelser på det sociala området som skall tillämpas vid offentlig upphandling*

Enligt upphandlingsdirektiven har de upphandlande enheterna i förfrågningsunderlaget möjlighet eller, om medlemsstaten så beslutat, skyldighet att ange hos vilken nationell behörig myndighet anbudsgivaren kan få relevanta upplysningar om sina skyldigheter enligt de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor som skall tillämpas på den byggnadsplats där arbetet skall utföras eller tjänsterna levereras.

Kommissionen räknar i meddelandet upp sådan gemenskapsrättslig lagstiftning och internationella konventioner som har inverkan på utförande av bygg- och tjänsteupphandlingskontrakt. Nationella bestämmelser som hänvisas till måste vara förenliga med gemenskapsrätten. Vidare beskrivs hur gemenskapsrätten begränsar tillämpningen av nationell rätt. Som exempel nämns att ”[o]m ett företag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och inte undertecknat det nationella kollektivavtal som gäller för den berörda sektorn i den upphandlande myndighetens land, av dessa skäl utesluts från att delta i en offentlig upphandling, skulle detta alltså inte bara strida mot upphandlingsdirektiven utan också kunna vara ett brott mot friheten att tillhandahålla tjänster, och i förekommande fall även mot etableringsfriheten”.

*NOU:s kommentar:* NOU anser inte att tolkningsdokumentet tillför några väsentliga nyheter. Det bekräftar i stort sett NOU:s tidigare bedömningar. NOU vill framhålla att alla krav som ställs i en upphandling måste vara förenliga med de grundläggande EG-rättsliga principerna och att en bedömning måste göras vid varje enskild upphandling. Jämför också med miljötolkningsdokumentet som refereras i *NOU info okt. –01* sid. 19.

## Övrigt

### Konsekvenser på upphandlingsområdet när det gäller införandet av euro

Från och med den 1 januari 2002 introduceras euron i form av sedlar och mynt i de 12 medlemsstater som deltar i EMU:s tredje etapp. Följande länder deltar fullt ut i valutaunionen; Belgien, Finland, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Portugal, Spanien, Tyskland och Österrike. Det utgör sista steget i genomförandet av valutaunionen. Sverige deltar som bekant inte fullt ut i denna valutaunion, men kommer att påverkas på olika sätt av förändringarna. NOU önskar belysa några frågeställningar som svenska upphandlande enheter och leverantörer kan ha nytta av i framtida upphandlingssituationer.

LOU föreskriver inte vilken valuta som skall gälla i upphandlingskontrakt. Den upphandlande enheten kan välja vilken valuta den önskar använda i avtalet. Enheten måste först undersöka vilka juridiska möjligheter den har att ingå avtal i någon annan valuta än svenska kronor, eftersom det innebär en valutarisk att sluta avtal i annan valuta än svenska kronor. Det är möjligt att en del enheter kommer att försäkra sig mot valutarisker, alternativt få tillstånd att upprätta särskilda euro-konton. En annan fråga som aktualiseras vid varje upphandling är vilken valuta som är lämplig att använda i upphandlingen. Här kan bedömningen bli olika, beroende på vilken marknad den upphandlande enheten vänder sig till. Om leverantörerna till övervägande del kommer från euro-området, kan det vara prismässigt fördelaktigt att använda euron som valuta i avtalet. Det kan även bli aktuellt med US Dollar om leverantörerna finns utanför EU.

Av förfrågningsunderlaget skall framgå vilken valuta anbudet skall lämnas i. Detta gäller redan idag, såväl under som över tröskelvärdena.

När upphandlande enheter får in anbud från utländska leverantörer, kan det inträffa att efterfrågade uppgifter rörande leverantörens finansiella ställning lämnas i annan valuta än svenska kronor. I enlighet med principerna om likabehandling och icke-diskriminering är det inte tillåtet att begära in uppgifter enbart i svenska kronor. Den som vill ange en viss minsta årsomsättning i sv.kr. bör beakta att motsvarande värde i annan valuta måste accepteras.

Om någon har ingått ett avtal i någon av de tolv valutorna som nu helt försvinner (se ovan uppräknade euro-länder) rekommenderar NOU läsning av rådsförordningen 1103/97 som anger att introduktionen av euron inte ger någon part rätt att ensidigt upphäva rättsliga instrument som t.ex. avtal eller ändra juridiska handlingar. Förordningen reglerar förhållandena inom EU och tillämpas därmed även i Sverige.

Ytterligare information om införandet av euron och dess konsekvenser för Sverige återfinns på Regeringskansliets webbplats: [www.regeringen.se](http://www.regeringen.se); välj Finansdepartementet och därefter den särskilda ikonen för "Euroinformation".

## • NOU:s nyhetsbrev oktober 2001

Höstlöven faller ner utanför våra fönster och in i era verkliga och elektroniska brevlådor faller det ner ett nytt nummer av NOU info. Som den uppmärksamme läsaren kommer att märka har NOU under sommaren och hösten lämnat remissvar i flera betänkanden i skiftande ämnen och ansträngt sig för att klara av den löpande verksamheten vid kansliet. NOU:s remissyttrande angående Upphandlingskommitténs slutbetänkande har intagit en viktig roll i vårt arbete, vilket märks även i detta nummer av nyhetsbrevet. Det som inte framgår av övrig text är att en av nämndens ledamöter har avgått och att flera av kansliets anställda har slutat. Även våra anhöriga har haft behov av ökad omsorg och omtanke.

Nämnden tackar nämndledamoten Peter Thore för nedlagt arbete. Peter Thore har begärt och beviljats entledigande från sitt uppdrag eftersom detta inte kunde förenas med hans arbete som konsult.

Lena Hillström, som skötte NOU:s ekonomi och Catharina Piper, en av kansliets jurister, har valt att lämna NOU för att övergå till andra anställningar med klarare framtidsutsikter. Vi önskar dem all lycka till. Rickard Falkendal har omedelbart efter en välbehövlig semester åter lånats ut till Finansdepartementet. För er innebär det att ett begränsat antal röster kommer att svara på telefonfrågor och ett reducerat antal pennor kan skriva olika beslut. Anne Norgren Wendt, assessor från Kammarrätten i Göteborg, har fått en tillfällig anställning vid kansliet. Kansliet ber er om förståelse om det visar sig att NOU blir tvungen att tillfälligt dra ner på den service ni vant er vid.

NOU vill också påminna om EKU-delegationens verktyg för miljövänlig upphandling. Verktöget skall givetvis användas med förnuft, med hänsynstagande till det som upphandlas och med beaktande av de principer som ligger bakom reglerna om offentlig upphandling.

I detta nyhetsbrev omnämns två viktiga tolkningsmeddelanden från EG-kommissionen och två domar från EG-domstolen. Tolkningsdokumenten kommer att kommenteras ytterligare i nästa nyhetsbrev.

Den turbulenta situationen har således inte medfört att nyhetsbrevet blivit kortare än vanligt eller mindre aktuellt. Uppdraget att skriva inledningen har dock denna gång fallit på nämndens chefsjurist som önskar er en trevlig höst och många problemfria upphandlingar.



Michael Slavicek



## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
NOU:s yttrande över Upphandlingskommitténs slutbetänkande .....	3
Krav på upphandling av varor vid hyra och leasing .....	6
Upphandling av upphandlingsfunktionen .....	6
Upphandling av försvarsprodukter .....	6
Vårdavtal med en läkare som innehar en etablering enligt lagen om läkarvårdsersättning .....	7
Upphandling inom försörjningssektorerna .....	7
Vagnsbolag för tågtrafiken .....	7
Upphandling under tröskelvärdena .....	8
Annonsering vid förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar .....	8
Likvärdiga anbud .....	8
Avtal, avtalstider m.m. ....	8
Prishöjning under pågående avtalsperiod .....	8
Skadeståndsskyldighet förutsätter inte upphandlingsavtal .....	9
Rättsmedel .....	9
Alcateldomen .....	9
NOU:s ärenden och yttranden .....	9
Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av polititransporter .....	9
Upphandlande enheter .....	10
NOU:s remissvar .....	11
Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor .....	11
Översyn av förordningen (1993:529) om myndigheters hantering av ingående mervärdesskatt .....	12
Att vara med på riktigt – demokratiutveckling i kommuner och landsting .....	13
Sponsring av statliga myndigheter .....	13
Vagnsbolag för tågtrafiken .....	13
Rättsfall .....	14
Mål i EG-domstolen .....	14
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	16
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt .....	17
Miljö .....	19
EG-kommissionens miljötolkningsdokument .....	19
Offentlighet och sekretess .....	21
Röjd identitet av en presumtiv anbudsgivare .....	21
Övrigt .....	21
EG-kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn .....	21
Företagarguiden .....	22

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 260 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida.

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info oktober -01"

## Tillämpning av LOU

### NOU:s yttrande över Upphandlingskommitténs slutbetänkande

En sammanfattning av Upphandlingskommitténs slutsatser framförda i slutbetänkandet ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31) återfinns i *NOU info mars –01* sid. 3-6. Remisstiden har gått ut och NOU har, liksom många andra organisationer, avgivit ett yttrande över betänkandet. Nedan följer det mest väsentliga i yttrandet, som i sin helhet finns inlagt på NOU:s hemsida. NOU återkommer med information om kommande lagändringar.

#### *Allmänna synpunkter*

NOU framhåller inledningsvis i yttrandet vikten av skyndsamma åtgärder vad gäller tillsynsmyndighetens organisation och befogenheter. Frågan om de i delbetänkandet föreslagna nya sanktionsformerna marknadsskadeavgift och vite anges också vara brådskande att lösa. NOU påtalar att lagförslagen har lagtekniska brister och i vissa delar är dåligt utredda samt att kommittén inte förefaller ha utrett förslagens förenlighet med EG-rätten. Vidare anser NOU generellt sett att

- lagförslagen inte medför någon förenkling av regelverket,
- flera svårbegripliga undantagsregler snarare medför ytterligare svårigheter vid tillämpning och tillsyn samt att
- Upphandlingskommitténs analys av de kostnader och andra konsekvenser som förslagen förväntas medföra är alltför bristfällig.

#### *Kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling*

NOU avstyrker förslaget om ett kvalitets- och utvecklingsråd. Om anslagsfinansiering av informationsverksamhet övervägs anser NOU att det är rimligt att i första hand höja tillsynsmyndighetens anslag för information. Rådgivningsverksamhet kan dock aldrig, enligt NOU:s uppfattning, ingå i en tillsynsverksamhet.

#### *Affärsmässighetsbegreppet*

NOU stöder kommitténs förslag om att behålla affärsmässighetsbegreppet i LOU sådant det kan anses vara definierat i svensk rättspraxis. Högsta domstolen och Regeringsrätten har uttalat att affärsmässighetsbegreppet kan anses omfatta gemenskapsrättens grundläggande principer. Det är av stor principiell betydelse att affärsmässighetsbegreppet hålls tydligt åtskilt från samhällspolitiska målsättningar.

#### *Köp mellan kommun och kommunalt bolag*

NOU avstyrker förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet för kommuner och landsting i vissa fall (köp från egna bolag) såsom det utformats av kommittén. Förslaget är inte tillräckligt analyserat och strider enligt NOU:s uppfattning mot gemenskapsrätten. Begreppet uppenbara samordningsfördelar är enligt NOU:s bedömning i stort sett omöjligt att tillämpa för såväl NOU som domstolarna eftersom det är alltför vitt och saknar juridisk precision.

### *Antidiskrimineringsklausuler*

NOU tar principiellt avstånd från det synsätt som präglar flera av kommitténs förslag, nämligen att upphandlande enheter skall kunna ställa krav på leverantörer och dess företag som inte har något samband med det behov som skall täckas. Om förslag på olika former av positiv särbehandling ändå genomförs, krävs enligt NOU:s mening av rättssäkerhetsskäl att

- bedömningar av kravuppfyllelsen inte skall åvila den upphandlande enheten utan den på området ansvariga myndigheten (t.ex. Jämställdhetsombudsmannen och Ombudsmannen mot etnisk diskriminering),
- kraven skall formuleras som skall-krav samt att
- kravuppfyllelsen utgör del av kvalificeringsförfarandet, dvs. att avvägningar aldrig skall ske mot övrig kravuppfyllelse på varan/tjänsten.

NOU delar inte kommitténs uppfattning att gemenskapsrätten och affärsmässighetsbegreppet medger upphandlande enheter att ta sådana samhällspolitiska hänsyn som inte har direkt koppling till det som upphandlas.

### *Miljöhänsyn*

NOU delar inte helt kommitténs och EKU-delegationens tolkning av gällande rätt och föreslagna ändringar av EG-direktiven avseende miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

NOU anser att EG-domstolens praxis ger möjlighet till andra tolkningar<sup>1</sup> än dem som kommittén hänvisar till och att det är osäkert huruvida det befintliga utkastet till direktiv för den klassiska sektorn verkligen leder till en förändring av möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling utan endast är att betrakta som en kodifiering av gällande rätt. Enligt NOU framhåller Kommissionen nämligen i tolkningsmeddelandet<sup>2</sup>, som inte var publicerat när kommittén avgav sitt betänkande, att upphandlingsdirektiven ställer upp två villkor för de kriterier som tillämpas för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. ”För det första gäller förbudet mot diskriminering och för det andra skall de kriterier som tillämpas innebära en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten.”

NOU betonar i yttrandet vikten av att det så långt som möjligt bedrivs ett aktivt miljöarbete i samband med utarbetandet av gemensamma standarder som de upphandlande enheterna sedan kan hänvisa till vid offentliga upphandlingar.

### *Lokal upphandling*

NOU delar kommitténs uppfattning att det inte är möjligt och inte heller önskvärt att underlätta lokal upphandling genom att vid vissa upphandlingar öppna möjligheter till gynnande av lokala leverantörer, utöver vad dagens lagstiftning medger.

---

<sup>1</sup> Särskilt i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

<sup>2</sup> Se nedan under avsnittet Miljö.

### *Ökad konkurrens genom positiv särbehandling*

NOU avstyrker kommitténs förslag att det i LOU införs ett avknopningsstöd i form av överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling. NOU ställer sig bakom förslaget om utredning av tillämpligheten av LOU vid kundvalssystem och anser dessutom att frågan brådskar, eftersom sådana system redan införts eller övervägs på många håll i landet. Särbehandling av leverantörer som bedriver verksamhet utan vinstsyfte bedöms strida mot gemenskapsrätten och LOU menar NOU och hänvisar till tidigare remissyttrande i frågan.

### *Direktupphandling*

NOU avstyrker förslaget om att införa i lag fastställda beloppsgränser för direktupphandling och i synnerhet att höja sådan gräns till sju prisbasbelopp exklusive mervärdesskatt. NOU anser att den nuvarande regleringen med att det i LOU anges ”lågt värde” som en grund för direktupphandling fungerar bra. Hitillsvarande reglering möjliggör för varje upphandlande enhet att vid behov fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden.

En obligatorisk annonsering träder numera in vid förenklad upphandling och urvalsupphandling. Till den del förslaget syftar till att annonseringskravet inte skall slå igenom vid beloppsmässigt alltför små upphandlingar, anser NOU att detta bör lösas på annat sätt än genom att höja gränsen för direktupphandling på föreslaget sätt. Övervägas bör istället att bibehålla begreppet lågt värde som gräns för direktupphandling och att höja gränsen för obligatorisk annonsering till ett högre värde.

Kommitténs förslag ställer, om det genomförs, mycket höga krav på överblick och samordning inom en upphandlande enhet, eftersom tröskelvärdet för upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU snabbt kan komma att överskridas, för statliga myndigheter redan efter fem sådana direktupphandlingar.

Om förslaget skulle genomföras, anser NOU, att 6 kap. 2 § 1 p. LOU istället bör utformas så att grund för direktupphandling finns när upphandlingens värde understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. Att tala om ”låga värden” avseende inköp till det föreslagna beloppet rimmar illa med normalt språkbruk.

De möjligheter till ytterligare avsteg från ett formellt upphandlingsförfarande som föreslås i betänkandet anser NOU vara alltför långtgående och alltför oklart definierade.

### *Information om och överprövning av tilldelningsbeslut*

NOU tillstyrker förslaget i sak att LOU ändras så att förfördelade leverantörer ges möjlighet att i ökad utsträckning begära överprövning av tilldelningsbeslutet men invänder mot den lagtekniska lösningen.

NOU tillstyrker att det i LOU införs krav på formalavtal. De föreslagna undantagen bedöms dock som alltför omfattande. NOU avstyrker de föreslagna reglerna om ogiltighetsförklaring av avtal.

NOU anser att effekterna av kommitténs förslag om ändrade sekretessregler inte analyserats tillräckligt av kommittén för att de rättsliga och ekonomiska konsekvenserna skall kunna bedömas.

### *Riktlinjer för regeringens arbete inom EU*

NOU:s förhoppning är att regeringen i kommande arbete inom EU kan diskutera nya organisationslösningar och inköpsrutiner som utvecklas i Sverige, såsom frågan om kundvalssystem och avknoppning, och påverka EG:s upphandlingsdirektiv så långt som möjligt.

### Krav på upphandling av varor vid hyra och leasing

NOU vill påminna om att även hyra av varor, såväl nya som begagnade, omfattas av kraven på upphandling enligt LOU. Även i de fall en upphandlande enhet hyr en vara och sedan köper loss den skall reglerna i LOU tillämpas. Begreppet upphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU och omfattar leasing, hyra och hyrköp av varor. I 2 kap. 3 § LOU finns bestämmelser om hur värdet på upphandlingskontrakt skall beräknas när det gäller leasing, hyra eller hyrköp av varor. Samma beräkningsregler skall användas vid upphandling enligt 6 kap. om det konstateras att upphandlingens värde understiger tröskelvärdena eller om de rör sig om en B-tjänst. Motsvarande regler för försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. 9 § LOU.

### Upphandling av upphandlingsfunktionen

*NOU har haft diskussion med Stockholms stad om upphandling av upphandlingsfunktionen.*

NOU har efter kontakter med Justitieombudsmannen och Stockholms stad dragit slutsatsen att det normalt inte finns invändningar mot att statliga myndigheter och kommuner vid upphandling, i likhet med vad som gäller vid tillsynsverksamhet på olika områden, anlitar utomstående konsulter. Reglerna om inkomna handlingar, förvaring av handlingarna vid myndigheten, tjänstemännens medverkan vid anbudsöppning m.m. måste dock alltid iakttas. Beslut under hela upphandlingsprocessen måste fattas av tjänstemän vid den upphandlande enheten och inte av konsulterna. NOU har efter genomgång av ärendet och ett möte med juridiska avdelningen i Stockholms stad erhållit tillfredsställande svar och har därför beslutat att fortsatt uppföljning inte är påkallad.

### Upphandling av försvarsprodukter

Enligt 1 kap. 3 § gäller LOU inte vid upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget (numera artikel 296). Nedan angivna dom från EG-domstolen tyder dock på att undantaget inte automatiskt är tillämpligt. Den upphandlande enheten måste bevisa att undantaget i det aktuella fallet var *nödvändigt* för att skydda väsentliga säkerhetsintressen.

Den relevanta artikeln, nu benämnd artikel 296 (1) (b) anger: ”Varje stat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.”

Bestämmelsen har inte prövats av EG-domstolen i upphandlingssammanhang. EG-domstolens dom i mål C-414/97 Europeiska kommissionen mot Spanien, tyder dock på att nödvändigheten av åtgärden måste styrkas. Domen handlar om att Spanien inte tagit ut mervärdesskatt på import till och förvärv inom gemenskapen av vapen ammunition och material som endast är för militärt bruk (med vissa undantag). I domen anges (p. 22): ”Under dessa omständigheter ankommer det på den medlemsstat som avser att tillämpa undantagen att bevisa att skattebefrielsen inte går utöver gränserna för sagda förhållanden. I förevarande fall skall konstateras att Konungariket Spanien inte har bevisat att de undantag från skatteplikt som föreskrivs i den spanska lagen är *nödvändiga* för att skydda väsentliga säkerhetsintressen. Det framgår nämligen tydligt av skälen för sagda lag att den har som främsta syfte att bestämma och tilldela finansiella resurser som skall göra det möjligt att förstärka och modernisera de spanska väpnade styrkorna och utgöra grunden för den ekonomiska och finansiella övergripande strategiska planen. Därav följer att befrielsen från mervärdesskatteplikt inte är *nödvändig* för att uppnå målsättningen att skydda Konungariket Spaniens väsentliga säkerhetsintressen.” (NOU:s kursivering).

## Vårdavtal med en läkare som innehar en etablering enligt lagen om läkarvårdsersättning

NOU uttalade redan i januari 1996 att vårdavtal skall upphandlas enligt LOU (NOU:s dnr 1995/0086-21). Vårdavtal avseende hälso- och sjukvårdstjänster är enligt NOU att betrakta som B-tjänster som normalt skall föregås av förenklad upphandling (numera även urvalsupphandling) i enlighet med 6 kap. LOU. NOU är av den uppfattningen att möjligheten till ”övergång” från samverkansavtal till vårdavtal är förbehållen de vårdgivare som vid lagändringarnas ikraftträdande var verksamma mot ersättning enligt lagen om läkarvårdsersättning eller lagen om ersättning för sjukgymnastik. Redan taxanslutna läkare och sjukgymnaster kan inte tvingas in i ett vårdavtal och normalt inte heller uteslutas från ett redan ingånget samverkansavtal. Dessa situationer omfattas inte av LOU.

Ett beslut från kammarrätten och en länsrättsdom bekräftar, så vitt NOU förstår, att en ”övergång” av ifrågavarande slag inte är möjlig om läkaren saknar ett giltigt avtal. Vidare får ett vårdavtal inte tilldelas en juridisk person utan upphandling. Taxanslutningen gäller endast fysiska personer. Den omständigheten att den faktiska vården skulle tillhandahållas av en vid den juridiska personen verksam läkare innebär inte att ett vårdavtal kan slutas med den juridiska personen (t.ex. sjukvårdsbolag, läkarens bolag). Länsrätten anger att bestämmelserna i lagen om läkarvårdsersättning inte kan utgöra skäl att inskränka tillämpningsområdet för LOU. Se även *NOU info mars –99* sid. 11 och nedan under avsnittet Mål i kammarrätt och länsrätt.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Vagnsbolag för tågtrafiken

NOU har yttrat sig över Rikstrafikens utredning avseende möjligheterna att på ett konkurrensneutralt sätt tillhandahålla rullande material för den av staten upphandlade järnvägstrafiken. NOU ansåg att förslaget att alla tågoperatörer på lika villkor skall kunna

hyra rullande material var en fördel för konkurrenssituationen vid offentlig upphandling. NOU ansåg dock att utredningens analys av begreppet upphandlande enhet inte var helt korrekt, se nedan under avsnittet NOU:s remissvar.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Annonsering vid förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar

NOU får ofta frågor om vilka regler som gäller vid annonsering av förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar.

En upphandlande enhet som använder förenklad upphandling skall (utom i vissa särskilda fall enligt 6 kap. 2 b §) annonsera upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig *eller* annonsera på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Ett sådant sätt kan enligt NOU:s bedömning vara i rikstäckande dagstidningar, branschtidningar eller andra tidskrifter. Enligt propositionen 1999/2000:128 är det dock i allmänhet *inte* tillräckligt att den upphandlande enheten annonserar på sin egen hemsida, i en lokaltidning eller på kommunens anslagstavla.

Vid urvalsupphandling skall den upphandlande enheten alltid annonsera en s.k. ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Med ansökningsinbjudan avses att den upphandlande enheten bjuder in intresserade leverantörer att ansöka om att få lämna anbud.

NOU godkänner inte eller auktoriserar inte några databaser för annonsering. NOU har inte heller någon komplett förteckning över sådana. Däremot har Gränslösa affärer på sin hemsida ([www.offentlig.kommers.se](http://www.offentlig.kommers.se)) en lista över flertalet aktuella databaser.

Ytterligare information finns i NOU:s rapport "Kartläggning elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar" (NOU:s dnr 2000/0231-28) som återfinns på [www.nou.se](http://www.nou.se) under publikationer.

### Likvärdiga anbud

Hovrätten för Övre Norrland har i mål nr T 152/99 uttalat att det är förenligt med kravet på affärsmässighet att vid två eller flera likvärdiga anbud låta valet styras av ett kriterium som inte nämnts i förfrågningsunderlaget eller annonsen, t.ex. den upphandlande enhetens tidigare erfarenheter av anbudsgivaren. Se vidare referat av domen under avsnittet Skadestånd i hovrätt och tingsrätt.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Prishöjning under pågående avtalsperiod

NOU anser att en uppdragstagare under pågående avtalsperiod om inte annat avtalats skall stå för de kostnader som eventuella ålägganden att följa lagar och förordningar medför. Nämnden har vid prövning av ett klagomålsärende uttalat: "En höjning av de upphandlande priserna

med 60 % utgör 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.” Se referat av yttrandet nedan under avsnittet NOU:s ärenden och yttranden.

## Skadeståndsskyldighet förutsätter inte upphandlingsavtal

Svea hovrätt har i en dom (mål nr T 3648-00) uppgivit att skadeståndsskyldighet för staten inte är utesluten på grund av att ett skriftligt upphandlingsavtal inte slutits. Staten hävdade i målet bland annat att den klagande leverantören inte kan kräva skadestånd då prövningsrätten formellt kvarstår eftersom något skriftligt upphandlingsavtal aldrig upprättats. Se vidare referat av domen under avsnittet Skadestånd i hovrätt och tingsrätt.

## Rättsmedel

### Alcateldomen

NOU har erfarit att vissa domstolar och föredragshållare gör tolkningen att den s.k. Alcateldomen (se *NOU info december -99* sid. 22) inte gäller vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU. En sådan tolkning stöds inte av NOU och den synes inte heller överensstämma med Regeringsrättens uttalanden i RÅ 1996 ref. 50 och RÅ 1998 not. 44.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av polititransporter

*NOU har vid nämndsammanträde yttrat sig i frågan huruvida omförhandling av pris och förlängning av avtal varit förenlig med LOU (NOU:s dnr 2000/0292-26).*

NOU har vid nämndsammanträde den 19 juni 2001 yttrat sig med anledning av ett klagomål mot upphandlingar gjorda av Polismyndigheten respektive Landstinget i Stockholms län. Upphandlingarna avsåg anskaffning av polititransporttjänster, dvs. transporter av avlidna personer. De upphandlande enheterna har, efter anmodan från den antagne leverantören, genomfört höjningar av anbudspriset med minst 60 % under avtalstiden. Höjningarna medgavs trots att det av förfrågningsunderlagen och avtalen framgick att priserna skulle vara fasta under hela avtalsperioden. Den antagne leverantören har angivit som skäl till omförhandling av priserna att den regionala trafikpolisen i Stockholms län ålagt leverantören att följa vilotidsförordningen (1994:1297). NOU kan efter inhämtande av yttranden från de upphandlande enheterna konstatera att såväl polismyndigheten som landstinget godkänt förfrågningarna om prishöjning. Polismyndigheten har därutöver låtit förlänga avtalet med ett år genom att utnyttja en avtalad förlängningsklausul. Landstinget har också utnyttjat motsvarande förlängningsklausul, dock endast fyra av de tolv avtalade månaderna.

NOU har i sitt beslut hänvisat till EG-kommissionen tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (Bryssel den 12.4.2000). Det behandlar bl.a. frågan 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 gjorde NOU:s bedömningen att en uppdragstagare ”...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 den upphandlande enheten skall häva kontraktet i det fall då leverantören inte avser eller förmår att fortsätta leva upp till sin del av avtalet.

Det framgick av handlingarna i ärendet att de upphandlade enheterna medgivit prishöjningar med 60 %. Enligt NOU är sådana höjningar av de upphandlande priserna så väsentliga ändringar 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. I den mån tjänsten fortsättningsvis skall utföras av en extern leverantör skall en ny offentlig upphandling påbörjas omgående. Det gäller oavsett om det upphandlingsförfarande som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.

## Upphandlande enheter

*NOU har fortsatt att föra dialog med vissa företag med statligt ägande, huruvida de omfattas av LOU. NOU har beslutat att det inte länge finns anledning att Samhall AB och dess dotterbolag skall anses utgöra upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU (NOU:s dnr 2000/0063-29). NOU har dock vidhållit sitt ställningstagande att Sveriges Television AB är upphandlande enhet och översänt ärendet till regeringen för eventuella åtgärder (NOU:s dnr 2000/0309-29).*

Angående Samhall AB (Samhall) har NOU, mot bakgrund av förändringar i Samhalls bolagsordning och regeringens nya uttalanden samt med beaktandet av EG-domstolens dom den 10 maj 2001, förenade målen C-223/99 och C-260/99 (Agorà), vid nämndsammanträde i juni 2001 uttalat följande.

”NOU vidhåller att Samhall är inrättat för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse, nämligen att ge personer med arbetshandikapp meningsfulla och utvecklande arbeten. Frågan är om den omständighet att syftet med Samhalls verksamhet att producera efterfrågade varor och tjänster har fått så framträdande plats att det behovet som bolaget numera uppfyller på denna grund kan anses ha antagit en kommersiell eller industriell karaktär.

NOU uppfattar regeringens proposition så att de affärsmässiga förutsättningarna för Samhalls verksamhet successivt blivit mera inriktade på effektivitet och att kundbehov har kommit i fokus i ökad utsträckning. De nyligen genomförda förändringarna i bolagsordningen tyder på att syftet ytterligare flyttats till produktion av eftertraktade varor och tjänster. Anledning saknas att ifrågasätta Samhalls uppgifter att verksamheten bedrivs på en konkurrensutsatt marknad och att denna skall vara effektiv och lönsam. Avseende finansieringen skall denna ske genom intäkter från produktionen samt årlig merkostnadsersättning från staten. Erhållen

merkostnadsersättning uppges vara godkänd av EG-kommissionen såsom tillåtet statsstöd. Bolagets fakturering till följd av avtal överstiger statens merkostnadsersättning. Bolaget och dess styrelse bär den fulla ekonomiska risken för verksamheten som följer aktiebolagslagens regelsystem.

Mot bakgrund av det ovan anförda godtar NOU:s Samhalls uppgifter att företaget verkligen bär den ekonomiska risken för eventuella förluster och är konkurrensutsatt samt drivs med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund.”

NOU finner därför inte länge anledning att anse att Samhall AB och dess dotterbolag skall anses utgöra upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU. NOU vill dock betona att NOU inte har något formellt tolkningsföreträde i frågan och därutöver framhålla att det ankommer på Samhall att ansvara för att de förhållanden som lagts till grund för NOU:s bedömning verkligen föreligger och även i fortsättningen kommer att bestå.

Angående Sveriges Television AB (SVT) konstateras att SVT inte vill godta NOU:s bedömning att bolaget är upphandlande enhet och i tillämpliga delar skall följa LOU. NOU har i skrivelse till regeringen anfört att nämnden vidhåller sin bedömning att SVT är en upphandlande enhet och att SVT riskerar att bryta mot svensk lag och vid upphandlingar över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv. Svenska staten riskerar också att brista i uppfyllelsen av sina skyldigheter enligt fördraget och EG-direktiven. Det kan därför inte uteslutas att en svensk eller utländsk leverantör kommer att söka överprövning av en av SVT:s upphandlingar i länsrätt eller väcker skadeståndstalan i tingsrätt. Frågan kan även bli föremål för prövning i EG-domstolen.

Av yttrandet till SVT framgår även följande: ”NOU som tillsynsmyndighet saknar emellertid rättsmedel för att själv bestämma eller på eget initiativ genom någon annan myndighet eller domstol få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter och därmed har skyldighet att följa gällande lagstiftning på upphandlingsområdet. NOU beslutar därför att överlämna ärendet till regeringen.”

NOU har vidare begärt ett yttrande från SVT avseende utebliven upphandling av vinjettmusik till nyhetsprogram (NOU:s dnr 2001/0092-26). Att SVT inte vill acceptera NOU:s bedömning att bolaget omfattas av reglerna i LOU påverkar även bedömningen av det ärendet. NOU anser därför att det för närvarande inte fanns någon anledning för NOU att yttra sig huruvida upphandling av vinjettmusiken omfattas av LOU eller är undantagen med stöd av lagens 5 kap. 1 § 2 st. p. 2.

## NOU:s remissvar

### Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor

NOU har vid nämndsammanträde den 19 juni 2001 yttrat sig över Konkurrensrådets betänkande ”Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor” (SOU 2000:117) och departementspromemorian ”Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor” (Ds 2001:17). I departementspromemorian föreslås en konfliktlösningregel som inriktar sig på konkurrenshämmande offentlig säljverksamhet. Vissa typfall av säljverksamhet som

Konkurrensrådet har identifierat (SOU 2001:117) läggs som en grund för prövningen enligt konfliktlösningsregeln. Förbud mot konkurrenshämmande offentlig säljverksamhet föreslås kunna förenas med vite.

I sitt remissvar redovisar NOU en generellt sett positiv inställning till den föreslagna konfliktlösningsregeln. NOU påtalar dock att tillämpningsområdet för den föreslagna regeln inte anges tillräckligt tydligt i promemorian. Det framstår som oklart vad som är tillåtet respektive otillåtet beteende enligt konfliktlösningsregeln vilket har negativ inverkan på rättssäkerheten. Vidare hade NOU gärna sett att departementspromemorian tydliggjort gränsen mellan lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling och den föreslagna konfliktlösningsregeln.

Betänkandet behandlar bl.a. typfallet gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling. NOU anser liksom Konkurrensrådet att i den mån tjänsten fortsättningsvis skall utföras av en extern leverantör skall en ny offentlig upphandling påbörjas. Av remissvaret framgår bl.a. följande. ”Det föreligger ett samhällsekonomiskt intresse av att så långt som möjligt förhindra snedvridning av konkurrensen i samband med att egenregiverksamhet lämnar anbud i konkurrens med privata aktörer. Enligt NOU:s mening bör det övervägas om offentliga aktörer skall vara skyldiga att ange i sitt förfrågningsunderlag om den egna regin ges möjlighet att delta i en upphandling. Leverantörerna bör enligt NOU ges möjlighet att överväga om de är beredda att konkurrera med egenregiverksamhet.”

Enligt NOU:s mening bör avbrytande av upphandlingar regleras i LOU. Mot denna uppfattning har dock tre nämndledamöter reserverat sig.

I betänkandet redovisas även olika lagar som upplevs som konkurrenssnedvridande. NOU har redan under 1996 uppmärksammat Näringsdepartementet på att Riksdagen har beslutat att undanta uppdragsarkeologi enligt 2 kap. 11 och 13 §§ lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. från LOU:s tillämpningsområde. Enligt NOU:s mening, som tidigare framförts till Kulturdepartementet (NOU:s dnr 174/96-22), ”utgör länsstyrelsens *beslut* om särskild utredning, särskild undersökning och arkeologisk förundersökning myndighetsutövning”. Länsstyrelsens *angivande* av vem som skall utföra utredningen eller undersökningen kan däremot enligt NOU inte anses utgöra myndighetsutövning utan bör föregås av upphandling enligt LOU.

I betänkandet anges att klagomål rörande offentliga företag ofta handlar om den prissättning som tillämpas av offentliga aktörer. NOU understryker i sitt remissvar ”vikten av att systemen upplevs trovärdiga för de privata leverantörer som deltar i offentliga upphandlingar”.

I utredningarna behandlas bl.a. den organisatoriska framtiden för Konkurrensrådet. ”NOU har inget principiellt att invända mot att rådet knyts organisatoriskt till Konkurrensverket.”

## Översyn av förordningen (1993:529) om myndigheters hantering av ingående mervärdesskatt

NOU har i ett remissvar (NOU:s dnr 2001/0136-22) yttrat sig över Ekonomistyrningsverkets rapport ”Översyn av förordningen (1993:529) om myndigheters hantering av ingående mervärdesskatt” och därvid i huvudsak tillstyrkt föreslagna åtgärder.

## Att vara med på riktigt – demokratiutveckling i kommuner och landsting

NOU har i ett remissvar (NOU:s dnr 2001/0127-22) yttrat sig över Kommundemokratikommitténs betänkande "Att vara med på riktigt - demokratiutveckling i kommuner och landsting" (SOU 2001:48).

I utredningen föreslås åtgärder som garanterar medborgarnas insyn i verksamheter som bedrivs på entreprenad och som helt eller delvis finansieras av en kommun eller ett landsting. Genom en föreslagen ändring av kommunallagen skall insynen garanteras genom att en kommunen eller ett landstinget tvingas ta in bestämmelser i avtalet med entreprenören om att vissa uppgifter skall lämnas till kommunen respektive landstinget.

NOU har ställt sig positiv till syftet med förslaget, att öka medborgarinsyn, men ifrågasätter om det är rimligt att begära in uppgifter utöver vad som krävs för en affärsmässig uppföljning av kontrakten. Om det trots allt anses befogat att kräva in ytterligare uppgifter skall det ske restriktivt. Allmänheten skall inte vända sig till företaget, då informationsplikten och ansvaret för handlingarnas utlämnande skall vara kvar hos den offentliga parten. Sedvanlig sekretessprövning skall göras av kommunen eller annan offentlig part. Om leveransens eller tjänstens utförande kräver långtgående insyn och kommunen eftersträvar en sådan kan det ifrågasättas om kommunen i stället för att anlita en extern utförare inte borde utföra tjänsten i egen regi. NOU bedömer att den positiva demokratiska effekten bör avvägas mot förväntade negativa effekter såsom ökade kostnader, begränsad konkurrens, fler överprövningsärenden enligt 7 kap. LOU och negativ inverkan på internationell handel.

## Sponsring av statliga myndigheter

NOU har i detta yttrande liksom i tidigare skrivelse till regeringen (NOU:s dnr 2001/0115-29) påtalat att det är viktigt att begreppet sponsring definieras för att underlätta gränsdragningen mot såväl offentlig upphandling som andra områden.

Sponsring får inte användas för att kringgå LOU. Sponsring skall således inte användas för att tilldela en sponsor ett kontrakt som egentligen skulle ha upphandlats enligt LOU:s regelverk. Myndigheten måste därför initialt bedöma om det handlar om en anskaffning av vara, tjänst eller byggentreprenad som skall upphandlas enligt LOU eller om det rör sig om ett renodlat sponsringsavtal.

Remissvaret bygger i övrigt på vad NOU skrivit om sponsringsavtal i *NOU info juni -01*.

## Vagnsbolag för tågtrafiken

NOU har vid nämndsammanträde den 28 augusti 2001 beslutat om ett yttrande (NOU:s dnr 2001/0119-22) över Rikstrafikens utredning (Dnr Rt 2000-193/02) om möjligheterna att på ett konkurrensneutralt sätt tillhandahålla rullande material för den av staten upphandlade järnvägstrafiken.

”NOU kunde av utredningen utan problem se fördelarna för de privata tågoperatörerna att fortsättningsvis kunna anskaffa material till de upphandlingar de vunnit från ett oberoende bolag, istället för att behöva anskaffa denna från en av sina konkurrenter.” NOU ansåg att det faktum att prissättningen kommer att vara lika för alla underlättar inte endast för berörda tågoperatörer, utan även för de upphandlande enheterna, eftersom viljan hos potentiella anbudsgivare att delta i offentliga upphandlingar naturligtvis ökar då det står klart att alla inblandade leverantörer utgår från samma förutsättningar.

NOU ansåg emellertid att det inte gjorts en riktig analys av reglerna i LOU avseende begreppet upphandlande enhet.” I utredningen sägs bl.a. att privata tågoperatörer som efter konkurrensutsatt upphandling erhållit trafikuppdrag inte är upphandlande enheter och därför inte behöver följa LOU. NOU anser att sådana privata företag omfattas av reglerna i försörjningssektorn. NOU har redan 1999-09-28 påpekat förhållandet avseende de privata operatörerna för regeringskansliet i remissvaret till Slutbetänkande av utredningen (N 1999:02) om fordonsförsörjningen på järnvägsområdet; Vagnbolag för järnvägen (SOU 1999:87)” (NOU:s dnr 1999/0170-22).”

Slutsatsen av NOU:s bedömning blev att en privat operatör, på samma sätt som SJ AB, i enlighet med nuvarande regler i LOU skall upphandla rullande material som operatören behöver för att uppfylla villkoren i ett tilldelat upphandlingskontrakt.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Direktuppförande av teaterbyggnad utan tillämpning av byggdirektiv*

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande C-399/98 ”Project Scala 2001” fastslagit att byggdirektivet (93/37/EEG) skall tillämpas när en markägare, tillika exploatör, tar sig an ett stadsutvecklingsprojekt mot att den lokala myndigheten medger avdrag på hela eller delar av en bygglovsavgift som annars skulle ha erlagts.

Milano kommun antog under 1990-talet ett byggnadsutvecklingsprogram under namnet ”Project Scala 2001”. Det innebar bl.a. byggandet av den så kallade Bicocca teatern. Enligt ett till programmet bifogat avtal skulle utförandet anförtröas privata exploaterare som redan var verksamma i Bicocca området (”Bicocca projektet”). Enligt avtalet skulle exploatören och markägaren – Pirelli – bära angivna utsmyckningskostnader och på egen bekostnad utföra vissa byggarbeten. Milano Centrale Servizi – Pirellis samarbetspartner – tog sig an själva byggandet av Bicocca teatern. Teatern skulle uppföras mot avdrag på den bygglovsavgift Pirelli var skyldig Milano Kommun för Bicocca projektet. Avdragsmöjligheten stadgades i italiensk plan- och bygglag.

Två olika arkitektsammanslutningar begärde i italiensk domstol överprövning av anskaffningen av entreprenadarbetena. Lombardiets administrativa domstol vände sig till EG-domstolen för att utröna om en nationell lagstiftning som tillåter bygglovsinnehavare att utföra en byggentreprenad mot nedsättning av bygglovsavgiften var förenlig med byggdirektivet.

Domstolen konstaterade att alla sex rekvisit som anges i artikel 1 (a) i byggdirektivet var uppfyllda. Det rörde sig enligt domstolen om ett **kontrakt** med **ekonomiska villkor** som sluts **skriftligt** mellan en **leverantör** och en **upphandlande enhet** som syftar till **utförande av en byggtreprenad** såsom det definieras i direktivet.

EG-domstolen ansåg bl.a. att byggnadsutvecklingsprogrammet och det bifogade avtalet utgjorde tillräcklig grund för att kunna konstatera att ett skriftligt kontrakt existerade. EG-domstolen påtalade att även om direktuppförandet av dylika byggnader regleras i nationell plan- och bygglagstiftning med annat syfte än byggdirektivet, betyder detta inte att direktivet inte skall tillämpas. EG-domstolen påtalade också att de grundläggande syftena med byggdirektivet är att konkurrensutsätta tilldelningen av offentliga byggkontrakt. Beträffande de praktiska konsekvenserna av förhandsbeskedet anger domstolen att skyldigheten att följa byggdirektivet inte innebar att det enbart är den upphandlande enheten själv som kan tillämpa byggdirektivet. Direktivet efterlevs också om den nationella lagstiftningen medger att upphandlande enheter kan kräva att direktivet följs när en exploatör utför avtalat arbete.

### *EG-domstolens tolkning av begreppet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande i mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo, behandlat en tolkningsfråga avseende artiklarna 29.1 och 29.2 i dess lydelse i det gamla byggdirektivet (71/305). Målet gällde en öppen upphandling avseende installation av avloppssystem, dräneringsrör, ventilationstrummor m.m. Rättsfrågan var huruvida bestämmelserna medgav att en upphandlande enhet, som valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelar kontraktet den anbudsgivare vars anbud enligt ett expertutlåtande förväntades medföra lägsta slutgiltiga kostnad.

Kontrakt skulle enligt annonsen tilldelas ” ... den kompetente entreprenör som har lämnat det anbud som [County Council] anser vara det mest fördelaktiga med hänsyn till kostnad och teknisk förtjänst, med förbehåll för miljöministeriets godkännande.”

Den rådgivande ingenjören, som County Council anlitat för bedömning av anbuderna, uppgav i sitt utlåtande bl.a. att de tre lägsta anbuderna var likvärdiga i fråga om teknisk förtjänst. Den rådgivande ingenjören drog i sitt utlåtande slutsatsen att jämfört med SIAC hade ett annat företag som hette Mulcair, avgett ett anbud som var bättre avvägt. Mulcairs anbud kunde enligt ingenjören vara mer prisvärt i förhållande till kvaliteten och visa sig kosta mindre i slutändan. Det tredje anbudet förkastades p.g.a. att dess pris ansågs ligga för högt.

SIAC hävdade i irländsk domstol att County Council var skyldig att anta det lägsta anbudet, dvs. SIAC:s anbud. SIAC ansåg inte att det kriterium som avsåg kostnad kunde innebära den slutgiltiga kostnaden för County Council. Genom att beakta den slutgiltiga kostnaden hade County Council avvikit från de angivna tilldelningskriterierna. County Council hade enligt SIAC åsidosatt principerna om insyn och förutsebarhet samt likabehandling.

County Council hävdade å sin sida att det hade rätt att företa en skönsmässig bedömning och tilldela kontraktet på grundval av en rekommendation av dess rådgivande ingenjör om vilket anbud som ansågs vara det mest fördelaktiga med hänsyn till kostnad och teknisk förtjänst. Dessutom framgick det av bland annat kravspecifikationen att den rådgivande ingenjören, vid prövningen av de kvantitativa kostnadsförslagen, hade rätt att jämföra de priser som hade

uppgetts med sina egna kostnadsbedömningar. SIAC hade för övrigt redan från början förstått att kostnadskriteriet avsåg den kostnad som kontraktet sannolikt skulle orsaka County Council.

EG-domstolen kostaterade att det gamla byggdirektivets bestämmelser skall tolkas på så sätt att de medger att en upphandlande enhet, som valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelar den anbudsgivare vars anbud enligt ett expertutlåtande kan medföra lägsta slutgiltiga kostnad. Det gäller dock under förutsättning att anbudsgivarna behandlats lika. Det förutsätter i sin tur ett objektivi förfarandet där insyn möjliggjorts samt att tilldelningskriteriet klart har angetts i annonsen eller i kontraktshandlingarna, och att expertutlåtandet i alla viktiga avseenden grundas på objektiva omständigheter som enligt branschens regler anses som relevanta och lämpliga för den bedömning som gjorts.

*NOU:s kommentar.* Motsvarande uttryck finns även i de nu gällande direktiven och LOU. Uttrycket ”anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga” kan därmed i enlighet med EG-domstolens dom tolkas som anbud som kan medföra lägsta slutgiltiga kostnad, under förutsättning att de i domen angivna förutsättningarna beaktas.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Kammarrätten i Göteborg har i beslut den 20 september 2001, mål nr 3495-2001, på nytt väckt frågan om ett avtal kan slutas och upphandlingen därmed avslutas, trots att en domstol förordnat att upphandlingen inte får avslutas.

Länsrätten i Skåne har fattat ett beslut att den aktuella upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats av rätten. Kammarrätten har i beslut den 26 mars 2001, mål nr 115-2001, avslagit den upphandlande enhetens överklagan av länsrättens inhibitionsbeslut. Länsrätten har i dom den 1 juni 2001 funnit att "upphandlingen inte kunde anses avslutad i den mening som avses i 7 kap. 1 § LOU då länsrätten beslutade om inhibition". Länsrätten förordnade därför efter den slutliga prövningen att upphandlingen skulle göras om och genomföras i enlighet med tillämpliga bestämmelser i LOU.

Kammarrätten har i ovannämnda beslut den 20 september kommit fram till att ett fullständigt avtal inte fanns då länsrätten den 18 december 2000 beslutade om inhibition och att länsrätten hade rätt att pröva upphandlingsförfarandet. Det får enligt kammarrättens mening "anses framgå att avtalets innehåll numera är klarlagt och att upphandlingen är avslutad". Kammarrätten avskriver målet.

NOU avvaktar med kommentarer tills beslutet vinner laga kraft eller målet ev. prövas av Regeringsrätten.

- Länsrätten i Östergötlands län har i dom den 15 oktober 2001 i mål nr 1752-01 förordnat att Landstingets i Östergötlands län upphandling av sjukvårdstjänster inom hälso- och sjukvård (ortopedisk specialistvård) skall göras om. Domen har inte vunnit laga kraft.

Frågan i målet var huruvida landstinget kunde ingå avtal om upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster med ett bolag eller en i bolaget anställd läkare, utan att tillämpa bestämmelserna i LOU. Landstinget åberopade att läkaren innehar en etablering enligt lagen om läkarvårdsersättning och att landstinget tidigare haft avtal om vård först med läkaren och

senare med bolaget i vilket han arbetade. Landstinget ansåg sig därför ha rätt att teckna vårdavtal med läkaren utan att genomföra en upphandling enligt LOU.

Länsrätten inhämtade ett yttrande från NOU som bl.a. uppgav att det inte fanns tillräcklig identitet mellan det vårdavtal landstinget angav sig ha för avsikt att tilldela läkaren och sådan ersättning som läkaren eventuellt skulle kunna vara berättigad till på grund av att han den 31 december 1993 fanns upptagen på försäkringskassans förteckning. Det tidigare avtalet var avslutat och ett nytt vårdavtal skulle därmed ingås i strid med LOU. NOU hänvisade till sina tidigare yttranden och till Kammarrättens i Göteborg beslut den 15 juni 2001 (mål nr 3165-2001).

Länsrätten konstaterar att omständigheterna i målet är i den väsentliga huvudfrågan desamma som i det fall som prövats av kammarrätten. Enligt kammarrättens uppfattning i det målet torde det inte 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 i en upphandlingssituation. Kammarrätten förordnade att ifrågavarande avtal inte fick träffas. I beslut den 23 juni 2001 avvisade Regeringsrätten begäran om prövningstillstånd (mål nr 4115-2001).

Länsrätten gjorde mot bakgrund härav följande bedömning. Vad som anförts i betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (SOU 1999:149 sid. 121 ff.) och vad NOU anför talar inte för landstingets ståndpunkt. Inhämtat yttrande från NOU uttalar att LOU är tillämplig för den aktuella upphandlingen. Det är viktigt att skapa den konkurrens som lagstiftaren vill värna om. Bestämmelserna i lagen om läkarvårdsersättning kan inte i detta fall utgöra skäl att inskränka tillämpningsområdet för LOU. Länsrätten finner att landstinget felaktigt har underlåtit att iaktta LOU och att upphandlingen därför skall göras om.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- Domen som meddelades av Umeå tingsrätt (mål nr T 2112-98) och som refererades i *NOU info mars –00* sid. 19, har som tidigare uppgivits överklagats till Hovrätten för Övre Norrland. Målet avser en förenklad upphandling av resebyråttjänster genomförd av Västerbottens läns landsting. Hovrätten har i dom (mål nr T 152/99) fastställt tingsrättens domslut att ogilla käromålet. Hovrättens dom har vunnit laga kraft.

Landstinget ansågs enligt tingsrättens dom ha haft affärsmässiga skäl att genomföra prisförhandlingar. Prisförhandlingarna bedömdes ha varit förenliga med LOU:s regelsystem. Fråga är i målet också huruvida det strider mot LOU att vid anbud som bedöms vara likvärdiga välja den ene anbudsgivaren framför den andre under motivering av tidigare erfarenheter och omställningsproblem, utan att detta framgår av anbudsinfordran. Tingsrätten konstaterar att LOU inte anvisar hur en situation som denna skall lösas men att landstingets val av anbud inte strider mot LOU eftersom valet varit affärsmässigt betingat.

Hovrätten har fastställt tingsrättens domslut och uppger bland annat följande. ”Som tingsrätten också konstaterade regleras inte i 6 kap. LOU den i målet uppkomna situationen att två anbud efter utvärdering betraktas som likvärdiga. I 15 § andra stycket upphandlingsreglementet föreskrevs dock att om två eller flera anbud var likvärdiga fick myndigheten välja mellan anbudet eller infordra skiljebud. Den upphandlande myndigheten hade således i den situationen frihet att välja vilket som helst av de likvärdiga anbudet. Det



är enligt hovrättens uppfattning fullt förenligt med kravet på affärsmässighet att ett sådant val styrs av den upphandlande enhetens tidigare erfarenheter av anbudsgivaren.” Hovrätten uppger vidare ”...att ett val under sådana förhållanden inte utgör en del av den kvalificerings- och utvärderingsprocess som föregått denna valsituation, utan ett led i ett affärsmässigt genomfört slutligt val av leverantör vid likvärdiga anbud.”

*NOU:s kommentar.* Upphandlande enheter bör observera att det torde vara relativt ovanligt att situationen uppstår att enheten skall välja mellan två helt likvärdiga anbud.

I sammanhanget kan också påpekas att en tidigare leverantör till den upphandlande enheten kan ha vissa fördelar framför andra tänkbara leverantörer. Fördelarna kan t.ex. bestå i att leverantören till följd av sin erfarenhet har bättre underlag för att avge anbud. Sådana fördelar kan sägas vara såväl naturliga som godtagbara. Länsrätten i Älvsborgs län har i en dom (mål nr 3066-95) som tidigare refererats i *NOU info sammanställning 1996* avsnitt 19.3.2 sid. 64 betonat att skillnader i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer skall reduceras vid utformningen av förfrågningsunderlaget genom att underlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar den tidigare leverantören. NOU vill här lägga till att det också är viktigt att upphandlande enheter anpassar anbudstiden så att den inte gynnar den tidigare leverantören, utan att den bestäms så att nya tänkbara leverantörer verkligen ges tid för eventuella förberedelser så att de kan inkomma med konkurrenskraftiga anbud.

- Stockholms tingsrätt har meddelat dom i ett skadeståndsmål enligt LOU (mål nr T 8-643-98) avseende en upphandling genomförd av Försvarsmakten (staten) och benämnd ”Uppgradering av KUL99 med steg 2A”. Tingsrätten fastställer i sin mellandom att den klagande leverantören har rätt att kräva skadestånd även om något skriftligt upphandlingsavtal inte har upprättats. Målet överklagades till Svea hovrätt som i sitt domslut (mål nr T 3648-00) uppgav att skadeståndsskyldighet för staten inte är utesluten på den grunden att ett skriftligt upphandlingsavtal inte slutits. Hovrättens dom har vunnit laga kraft.

Staten hävdade bland annat att den klagande leverantören inte kan kräva skadestånd eftersom något skriftligt upphandlingsavtal aldrig upprättats beträffande upphandlingen ifråga och överprövningsrätten enligt 7 kap. 1 § och 2 § LOU formellt därmed kvarstår.

Tingsrätten uppger att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. I praxis har fastslagits att ett sådant upphandlingsavtal måste vara skriftligt. Avsikten med bestämmelsen om överprövning är enligt förarbetena att man skall kunna angripa en feltillämpning av LOU på ett så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer.

Tingsrätten uppger vidare att upphandlingsförfarandet i förevarande fall ostridigt har avslutats utan att något skriftligt upphandlingsavtal enligt LOU har slutits. Det är också ostridigt att den upphandlade tjänsten utförts av /leverantören/. Möjligheten för domstol att genom överprövning ingripa mot upphandlingen saknar därmed praktisk betydelse, eftersom upphandlingen varken kan göras om eller rättas till.

I hovrättens dom uppges bland annat följande. ”Även om ett skriftligt upphandlingsavtal inte har träffats måste en upphandling anses ha kommit till stånd i vart fall då /leverantören/, utan att Staten motsatte sig det, påbörjat utförandet av tjänsten. På grund härav har /den klagande leverantören/ vid upphandlingen av tjänsten slutligt gått miste om uppdraget i följd

varav skada enligt 7 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling kan ha uppkommit. Enbart den omständigheten att något skriftligt upphandlingsavtal inte har slutits beträffande den ifrågavarande upphandlingen innebär därför inte skadeståndsskyldighet...”.

## Miljö

### EG-kommissionens miljötolkningsdokument

EG-kommissionen har kommit med ett tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. I tolkningsmeddelandet har behandlats vilka möjligheter som enligt gällande gemenskapslagstiftning finns att integrera miljöhänsyn i de olika faserna av offentlig upphandling. Tolkningsmeddelandet finns på svenska och kan nås från NOU:s hemsida.

Den första möjligheten att ta miljöhänsyn finns i fasen när man väljer själva kontraktsföremålet. Föremålet får inte beskrivas så att anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas. Frågan om ett val av föremålet är förenlig med gemenskapslagstiftningen måste bedömas från fall till fall.

#### *Tekniska specifikationer av kontraktsföremålet och möjligheten att ange miljörelaterade krav*

De tekniska specifikationerna skall innehålla alla de krav som de upphandlande enheterna ställer för att se till att produkten eller tjänsten uppfyller det avsedda ändamålet. Dessa tekniska specifikationer skall innehålla objektiva, mätbara uppgifter om kontraktsföremålet och de krav som ställs måste därmed vara direkt kopplade till kontraktsföremålet.

För närvarande finns det få europeiska eller nationella standarder som gäller produkters eller tjänsters miljöprestanda. Detta betyder att de upphandlande enheterna, i väntan på att miljöprestanda införlivas med standarderna, efter egen uppfattning kan ange vilken grad av miljöprestanda som krävs i samband med en viss upphandling, under förutsättning att detta inte leder till diskriminering. De upphandlande enheterna får kräva ett högre miljöskydd på bestämda punkter än vad som krävs enligt lagstiftning eller i standarder, men detta får inte leda till att tillgången till kontraktet begränsas eller till diskriminering mot potentiella anbudsgivare.

De upphandlande enheterna får ställa krav på att visst material skall användas om det bidrar till varans eller tjänstens egenskaper på ett sådant sätt att det av den upphandlande myndigheten avsedda ändamålet uppfylls. Som exempel ges krav på returglas eller annat återanvänt material.

Inom vissa gränser får en upphandlande enhet kräva att en viss tillverkningsprocess skall tillämpas. Kraven måste bidra till produktens karaktär och göra det lättare att specificera kraven på produktprestanda (synliga eller osynliga). Ekologiskt odlade livsmedel eller grön el ges som exempel på produkter som särskiljer sig p.g.a. att en miljövänlig tillverkningsprocess har använts. Inom ramen för den tekniska specifikationen går det däremot inte att ställa krav som inte rör själva produktionen t.ex. hur företaget sköts.

I de tekniska specifikationerna kan miljöprestanda anges i överensstämmelse med krav för miljömärkning. De upphandlande enheterna får dock inte godta enbart intyg på miljömärkning utan måste även godta andra typer av bevis, t.ex. testrapporter.

### *Urval av anbudsgivare*

Syftet med urvalsfasen är att finna de anbudsgivare som den upphandlande enheten anser kunna fullgöra kontraktet på bästa sätt. De olika kraven måste därför ha direkt koppling till kontraktföremålet eller fullgörandet av kontraktet.

I upphandlingsdirektiven anges grunder på vilka ett företag kan uteslutas från deltagande i en upphandling. Relevanta grunder är om leverantör har fällts för brott mot yrkesetiken enligt lagakraftvunnen dom eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som kan styrkas av den upphandlande enheten. Om överträdelser av miljölagstiftningen enligt lag betraktas som ett brott mot yrkesetiken och domen har vunnit laga kraft, kan således en anbudsgivare uteslutas från deltagande.

Det finns möjlighet att ta miljöhänsyn vad avser anbudsgivarens tekniska kapacitet att fullgöra kontraktet. I upphandlingsdirektiven förtecknas uttömmande de bevis på teknisk kapacitet som får krävas in. I vissa fall kan en del bevis avse miljöaspekter. Särskild erfarenhet får krävas för att fastställa att anbudsgivarna har teknisk kapacitet och kunnande om fullgörandet av deras åtagande kräver det.

Delar av ett företags eller organisations miljöprogram och miljöledningssystem kan i vissa situationer betraktas som en eller flera av de referenser som kan krävas för att fastställa ett företags tekniska kapacitet. För att systemet skall kunna komma ifråga som ett sätt att styrka den tekniska kapaciteten bör det påverka varornas kvalitet eller ett företags kapacitet att fullgöra ett kontrakt med miljökrav. Miljöledningssystem och innehållet i miljöprogrammen kan dock variera mellan olika företag och organisationer och det går därför inte att ge något generellt svar på frågan om en EMAS - registrering i sig kan vara en av de uppgifter enligt de uttömmande förteckningarna i upphandlingsdirektiven som kan anföras för att styrka ett företags eller en organisations tekniska kapacitet. De upphandlande enheterna får dock inte utesluta andra sätt och bara acceptera registrering i EMAS. Även andra typer av intyg och bevis skall accepteras.

### *Kontraktstilldelning*

Av tolkningsmeddelande framgår följande. ”Miljöfaktorer kan användas för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, om dessa faktorer medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten som kan hänföras till den vara eller tjänst som är föremålet för upphandlingen.”

Tilldelningskriteriernas funktion är att bedöma anbudens inneboende kvalitet vilket betyder att de måste vara direkt kopplade till kontraktsföremålet. Ett exempel på hur man kan beakta miljö vid prövning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga är att ta hänsyn till de kostnader som uppstår under en produkts livscykel *och som kommer att bäras av den upphandlande myndigheten.*

Frågan huruvida varje enskilt tilldelningskriterium måste medföra en ekonomisk fördel direkt för den upphandlande enheten har ställts till EG-domstolen i mål C-513/99. Dom väntas i

slutet av 2001. EG-kommissionen har tidigare tagit ställning för att varje enskilt tilldelningskriterium måste medföra en ekonomisk fördel direkt för den upphandlande enheten.

### *Utförande av kontrakt*

De upphandlande enheterna får fastställa kontraktsklausuler som syftar till att skydda miljön. Kraven måste ha bäring på prestanda eller utförandet av kontraktet och måste stå i överensstämmelse med de allmänna bestämmelserna och principerna i EG-fördraget, i synnerhet principen om icke diskriminering.

### *Upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven*

Avseende upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven gäller att kraven måste vara förenliga med gemenskapens lagstiftning och de EG-rättsliga principerna, d.v.s. icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, ömsesidigt erkännande och öppenhet.

*NOU:s kommentar.* NOU anser inte att miljötolkningsdokumentet tillför några väsentliga nyheter samt att tolkningsdokumentet i stort sett bekräftar NOU:s tidigare bedömningar. NOU vill framhålla att alla krav som ställs i en upphandling måste vara förenliga med de grundläggande EG-rättsliga principerna och en bedömning måste göras vid varje enskild upphandling.

## Offentlighet och sekretess

### Röjd identitet av en presumtiv anbudsgivare

Justitieombudsmannen (JO) har utrett om Mora kommun brutit mot gällande sekretessregler i 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) genom att röja identiteten hos en av de presumtiva anbudsgivarna för de övriga under ett anbudsförfarande. I ett förtydligande av förfrågningsunderlaget namngavs den leverantör som begärt förtydligandet och dennes brev till kommunen bifogades och skickades ut till samtliga mottagare av underlaget.

JO uppger i beslutet (dnr 518-2000) ”Upphandlingsenheten vid Mora kommun har under ett pågående anbudsförfarande röjt identiteten hos en av de presumtiva anbudsgivarna för de övriga. Uppgiften omfattas av absolut sekretess enligt ovan nämnda bestämmelse. Jag ser givetvis mycket allvarligt på det inträffade och har övervägt att driva ärendet vidare. Med hänsyn till att kommunen är medveten om att ett misstag har begåtts och till omständigheterna i övrigt avstår jag från det. Jag förutsätter att kommunen vidtagit åtgärder för att förhindra ett upprepande.”

## Övrigt

### EG-kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn

EG-kommissionens ”Tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling”

antogs den 15 oktober 2001. I tolkningsmeddelandet redogör EG-kommissionen för de olika steg som finns i ett upphandlingsförfarande och de möjligheter som upphandlande enheter har att ta sociala hänsyn vid varje sådant steg. EG-kommissionen redogör också för möjligheterna att ta sociala hänsyn vid icke-direktivstyrda upphandlingar och vid upphandlingar av B-tjänster.

EG-kommissionen menar att det är framför allt i samband med uppställda villkor avseende utförandet av kontraktet som ett offentligt upphandlingskontrakt kan vara ett medel att främja olika sociala mål. Direktiven om offentlig upphandling erbjuder dessutom möjligheter att ta sociala hänsyn som är kopplade till de produkter eller tjänster som skall upphandlas, i synnerhet vid utarbetandet av de tekniska specifikationerna och kriterierna för urval av anbudsgivare. Villkoren som ställs måste vara förenliga med gemenskapsrätten och framför allt principen om icke-diskriminering.

EG-kommissionen konstaterar att om fler eller andra hänsyn än de som redan anges i de gällande direktiven om offentlig upphandling skall införas, krävs en ändring av dessa direktiv.

NOU återkommer i kommande nummer av NOU info med en utförlig redovisning av tolkningsmeddelandet, vilket återfinns i sin helhet på SIMAP:s hemsida (<http://simap.eu.int/SV/pub/src/welcome.htm>).

## Företagarguiden

NUTEK utvecklar på uppdrag av regeringen en internetportal - Företagarguiden. Målgruppen är företagare i små och medelstora företag, de som planerar att starta eget och företagsrådgivare. Portalen skall förenkla för dessa att hitta relevant information från myndigheter och offentliga aktörer. NOU är en av Företagarguidens samarbetspartners. Företagarguiden finns på adressen [www.foretagarguiden.gov.se](http://www.foretagarguiden.gov.se).

## NOU: s nyhetsbrev juni 2001

(Mid)sommar! Perfekt tid för ett nyhetsbrev från NOU och för - tro mig eller ej - miljötolkningsdokumentet från Kommissionen. Det senare ska kunna hämtas på Kommissionens hemsida fr.o.m. midsommaraftonen.

Det är väl bara Sverige och Finland som i stället firar den dagen med välförtjänt ledighet?

Efter Sveriges ordförandeskap i den rådsarbetsgrupp som omfattar offentlig upphandling, återstår diskussioner främst om det föreslagna direktivtillägget om "competitive dialogue". Det är Belgien som nu får ta över. Sveriges ordförande i gruppen, Charlotte Hedberg från Finansdepartementet, tillika nämndledamot i NOU, sägs ha fått "Med beröm godkänt" från Kommissionshåll, vilket är roligt. Vi tror väl också att hon haft god hjälp av Rickard Falkendal, som vi nu äntligen får tillbaka till NOU:s kansli.

Tänk på att reglerna om obligatorisk annonsering *under* tröskelvärdena slår igenom fullt ut den 1 juli. Du som inte vet vad jag pratar om: Ta snarast en titt i lagändringen SFS 2000:877.

Och du! Klaga nu inte på LOU igen. Den ska tillgodose inte bara EU:s- och därmed Sveriges - krav på fri rörlighet över gränserna utan också flera, i många fall oförenliga viljeriktningar här hemma. Dessutom behöver de flesta förmodligen inte jobba med mer än begränsade delar av regelsystemet.

Ännu flera förhoppningar om vad upphandlingsregler skall kunna åstadkomma framöver finns... Diskussionerna går vidare om Upphandlingskommitténs förslag. Det blir spännande att se remissvaren i augusti.

Men först spanner vi av lite på NOU, särskilt under veckorna 28-29, då ni inte kan få någon telefonservice, men då är väl ni också lediga? Och inte är det väl så att en massa anbudsinfordringar har skickats ut lagom till leverantörernas semester med begäran om anbud senast när inköparen kommer åter, utvilad från sin?

Glöm inte att svara på statistikinfordran från SCB, som görs på uppdrag av NOU!

En trevlig, regnfattig sommar önskar er

Margareta Hentze

PS. På förekommen anledning vill NOU erinra om vikten av att principen om likabehandling efterlevs vid upphandling av kommunala revisionstjänster. Använd t.ex. den handledning som getts ut av Kommunförbundet och Landstingsförbundet i samverkan, innan upphandling påbörjas. DS

## Innehåll

Tillämpning av LOU.....	3
Bemanningsföretag.....	3
Postbefordran.....	3
Krav och kompletteringar.....	3
Uppköp av en upphandlad leverantörs företag.....	3
Köp av mäklartjänster.....	4
EU strukturfonder.....	4
"Avknoppning".....	5
Sponsringsavtal.....	5
Upphandlingsförfaranden .....	5
Annonsering över tröskelvärdena .....	5
Upphandling inom försörjningssektorerna.....	7
NOU:s telefonservice.....	8
NOU:s ärenden och yttranden.....	9
Regeringskansliets upphandling av konsulttjänster inom juridik och ekonomi.....	9
Sponsringsavtal.....	10
Urvalsupphandling.....	11
Framtida anskaffningar utöver det som regleras i avtalet.....	12
Rättsfall.....	12
Mål i EG-domstolen .....	12
Mål i kammarrätt och länsrätt.....	16
Miljö .....	17
Offentlighet och sekretess.....	18

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 260 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -01"

## Tillämpning av LOU

### Bemanningsföretag

NOU vill påminna om att en upphandlande enhet som avser att anlita ett bemanningsföretag i syfte att hyra in personal, måste upphandla dessa tjänster i konkurrens enligt LOU. Anställningsavtal omfattas däremot inte av LOU enligt 5 kap. 1 § 6 p.

### Postbefordran

NOU vill även påminna om att upphandling av postbefordran omfattas av LOU. NOU har fått flera samtal från leverantörer av sådana tjänster som hävdar att dessa inte upphandlas på det sätt som föreskrivs i LOU. Postbefordran återfinns under kategori 4 i förteckningen över tjänster i bilagan till LOU och skall således upphandlas enligt 5 kap. om det beräknade värdet av kontraktet överstiger tröskelvärdet för enheten. Posten AB anser sig inte ha ensamrätt på postbefordran vilket medför att undantaget från LOU enligt 5 kap 2 § inte är tillämpligt.

### Krav och kompletteringar

NOU refererar i detta nummer (sid.16) två rättsfall vilka betonar vikten av att anbudsgivarna uppfyller alla formella krav, såsom egenhändig underskrift och att anbudet lämnas på det sätt som den upphandlande enheten angivit. Det finns t.ex. ingen generell rättighet att lämna anbud per telefax. I domen kommenteras också huruvida en upphandlande enhet har skyldighet att tillåta rättelse eller komplettering av anbudsunderskrift.

### 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 avtalsparten 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.

### Köp av mäklartjänster

Det kan förekomma att olika typer av mäklare, t.ex. IT-mäklare, lämnar anbud i offentliga upphandlingar. EG-domstolen har i en dom den 2 december 1999 (Holst Italia Spa) behandlat en begäran om förhandsbesked beträffande rätten för en leverantör att åberopa annat företags kapacitet i en upphandling, se NOU info dec-99 sid. 21. EG-domstolen menade att tjänstedirektivet (direktiv 92/50/EEG) tillåter att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbuds-förfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet. Detta är möjligt, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet.

Den upphandlande enheten måste alltså i varje enskilt fall bedöma, om en mäklare utan egen verksamhet som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, faktiskt förfogar över sådana resurser hos andra företag. Avtalen mellan mäklare/anbudsgivare och underleverantör måste därför granskas särskilt i de upphandlingar där anbudsgivaren åberopar underleverantörernas kapacitet.

### EU:s strukturfonder

NOU har mottagit flera frågor om upphandling finansierad via strukturfonder. Flera av dessa handlar om tillämpning av LOU i projekt som mottar EU-medel. Frågan regleras i art. 7 i rådsförordningen 2052/88 (ändrad genom förordningen 2081/93). Av EG-domstolens dom den 15 januari 1998, mål C-44/99 (Mannesmann, p. 47 - 49 ) framgår att bestämmelsen skall tolkas så, att det för gemenskapsfinansiering av projekt *inte* fordras att mottagarna följer det prövningsförfarande som föreskrivs i direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet), om dessa inte *själva* är upphandlande enheter. NOU har återgivit samma ståndpunkt i NOU info oktober 1997. NOU vill med anledning av de många frågorna upprepa, att en upphandlande enhet som omfattas av definitionen i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU givetvis skall tillämpa LOU även vid upphandlingar som finansieras av EU-medel, t.ex. från strukturfonderna. De som inte är upphandlande enheter behöver inte tillämpa LOU bara för att de mottar EU-medel. Upphandling som görs gemensamt av en upphandlande enhet och en beställare som inte är

upphandlande enhet skall givetvis ske enligt LOU, eftersom den upphandlande enheten lagligen inte kan tilldela kontraktet om inte reglerna följs.

### ”Avknoppning”

NOU har upprepade gånger uttalat att en upphandlande enhet inte får tilldela en ”avknoppad” verksamhet ett kontrakt utan en föregående upphandling. Upphandlingen måste konkurrensutsättas. NOU har angivit detta i bl.a. rapporten om kommuners och landstings möjligheter enligt (lagen (1992.1528) om offentlig upphandling) LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. samt i NOU:s yttrande i Regeringsrättens mål RÅ 1998 not 44.

### Sponsringsavtal

NOU anser att leveranser som bygger på sponsringsavtal inte självklart får undantas från LOU:s reglering. Se yttrande på sid 10.

## Upphandlingsförfaranden

### Urvalsupphandling

NOU anser att förhandling bör anses tillåten vid urvalsupphandling men har tillskrivit regeringen om att lagtexten inte säkert tillåter denna tolkning.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Online-annonsering i Gemenskapernas Officiella tidning (EGT)/TED

#### SIMAP- projektet

EG-kommissionen har för ett antal år sedan initierat ett projekt som syftar till att med hjälp av informationsteknik underlätta upphandling av framförallt varor, s.k. A-tjänster och byggtreprenader som överskrider tröskelvärdena. Projektet heter Système d'Information pour les Marchés Publics – SIMAP. Sedan en tid tillbaka erbjuder SIMAP online blanketter med kommentarer för annonsering av upphandlingar elektroniskt i EGT/TED. SIMAP:s hemsida återfinns på adressen (<http://simap.eu.int/SV/pub/src/welcome.htm>). På NOU hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)) finns också en länk till SIMAP.

För att komma till annonsblanketterna går man in under rubriken ”**inköarpunkt**” på SIMAP:s hemsida.

## Registrering av upphandlarprofil

Innan en upphandlare kan använda online-blanketterna, måste han eller hon registrera den upphandlande enhetens ”upphandlarprofil”. Registreringen är okomplicerad och gratis. Kort efter registreringen får inköparen en användaridentitet och ett lösenord med e-post. Därefter kan inköparen använda alla tillgängliga funktioner på hemsidan, inklusive annonsblanketterna. Den upphandlande enhetens ”upphandlarprofil” kan när som helst redigeras.

## Annonsering online

Annonsblanketterna återfinns under rubriken ”online-formulären för tillkännagivande”. Informationen i online-formulären kan ändras och skickas till Publikationskontoret med hjälp av den personliga dokumenthanteraren. Upphandlaren behöver inte installera någon speciell applikation i sin PC. Han eller hon behöver bara en kompatibel webbläsare.

Under rubriken ”**online-formulären för tillkännagivande**” återfinns följande blanketter:

- ANBUDESINFORDRAN;
- FÖRHANDSINFORMATION (PIN) - Bygg- och anläggningsarbeten;
- FÖRHANDSINFORMATION (PIN) - Varor & Tjänster;
- KONTRAKTSTILLDELNING;
- MEDDELANDE OM TILLDELNING AV KONTRAKT, NYTTOFÖRETAG, dvs. företag inom försörjningssektorerna;
- FÖRHANDSANNONSERING, NYTTOFÖRETAG (ej tävlingsförfarande) – Bygg- och anläggningsarbeten;
- FÖRHANDSANNONSERING, NYTTOFÖRETAG (ej tävlingsförfarande) – Varor & Tjänster;
- FÖRHANDSANNONSERING, NYTTOFÖRETAG (tävlingsförfarande) - Bygg- och anläggningsarbeten;
- FÖRHANDSANNONSERING, NYTTOFÖRETAG (tävlingsförfarande) - Varor & Tjänster;
- TILLDELADE KONTRAKT - försörjningssektorerna;
- KONTRAKTSMEDDELANDE (Bygg- och anläggningskontrakt som skall tilldelas av koncessionsinnehavare);
- KONCESSION;
- FORMGIVNINGSTÄVLAN.;
- RESULTAT AV FORMGIVNINGSTÄVLAN och
- KVALIFIKATIONSSYSTEM - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA

**Viktigt** är att de röda fälten i formuläret ifylls.

## Personlig dokumenthanterare

I den personliga dokumenthanteraren sparas de annonser m.m. som inköparen har gjort i verktyget. De dokument som har skapats kan inköparen när som helst:

- uppdatera, förutsatt att de inte har publicerats än,
- kopiera, dvs. skapa ett nytt identiskt dokument med ny ID ,
- publicera (observera att när ett dokument har publicerats kan det inte ändras),

-radera, förutsatt att de inte har publicerats än.

Annonsunderlaget kan skickas on-line till publikationskontoret enligt vidare instruktioner på hemsidan. Den upphandlande enheten får själv bevaka att det kommer in i TED i "rätt skick".

## Söka och hämta annonser

Intresserade leverantörer m.fl. kan söka och hämta annonser som annonserats i TED och söka i databasen för upphandlingsmöjligheter under rubrikerna "Inköparpunkt". De kan också söka i "Upphandlarprofiler" för att se vad olika organisationer köper, planerar att köpa eller har köpt.

## Kontakt med SIMAP

Om Ni har frågor om SIMAP:s administration eller vill kommentera SIMAP:s hemsida, skicka ett e-postmeddelande till SIMAP-kontoret på kommissionens Generaldirektorat:

Inre Marknad ([MARKT-SIMAP@cec.eu.int](mailto:MARKT-SIMAP@cec.eu.int)).

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Skyldighet att lämna ut information rörande upphandlingar

NOU har erfarit att det råder osäkerhet huruvida sådana upphandlande enheter inom försörjningssektorerna som inte omfattas av offentlighetsprincipen har någon skyldighet att lämna ut information rörande upphandlingar. NOU vill därför meddela följande.

NOU utövar inte tillsyn över tillämpningen av frågor som inte särskilt regleras i LOU. NOU anser att reglerna för upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och sekretesslagen bör bli föremål för en utredning avseende kravet på öppenhet/transparens vid offentlig upphandling. NOU har meddelat detta regeringen i en utredning till finansdepartementet året 1998 och på nytt i en skrivelse till justitiedepartementet den 28 november 2000.

Offentlighetsprincipen kan inte åberopas av någon som vill få ut handlingar hos upphandlande enheter som inte omfattas av principen. Däremot följer av 4 kap. 15 § 3 st. att en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen kan begära att en upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1-3 så snart som möjligt skall lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.

Föreskrifter om bevarandet av uppgifter vid upphandling över tröskelvärdena finns i LOU 4 kap. 27 §. En upphandlande enhet inom försörjningssektorerna skall för varje upphandling bevara uppgifter om

1. skälen för de krav som enheten ställt på leverantörerna och för urvalet av dessa,
  2. grunden för prövningen av anbud,
  3. skälen för avstående av annonsering enligt 16 § andra stycket genom hänvisning till någon av punkterna i det stycket,
  4. skälen för tillämpning av 15 a §,
  5. tillämpat undantag som avses i 4 kap. 5§.
- Uppgifterna skall bevaras i fyra år.

I art. 41 direktivet 93/38/EEG anges att den upphandlande enheten skall bevara ändamålsenlig information så att den vid senare tillfälle lämna upplysningar till EG kommissionen. Reglerna i LOU är därmed av särskild betydelse för de upphandlande enheter som inte har att följa tryckfrihetsförordningen och offentlighetsprincipen.

Regler om dokumentation och underrättelse vid upphandling under tröskelvärdena m.m. finns i 6 kap. 13 – 15 §§ LOU. I dessa anges bl.a. att den upphandlande enheten skall underrätta anbudsgivarna om att anbud antagits eller inte antagits.

## NOU:s telefonservice

NOU:s uppgifter består bl.a. i att sprida information per telefon. Under en period på 30 dagar har NOU fört statistik över de frågor som ställts till myndigheten under telefonjouren (9.00 till 11.30 varje arbetsdag).

Under 30 dagar svarade NOU på sammanlagt 657 olika frågeställningar. De vanligaste frågorna rör allmän information om LOU och EG direktiven, LOU:s tillämpningsområde och dess omfattning, allmänt om olika typer av upphandlingsförfaranden, frågor om förfrågningsunderlag, hur man skall gå tillväga i olika tjänstepphandlingar t.ex. en konsultupphandling, om hur man skall tolka avtal, nya lagändringar, annonsering samt sekretessfrågor.

Främst är det upphandlande enheter som ringer men även leverantörer samt jurister från advokatbyråer och upphandlingskonsulter. Övriga frågeställare har varit journalister, studenter och allmänheten i övrigt.

NOU får inte ha rådgivning utan sprider endast allmän information. Vid behov av rådgivning i ett upphandlingsärende får man därför vända sig till en jurist eller upphandlingskonsult. NOU tolkar heller inte avtal och skall ej heller behandla frågor rörande sekretess. Om en myndighet (statlig eller kommunal) eller ett kommunalt bolag inte lämnar ut en handling i ett upphandlingsärende kan beslutet överklagas till kammarrätt.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Regeringskansliets upphandling av konsulttjänster inom juridik och ekonomi

*Fråga huruvida krav på auktoriserade revisorer kan anses berättigat vid upphandling av ramavtal som omfattar konsulttjänster inom juridik och ekonomi (NOU:s dnr 2000/0138-26 och 2000/0187-26).*

NOU har vid nämndsammanträde den 21 mars 2001 beslutat om utformningen av ett yttrande rörande klagomål mot 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.

Av yttranden till NOU har framgått följande. De klagande anser i huvudsak att kravet är alltför långtgående och begränsar konkurrensen på området. De anför bl.a. att "leverantörer som tidigare anlåtats genom åren för vissa av de angivna tjänsterna inte längre kan vara med och lämna anbud på grund av det angivna kravet". Regeringskansliet anför bl.a. att tyngdpunkten för de ekonomiska konsulttjänsterna som efterfrågades i upphandlingen ligger på revision, uppföljning och utvärdering. Auktorisation ger enligt Regeringskansliet en garanti för att ett upphandlat revisionsbolag håller en hög kvalitet."

NOU har vid sin bedömning av ärendet påtalat att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU samt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna skall beaktas vid all offentlig upphandling. NOU hänvisar i sitt beslut till kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (12.4.2000) där följande anføres. "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."

I 7 § förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling, finns angivet vilka bevis som den upphandlande enheten får kräva av leverantören.

Mot denna bakgrund anser NOU att det generellt sett inte föreligger några "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 utvärdering.”

NOU fortsätter:

”Auktorisation innebär dock 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 eftersträvats. 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.”

## Sponsringsavtal

*NOU anser att utgångspunkten för svaret på frågan om ett sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU är om det slutna kontraktet är ett upphandlingskontrakt eller inte, d.v.s. 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. (Beslut vid nämndsammanträde den 30 maj 2001, dnr 2001/0115-29)*

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

uppmärksamma regeringen på att LOU inte innehåller några entydiga regler om i vilken utsträckning sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU. NOU har också meddelat regeringen följande uppfattning i frågan.

Efter en genomgång av vad som menas begreppet sponsring och redogörelse för vissa andra myndigheters inställning i frågan har NOU angivit, att nämnden utgår från att begreppet sponsring inte rätteligen bör användas för rent benefika transaktioner (=gåvor). NOU:s bedömning är att ett sponsringsavtal i vissa fall kan ses som ett erbjudande till ett företag eller en 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. Bakgrunden till ett sponsringsavtal kan i andra fall vara att sponsringsmottagaren i stället för betalning för beställda leveranser erbjuder ett företag eller en 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.

Vidare sägs:

”NOU:s nuvarande ståndpunkt är således att sponsringsmottagaren, om inte hinder framkommer av annan lagstiftning eller lämplighetsöverväganden, får motta ett resurstillskott som t.ex. möjliggör projekt som annars inte skulle kunna genomföras. Resurstillskottet skall dock normalt inte användas till att tilldela sponsorsföretaget 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 klagörande. Det är angeläget att samma tolkning råder inom hela Europeiska unionen. NOU har därför överlämnat skrivelsen till regeringen.

NOU har vidare beslutat att avsluta alla ärenden angående sponsringen av EU-ordförandeskapet genom en hänvisning till ovannämnt yttrande.

## Urvalsupphandling

*NOU har gjort regeringen uppmärksam på, att det inte kan anses klarlagt  
- om en upphandlande enhet får förhandla vid urvalsupphandling samt  
- när en leverantör skall underrättas om att han inte får lämna anbud.*



NOU anger i sin skrivelse till regeringen 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.”

I avvaktan på en lagreglering eller uttalanden i frågan anser NOU att en upphandlande enhet, i likhet med vad som gäller vid selektiv upphandling över tröskelvärdena, lämpligen utan dröjsmål bör underrätta anbudssökanden om de blivit eller inte blivit kvalificerade att få lämna in ett anbud.

## Framtida anskaffningar utöver det som regleras i avtalet

*NOU har vid ett nämndsammanträde uttalat 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 (NOU:s ärende dnr 2001/0036-21). NOU betonar att det inte är NOU:s roll att göra tolkning av slutna avtal och att NOU inte tar 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.”*

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

### Nationell bestämmelse om köp av el från lokala förnybara energikällor

EG-domstolen har i mål om förhandsbesked, mål C 379/98, mellan PreussenElektra AG och Schleswig AG, behandlat frågan om artikel 30 i EG fördraget skall tolkas så, att en nationell bestämmelse, enligt vilken företag förpliktas att till minimipriser köpa el från förnybara energikällor och enligt vilken nätoperatören skall stå för kostnaden utan ersättning, utgör en kvantitativ importrestriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 30 (nuvarande artikel 28) i EG-fördraget.

Enligt 6 I 2 § i den tyska lagen av den 7 december 1990 (Stromeinspeisungsgesetz) om inmatning av el från förnybara energikällor i det allmänna nätet föreskrivs att elförsörjningsföretagen har en skyldighet att köpa den el från förnybara energikällor som produceras inom deras försörjningsområde. För denna el skall ett visst pris betalas i enlighet med villkoren i 3 §. Vad gäller el ur produktionsanläggningar som inte ligger inom en nätoperatörs försörjningsområde, gäller denna skyldighet för det företag vars inmatningsnät befinner sig närmast anläggningen.

I en fotnot till Stromeinspeisungsgesetz anges att lagen har genomfört Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el. Detta direktiv anger följande i artikel 8.3:

”En medlemsstat kan ålägga den nätansvarige att, då denne avgör inmatningsanordningen mellan produktionsanläggningar, prioritera anläggningar som använder förnybara energikällor eller avfall eller producerar el i anläggningar för kombinerad el- och värmeproduktion.” Artikel 11.3 i samma direktiv har följande innehåll:” En medlemsstat kan ålägga den nätansvarige för distributionsnätet att, då denne avgör inmatningsanordningen mellan produktionsanläggningar, prioritera anläggningar som använder förnybara energikällor eller avfall eller producerar el i anläggningar för kombinerad el- och värmeproduktion.”

EG-domstolen konstaterar först att en sådan reglering som Stromeinspeisungsgesetz utgör, potentiellt kan hindra handeln inom gemenskapen och strida mot artikel 30. Skyldighet att köpa en viss andel av en viss produkt från inhemska leverantörer hindrar aktörer från att täcka sina behov från leverantörer i andra medlemsstater. Regleringen i Stromeinspeisungsgesetz, att elförsörjningsföretagens inköpsskyldighet enbart avser el från förnybara energikällor som produceras inom tillämpningsområdet för denna lag och inom det berörda företags försörjningsområde, kan således potentiellt hindra handeln inom gemenskapen.

EG-domstolen konstaterar även att det är svårt att bestämma elens ursprung och dess källa när elen har matats in i ett överförings- eller distributionsnät. Kommissionen anser i sitt förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/C 311 E/22 att, för att göra handeln med denna typ av el tillförlitlig och praktisk genomförbar, är det nödvändigt att medlemsstaterna inför ett system med ursprungscertifikat för el från förnybara källor.

EG-domstolen beaktar dock målet med regleringen och elmarknadens speciella egenskaper och konstaterar, att utveckling av användningen av förnybara energikällor hör till de främsta mål som gemenskapen och dess medlemsstater ställt upp avseende klimatförändringar.

EG-domstolen hänvisar dessutom till artikel 6 i EG-fördraget som anger -att miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik och

- att det anges uttryckligen i direktiv 96/92( p 28 i ingressen) att elproduktion av förnybara energikällor får prioriteras.

EG-domstolen besvarar därför frågan så, att enligt nu gällande gemenskapsbestämmelser rörande elmarknaden, är en sådan reglering som Stromeinspeisungsgesetz inte oförenlig med artikel 30 i EG-fördraget.

**NOU:s kommentar:** De ifrågasatta artiklarna i Stromeinspeisungsgesetz avser elförsörjningsföretag och de aktuella artiklarna i direktiv 96/92 avser den nätansvarige. Slutsatserna i domen kan troligen inte helt tillämpas på svenska förhållanden.

### Begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt”

EG-domstolen har i en dom den 10 maj 2001 meddelat ett förhandsavgörande i de förenade målen C-223/99 och C-260/99 (Agorà). I målen var det fråga om den privaträttsliga juridiska personen Ente Fiera omfattas av begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet). Denna artikel är införlivad i 1 kap. 6 § LOU. Bolaget Ente Fiera har till syfte att bedriva och understödja all verksamhet som avser anordnande av mässor, utställningar och kongressverksamhet. Detsamma gäller för alla initiativ som främjar handeln, gynnar presentationen av varu- och tjänsteproduktionen samt eventuell försäljning av varor och tjänster. Ente Fiera saknar vinstsyfte och bedriver verksamhet av allmänintresse. Bolagets förvaltning skall dock grundas på produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier. Vidare skall verksamheten bedrivas i enlighet med principerna i den italienska civillagen.

Med *organ som lyder under offentlig rätt* avses varje organ som

- tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person, och
- till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, *eller* vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- *eller* tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Den nationella domstolen finner det endast oklart huruvida organet i fråga har tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen konstaterar att verksamhet som avser anordnande av mässor och utställningar och andra liknande initiativ tillgodoser ett allmännyttigt behov. Den som organiserar dylika arrangemang och sammanför tillverkare och affärsmän på samma geografiska plats handlar nämligen 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 dessa att under bästa möjliga

omständigheter välja vad de skall köpa. Den stimulans till handeln som följer av detta kan enligt EG-domstolen anses avse ett allmännyttigt behov.

Där efter övergår domstolen till att undersöka huruvida ifrågavarande behov är av industriell eller kommersiell karaktär.

Domstolen hänvisar till förteckningen i direktiv 71/305/EEG och direktiv 93/37/EEG över organ som lyder under offentlig rätt som återfinns, till vilken det hänvisas i artikel 1 b i direktiv 92/50/EG. Utan att vara uttömmande är denna lista avsedd att vara så fullständig som möjligt. Vid granskning av denna förteckning framkommer att det i allmänhet är fråga om behov som dels tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels om behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.

Dessutom har domstolen, även om den har fastställt att begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag (se domen i det ovannämnda målet BFI Holding, punkt 53), funnit att förekomsten av en utvecklad konkurrens, och i synnerhet den omständigheten att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär (se domen i det ovannämnda målet BFI Holding, punkt 49).

EG-domstolen konstaterar att Ente Fiera tillhandahåller tjänsterna mot vederlag. Bolagets verksamhet tillgodoser 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.

Dessutom bör det understrykas att organet i fråga, även om det saknar vinstsyfte, enligt artikel 1 i dess bolagsordning skall drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. Då det saknas bestämmelser om ett system för kompensation för eventuell ekonomisk förlust bär Ente Fiera själv den ekonomiska risken för sin verksamhet.

Domstolen noterar dessutom att kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av den inre marknads regler för mässor och utställningar (EGT 1998, C 143, s. 2) utgör ett tecken på att mäss- och utställningsarrangemang är av industriell eller kommersiell karaktär. *Detta meddelande har bland annat till syfte att förklara på vilket sätt mäss- och utställningsarrangörer har nytta av etableringsfriheten och det fria tillhandahållandet av tjänster.*

Slutligen tyder det förhållandet att ett organ såsom det ifrågavarande bedriver verksamhet på ett konkurrensumråde på att mäss- och utställningsverksamheten inte uppfyller villkoret i artikel 1 b andra stycket första strecksatsen i direktivet. Det ankommer dock på den nationella domstolen att utreda huruvida verksamheten verkligen är konkurrensumråde med beaktande av all den verksamhet som organet bedriver på såväl internationell som nationell och regional nivå.

EG-domstolen besvarar frågan således enligt följande; ett organ 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 ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i artikel 1 b andra stycket i direktivet.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Kalmar län (mål nr 201-01) och Kammarrätten i Jönköping (mål nr 682-2001) har prövat en upphandling av färdtjänst, där Borgholms kommun beslutat att vid anbudsprövningen inte ta med ett anbud som inskickats per telefax, eftersom det ansågs ha inkommit efter anbudstidens utgång. Länsrätten avslag överklagandet och kammarrätten lämnade överklagandet utan bifall. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

Den klagande leverantören har enligt domen ingivit sitt anbud per telefax den 7 februari 2001, sista dagen av anbudstiden. Samma handlingar inlämnades till kommunen dagen efter den 8 februari. Av kommunens underlag framgår att anbud skulle lämnas i slutet och märkt kuvert.

Länsrätten uppger följande avseende möjligheten att lämna anbud per fax. ”Detta förfarande kan emellertid bara användas om upphandlande enhet har en sådan utrustning att innehållet i anbudet inte röjs förrän anbuderna skall öppnas. Borgholms kommun har uppgett att man inte har en sådan utrustning och har i förfrågningsunderlaget upplyst om att anbudet skall lämnas i slutet kuvert senast den 7 februari 2002. Möjlighet att lämna anbud per telefax har således inte funnits, varför överklagandet skall avslås”. Kammarrätten lämnade leverantörens överklagande utan bifall och domen har vunnit laga kraft.

- Länsrätten i Norrbottens län (mål nr 847-01E) har förordnat att en förenklad upphandling av skolskjutsar med buss genomförd av Piteå kommun får avslutas först sedan den klagande leverantören fått komplettera sitt anbud med underskrift. Länsrättens dom har överklagats till Kammarrätten i Sundsvall av den leverantör som kommunen fattat beslut om att anta. Kammarrätten avvisade bolagets talan i beslut (mål nr 1396-2001), på den grunden att domen inte kan anses ha gått detta bolag emot. Kammarrätten uppger att detta bolag inte kan anses ha ett sådant av LOU erkänt intresse av att länsrättens dom inte blir gällande.

Av länsrättsdomen framkommer att kommunen inte utvärderade den klagande leverantörens anbud eftersom det saknade underskrift. Kommunen beslutade att anta en konkurrent till den klagande som leverantör. Kommunen hänvisar till förfrågningsunderlaget där det anges att anbud skall lämnas skriftligen och vara undertecknat av behörig firmatecknare.

Kommunen uppgav vidare enligt domen att det enda dokument som var undertecknat var miljödeklarationen, där de intygats att lämnade uppgifter är korrekta och att oriktiga uppgifter kan innebära att ingånget avtal hävs. Detta dokument skall undertecknas av ansvarig uppgiftslämnare. Kommunen ansåg att denna underskrift inte kan gälla för hela anbudet. Anledningen till att man inte bett bolaget att komplettera sitt anbud med underskrift är att en komplettering endast får ske för att förtydliga ett redan lämnat anbud och inte för att lämna nya uppgifter eller rätta till innehållet i förfrågningsunderlaget bristfällig offert.

Leverantören uppgav enligt domen att anbudet var lämnat i ett slutet kuvert där det klart framgick vem som lämnat anbudet och där andra handlingar, som t.ex. miljödeklarationen var undertecknad.

Länsrätten refererade till 6 kap. 8 § LOU och uppgav bland annat att felet är uppenbart och att en komplettering med underskrift inte kan innebära någon särbehandling eller konkurrensbegränsning eller risk för diskriminering genom att anbudet ändras. Kommunen borde enligt länsrätten ha låtit bolaget komplettera anbudet med underskrift och utvärderat även detta anbud. Länsrätten förordnade som angivits ovan, att upphandlingen får avslutas först sedan den klagande leverantören fått komplettera sitt anbud med underskrift.

Det bolag som kommunen beslutat anta, överklagade länsrättens beslut till Kammarrätten i Sundsvall. Kammarrätten beslutade i sin tur att avvisa bolagets talan.

I beslutet uppger kammarrätten att domstolen inte har ”kunnat finna något rättsfall där en konkurrerande leverantör ansetts ha partställning och exempelvis getts tillfälle att yttra sig i ett mål som initierats av en annan leverantör. Parter har angetts vara dels den upphandlande enheten, dels den leverantör som begärt länsrättens ingripande. Lagstiftningen syftar till att ge leverantörerna rätt att få den upphandlande enhetens åtgärder prövade av domstol och den upphandlande enheten har uppenbarligen rätt att överklaga en länsrättsdom som har gått den emot. När den upphandlande enheten väljer att inte överklaga en länsrättsdom utan i stället gör om eller kompletterar upphandlingen på det sätt länsrätten föreskrivit torde varje leverantör ha en möjlighet att hos länsrätten begära åtgärder gentemot detta nya förfarande.”

Kammarrätten uppger att bolaget inte har rätt av överklaga länsrättens beslut och avvisar bolagets talan. Tiden för att överklaga kammarrättens beslut har ännu inte löpt ut. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

## Miljö

Delegationen för ekologisk hållbar upphandling (EKU-delegationen) får förlängd tid till den 31 augusti 2001 med sitt arbete att ta fram ett för hela den

offentliga sektorn gemensamt Internetbaserat verktyg som skall tjäna som modell för ekologiskt hållbara upphandlingar. Arbetet är inriktat på strategiskt viktiga varor/tjänster där nyttan av att ställa miljökrav är störst. EKU-delegationen har tidigare lämnat ett principförslag till drift, kvalitetssäkring och finansiering av verktyget.

För mer information om EKU-delegationens arbete, se [www.sou.gov.se/eku/index.htm](http://www.sou.gov.se/eku/index.htm)

## Offentlighet och sekretess

Enligt en lagakraftvunnen dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 598-2001) förordnar domstolen, med ändring av Stockholms kommuns beslut, att begärda handlingar skall lämnas ut. Kommunen har enligt domen hävdade att de begärda handlingarna har lämnats ut med undantag av uppgift om anbudspriset vad gäller en leverantörs anbud. De utelämnade uppgifterna har belagts med sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen. Leverantören begärde i samband med att anbudet ingavs, att bland annat prisuppgiften skulle omfattas av sekretess. Som skäl uppgav leverantören att uppgifterna är en del i den affärsprocess som gör bolaget och dess koncept unikt och att det skulle avsevärt skada bolaget om deras konkurrenter fick del av dessa uppgifter. Kammarrätten uppgav, att det inte framkommit något i målet som innebär att det av särskild anledning kan antas att leverantören lider skada, om begärda uppgifter i utvärderingsprotokollet lämnas ut.

## NOU:s nyhetsbrev mars 2001

NOU har fått en ny chefsjurist fr.o.m. 1 april, Michael Slavicek. De flesta som haft något att göra med NOU känner igen hans namn sedan tidigare. Han har som kammarrättsassessor varit utlånad till oss från Kammarrätten i Göteborg sedan fem år tillbaka - p.g.a. "tillfällig arbetsanhopning" på NOU... Vi är glada att nu få ha honom mer stadigvarande i Stockholm. "Anhopningarna" har en tendens att inte upphöra.

Det är med viss förvåning och stor besvikelse som jag nyligen i ett par sammanhang tagit del av ett stort antal leverantörers erfarenhet av offentlig upphandling och offentliga upphandlare. Regelverket är förvisso inte helt okomplicerat, men jag trodde ändå att de mest elementära reglerna var kända. Så är tydligen inte fallet och då talar jag ändå om erfarna inköpare. Som en början på grundkurs i upphandling vill jag därför påpeka att

- 1) anbud som inkommer för sent *inte* får tas upp till prövning
- 2) anbud som inte uppfyller ställda krav *inte* får antas (Det säger sig självt att det skulle vara en orättvisa mot de leverantörer som avstått från att lämna anbud för att man skulle vara för sent ute eller för att man inte kan uppfylla ställda krav, om den upphandlande enheten gör avkall på nämnda regler. Förutom att det står i strid med LOU.)
- 3) avtal enligt nuvarande regelverk *inte* kan tecknas med en "avknoppad" enhet utan föregående upphandling. Jfr gärna Upphandlingskommitténs förslag till *ändrad* lagstiftning.

Det är också med viss förvåning och stor besvikelse som jag erfar att politiker medvetet sätter sig över LOU för att man tycker att reglerna inte "passar" i en viss situation. Gör man så med annan lagstiftning också?

NOU:s publikation Vägledning till 6 kap. LOU skall uppdateras så snart vi hinner. I avvaktan på detta finns ett ändringsblad som kan hämtas hem från NOU:s hemsida [www.nou.se](http://www.nou.se) (publikationer, övriga trycksaker)

Som bilaga till detta nyhetsbrev lämnas en reviderad version av decemberinformationen om vilka uppgifter som skall finnas med i annonserna om förenklad upphandling och urvalsupphandling.

Med vänlig hälsning



Margareta Hentze

Margareta Hentze



## Innehåll

Upphandlingskommitténs slutbetänkande.....	3
Tillämpning av LOU .....	6
Krav som får ställas på leverantörer.....	6
Annonsering över tröskelvärdena.....	7
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena.....	7
Rättsmedel.....	7
NOU:s ärenden och yttranden .....	7
Alternativ finansiering genom partnerskap.....	7
IT-infrastruktur för stad och land.....	8
Rättsfall.....	9
Mål i EG-domstolen.....	9
Mål i Regeringsrätten.....	11
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	13
Skadeståndsmål i Högsta domstolen .....	14
Miljö.....	16

*NOU info*

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 260 kronor exkl. moms

*NOU info* finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"*NOU info mars-01*"

## Upphandlingskommitténs slutbetänkande ”Mera värde för pengarna”

Den 14 mars 2001 överlämnade Upphandlingskommittén sitt slutbetänkande ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31). Det kan hämtas på regeringens hemsida ([www.regeringen.se](http://www.regeringen.se)). Betänkandet kommer sannolikt att finnas i tryckt form under vecka 14 då det kommer att skickas ut på remiss. NOU vill inte föregripa vad som kommer att tas upp i nämndens remissyttrande och avstår därför från att redan nu kommentera Upphandlingskommitténs förslag. Nedan följer därför endast en sammanfattning av Upphandlingskommitténs slutsatser.

### Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling

Upphandlingskommittén anser att det finns en stor potential för att förbättra kvaliteten i den offentliga upphandlingen. Detta kan främst ske genom förbättrade kunskaper och metodutveckling. Kommittén anser att det bör bildas ett permanent kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling. Rådet är inte tänkt att vara en myndighet utan ett privaträttsligt organ med företrädare för upphandlande enheter och leverantörer.

### Affärsmässighet

Upphandlingskommittén anser att den offentliga upphandlingen skall präglas av affärsmässighet. Detta innebär enligt kommittén att den upphandlande enheten förfogar över en professionell och kompetent upphandlingsorganisation som följer regelverket och därutöver har förmåga att utnyttja marknaden för att uppnå de mål och förväntningar som beställare och medborgare kan ställa på offentlig upphandling. Kommittén gör bedömningen att LOU medger upphandlande enheter att, inom ramen för gemenskapsrätten, ta vissa samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling.

### Köp mellan kommun och kommunalt företag

Kommittén föreslår att det under vissa förutsättningar skall vara möjligt för en eller flera kommuner eller landsting att köpa och sälja till eller från helägda eller samägda (interkommunala) företag utan upphandlingsförfarande. Förutsättningarna är att företaget endast får ägas av kommuner eller landsting, att företaget är en upphandlande enhet och att kommunen eller landstinget kan visa att en direktupphandling utan upphandlingsförfarande är motiverat av att det finns uppenbara samordningsfördelar mellan kommunen eller landstinget och det kommunala företaget.

### Antidiskrimineringsklausuler

Enligt Upphandlingskommittén bör offentlig upphandling kunna användas för att motverka diskriminering. En förutsättning är dock att de grundläggande EG-rättsliga principerna iakttas. Antidiskrimineringshänsyn utgör ett av flera sociala hänsyn.

Antidiskrimineringshänsyn kan enligt Upphandlingskommittén bl.a. tas genom att ställa krav på det som upphandlas. En förutsättning är att kraven är relevanta i förhållande till den vara eller en tjänst som upphandlas. Kommittén hänvisar till att kommissionen avser att, genom ett tolkningsmeddelande, klargöra i vilken utsträckning hänsyn kan tas till sociala och arbetsmarknadspolitiska krav vid offentlig upphandling.

## Miljöhänsyn

Miljöhänsyn kan enligt kommittén tas på motsvarande sätt som sociala hänsyn. Enligt nuvarande tidsplan kommer kommissionen att presentera ett tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphandling under det första kvartalet 2001<sup>1</sup>. Enligt kommittén är det viktigt att de upphandlande enheterna utnyttjar den möjlighet som finns idag att ta sådana miljöhänsyn som är kopplade till kontraktsföremålet. Detta kan t.ex. ske vid utformningen av kravspecifikationen för det som upphandlas. Kommittén anser att EG-domstolens praxis ger stöd för att en upphandlande enhet i utvärderingsfasen får ta såväl sociala hänsyn som miljöhänsyn som inte är direkt kopplade till kontraktsföremålet. Enligt kommittén vore det dock lämpligare om miljökrav, i större utsträckning än vad som är möjligt i dag, kan ställas i form av uteslutnings- eller kvalifikationsvillkor och därmed kan leda till uteslutning av de leverantörer som inte lever upp till ställda krav.

## Överprövning av tilldelningsbeslut

EG-domstolen har i Alcatel-målet (tidigare refererat i bl.a. *NOU info oktober 2000* sid. 6) slagit fast att medlemstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket en missnöjd leverantör kan utverka ett undanröjande av beslutet om tilldelning av kontrakt, det s.k. tilldelningsbeslutet. Den nuvarande regleringen i LOU och sekretesslagen innebär enligt kommitténs uppfattning att det i praktiken inte är möjligt för en leverantör att få ett tilldelningsbeslut överprövat.

Upphandlingskommittén föreslår att de upphandlande enheterna skall vara skyldiga att på eget initiativ informera de anbudssökande och anbudsgivarna om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Upplysningar skall samtidigt lämnas om den dag då giltigt upphandlingskontrakt tidigast kan slutas och om möjligheten att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd.

Information om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det skall även lämnas på begäran av varje leverantör som så begär. På begäran skall sådana uppgifter därför lämnas till en potentiell leverantör som har rätt att ansöka om överprövning eller begära skadestånd.

## Sekretess

För att möjliggöra en överprövning av tilldelningsbeslutet föreslår Upphandlingskommittén att den absoluta anbudssekretessen hävs redan när beslut

---

<sup>1</sup> Något tolkningsmeddelande föreligger ännu inte (010327). Det kommer att läggas ut på NOU:s hemsida så snart det getts ut.

om leverantör fattats. I likhet med vad som gäller nu bör den absoluta anbudssekretessen även kunna hävas om anbuden eller erbjudandena offentliggörs eller ärendet slutförs innan tilldelningsbeslutet fattas.

När den absoluta anbudssekretessen upphört får uppgifter, som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom kommun eller landsting och uppgifter som gäller enskilda affärs- eller driftförhållanden, enligt idag gällande bestämmelser lämnas ut först sedan en sekretessprövning gjorts. Ett rakt skaderekvisit gäller såväl till skydd för det allmänna som till skydd för enskilda. Detta innebär att uppgifterna som huvudregel är offentliga, men att ett utlämnande inte får ske om det skulle innebära skada för det allmänna eller för en enskild. Upphandlingskommittén föreslår att det införs en bestämmelse som innebär att uppgifter utan hinder av sådan sekretess får lämnas ut enligt vad som föreskrivs i LOU. Bestämmelsen tar sikte på såväl den information som enheten enligt kommitténs förslag skall vara skyldig att lämna på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare som den information enheten är skyldig att på begäran lämna till varje leverantör som begär detta.

## Formkrav för upphandlingsavtal

Upphandlingskommittén föreslår att formkravet för upphandlingsavtal skall tydliggöras i LOU. Upphandlingskontrakt skall i LOU definieras såsom skriftliga och egenhändigt undertecknade avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt lagen. Kommittén föreslår även ett tillägg som innebär att upphandlingskontrakt kan ingås i elektronisk form och att undertecknandet kan ske med en elektronisk signatur.

Upphandlingskommittén föreslår vidare att det förs in ett krav på att upphandlingskontrakt får slutas först sedan en skälig tidsfrist gått (minst 10 dagar) från det att ovannämnd information på den upphandlande enhetens eget initiativ sänts till anbudssökande och anbudsgivare. Vid vissa upphandlingar skall giltigt upphandlingsavtal kunna slutas *utan* krav på att det sker genom upphandlingskontrakt och *utan* krav på att det först gått en skälig tid sedan nämnda information avsänts. Detta gäller i de fall när upphandling inom det direktivstyrda området får ske utan att annonsering. Detsamma gäller även vid direktupphandling och vid sådan upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

## ”Lokal” upphandling

Upphandlingskommittén anser att det varken är möjligt enligt gemenskapsrätten och LOU eller önskvärt att öppna möjligheter för ett direkt gynnande av lokala leverantörer. Kommittén anser däremot att det redan idag är möjligt att arbeta med långsiktiga konkurrensstrategier och att planera upphandlingarna på ett sådant sätt att även mindre och medelstora leverantörer har möjlighet att delta. Som exempel nämner kommittén möjligheten att upphandla i ”tårtbitar” och att separera inköpen av varor från inköpen av lagerhållning och distribution.

## Positiv särbehandling av personalgrupper och icke vinstdrivande organisationer

Kommittén föreslår att det skall bli möjligt för en upphandlande enhet att inom ramen för 6 kap. LOU sluta avtal med en personalgrupp om att överlämna driften av en verksamhet till personalen utan föregående upphandlingsförfarande (avknoppning). Ett sådant avtal får dock inte slutas på längre tid än fem år. Därefter skall upphandling ske.

Kommittén föreslår vidare att de upphandlande enheterna skall ha möjlighet att föreskriva att leverantörer av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst inte får driva verksamhet i syfte att skapa vinst åt ägarna eller motsvarande intressenter. Ett sådant avtal får inte slutas med kommun- och landstingsägda bolag.

Upphandlingskommittén har inte närmare utrett s. k. kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. och dess förenlighet med LOU. Kommittén föreslår i stället att kundvalssystem bör utredas i särskild ordning.

## Direktupphandling

Kommittén föreslår att utrymmet för direktupphandling skall öka genom att en bestämmelse införs i LOU som slår fast att sju prisbasbelopp (ca 258 300 kr) utgör ”lågt värde”. Under detta värde skall varje upphandlande enhet anta riktlinjer för vilka *procedurregler* som skall tillämpas. En upphandling får inte delas upp i syfte att underskrida det föreslagna beloppet. Direktupphandling föreslås även få tillämpas om kostnaderna för en upphandling inte står i rimlig proportion till värdet av upphandlingen eller om en upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänst inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i verksamheten.

## Tillämpning av LOU

NOU har i ett remissvar yttrat sig över Näringsdepartementets utredning (SOU 2000:111) IT-infrastruktur för stad och land. NOU är tveksam till om innebörden av de nuvarande reglerna kring tilldelning av kontrakt inom den offentliga sektorn analyserats tillräckligt ingående. Se vidare under NOU:s ärenden och yttranden.

## Krav som får ställas på leverantörer

NOU har under våren 2000 erhållit ett bidrag från Rådet för arbetslivsforskning (sedermera Verket för innovationssystem VINNOVA) för att en av NOU:s jurister Michael Slavicek skulle göra en fördjupad analys av möjligheterna att inom ramen för LOU ställa icke-ekonomiska krav på leverantörerna. Slaviceks utredning är tillgänglig på NOU:s hemsida [www.nou.se](http://www.nou.se). Alla åsikter och slutsatser i hans utredning behöver dock inte återspegla NOU:s officiella ställningstaganden i olika frågor.

## Annonsering över tröskelvärdena

Vid insamlingen av den årliga statistik som Sverige har skyldighet att rapportera till EU avseende offentlig upphandling har det visat sig att regelefterlevnaden avseende kravet att efterannonsera varje upphandling över tröskelvärdena varit dålig och att efterannonseringen, trots att det påpekats vid ett flertal tillfällen av NOU, inte blivit bättre. NOU har genomfört ett tillsynsprojekt avseende genomförd efterannonsering 1999. NOU har tillskrivit de granskade upphandlingsenheterna. Slutrapporten finns på NOU:s hemsida [www.nou.se](http://www.nou.se).

## Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

NOU har i ett remissvar yttrat sig över Näringsdepartementets utredning (Ds 2000:65) Alternativ finansiering genom partnerskap och ställer sig tveksam till om innebörden av de nuvarande reglerna kring tilldelning av kontrakt avseende koncession analyserats tillräckligt ingående av utredningen. NOU redogör i yttrandet för de regler som idag är aktuella avseende tilldelning av koncession inom offentlig sektor. Se vidare nedan.

## Rättsmedel

Högsta domstolen och Regeringsrätten har prövat huruvida reglerna i LOU är tillämpliga på beslut om att avbryta en upphandling. Högsta domstolens domar innebär att en leverantör inte kan erhålla skadestånd till följd av att en upphandlande enhet avbryter en upphandling.

Av Regeringsrättens dom framgår att behöriga klaganden – till dessa hör dock inte leverantörer verksamma eller bosatta utanför kommunen - får begära att beslutet om avbrytande och en eventuell överenskommelse med en egenregienhet överprövas enligt kommunallagen (s.k. laglighetsprövning eller ”kommunalbesvär”). Möjligheten gäller givetvis endast när den upphandlande enheten omfattas av kommunallagen.

Se närmare under rubrikerna Mål i Högsta domstolen och Mål i Regeringsrätten.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Alternativ finansiering genom partnerskap

NOU har vid nämndsammanträde den 21 mars 2001 beslutat om ett yttrande (dnr 2000/0339-22) över Näringsdepartementets utredning (Ds 2000:65) Alternativ finansiering genom partnerskap. I sitt yttrande redovisar NOU de regler som i dag är aktuella avseende offentlig tilldelning av kontrakt rörande koncessioner för byggentreprenader. NOU stöder sig på EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 2000-04-12, och EG-domstolens dom i mål C-324/98 (Telaustria). NOU påpekar att, oavsett vad en upphandling

kallas eller hur den skall finansieras, måste den upphandlande enheten, efter att den planerat vad som skall upphandlas, välja något av de i LOU angivna upphandlingsförfarandena.

NOU ansåg att avtal i vilka entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning i de fall han utför arbetet tillfredsställande inte kan anses vara en s.k. koncession (byggkoncession) utan är ett traditionellt upphandlingskontrakt. En byggkoncession föreligger endast om koncessionshavaren i avtal *ges rätt att ekonomiskt utnyttja den aktuella anläggningen och att den upphandlande enheten överlåtit en betydande ekonomisk risk på* denne. Ett avtal som innehåller både en byggentreprenad och en tjänsteupphandling av underhåll, får under ovan angivna omständigheter alltså upphandlas som en byggkoncession.

NOU var tveksam till om Arbetsgruppen som utarbetade Ds 2000:65 på ett tillräckligt ingående sätt analyserat innebörden av reglerna kring tilldelning av kontrakt avseende koncession i den offentliga sektorn. NOU:s remissvar återfinns i sin helhet på [www.nou.se](http://www.nou.se).

## IT-infrastruktur för stad och land

NOU har vid nämndsammanträde den 21 mars 2001 beslutat om ett yttrande (dnr 2000/0350-22) över Näringsdepartementets utredning (SOU 2000:111) IT-infrastruktur för stad och land. I utredningen ges förslag till en förordning som skall reglera hur kommuner skall kunna erhålla stöd för anläggande av ortssammanbindande nät och lokala allmänt tillgängliga telenät med hög överföringskapacitet (IT-infrastruktur). Enligt 3 § i den föreslagna förordningen skall kommunerna upphandla IT-infrastrukturen. Kan det inte ske genom upphandling får kommunerna själva bygga, äga och driva näten.

Samtidigt har förordningen (2000:1469) om stöd till kommuner för anläggande av telenät redan trätt i kraft (den 15 januari 2001). I dess 6§ stadgas att ett villkor för att erhålla stöd är att kommunen upphandlar IT-infrastrukturen. Först om inga skäligena anbud inkommit får nätet tillhandahållas av kommunerna.

NOU ansåg att förhållandet mellan SOU 2000:111 och förordningen SFS 2000:1469 var oklart. NOU var dessutom tveksam till innebörden av begreppet ”skäligena anbud” i 6 § i nämnda förordning. Varken i utredningen eller i förordningen definieras begreppet upphandling och LOU nämns överhuvudtaget inte. NOU var tveksam till om utredningen tillräckligt analyserat innebörden av reglerna kring tilldelning av kontrakt inom den offentliga sektorn.

NOU ansåg inte att det som kallas upphandling i SFS 2000:111 är offentlig upphandling i LOU:s mening, då kommunerna inte köper något för att täcka sina egna behov eller för att fullfölja ett för dem lagstadgat åtagande.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### Begreppet upphandlande enhet – tolkning av begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” (Bostadsbolag)

EG-domstolen har i en dom (den 1 februari 2001, mål C-237/99 – Kommissionen mot Frankrike) tolkat vad som i artikel 1 b andra stycket i byggdirektivet (93/37/EEG) anses med begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt”. Direktivets bestämmelser är införlivade i 1 kap. 6 § LOU.

I det aktuella fallet yrkar kommissionen att domstolen fastställer att Frankrike i samband med olika offentliga upphandlingar har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt byggdirektivet. Upphandlingarna, som avsåg uppförande av bostäder, har genomförts dels av offentliga byråer för planering och byggande och dels av bostadsaktiebolag för subventionerade bostäder.

Angående frågan huruvida ett bostadsaktiebolag kan anses vara ett ”organ som lyder under offentlig rätt” och därmed omfattas av direktiven anger domstolen följande: Som påpekats i tidigare domar skall ett sådant organ ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Vidare skall organet vara en juridisk person och nära knuten till staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt. Det kan ske genom finansiering eller genom administrativ tillsyn eller genom en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse där mer än hälften av medlemmar utses av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt.

EG-domstolen påtalar att samordningen på gemenskapsnivå beträffande förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och således skydda de ekonomiska aktörernas intressen. Syftet med direktivet är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökanden ges företräde vid tilldelning av kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras, kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter m.fl. låter sig styras av andra än ekonomiska hänsyn. Mot denna bakgrund skall begreppet upphandlande enhet tolkas funktionellt.

Domstolen konstaterar att även om bostadsaktiebolagen är kommersiella bolag är deras verksamhet mycket snävt reglerad i fransk lag. Bestämmelser, särskilt vad gäller föremålet för bolagens verksamhet, är mycket detaljerade. Eftersom bestämmelserna om förvaltningen är mycket detaljerade, kan övervakningen av att dessa följs leda till att myndigheterna ges ett väsentligt inflytande. Domstolen konstaterar vidare att organen för subventionerade bostäder, enligt den franska lagen, står under offentlig tillsyn. Ministern som har ansvar för byggande och bostäder är behörig att besluta att ett bostadsaktiebolag skall upplösas m.m. vid t.ex. allvarliga brister i förvaltningen, försummelser och oegentligheter av styrelsen eller förvaltningsrådet. Ministern kan vidare ålägga bostadsaktiebolagen en viss



inriktning på förvaltningen, antingen genom att påtvinga dem en minsta verksamhetsnivå eller genom att begränsa deras verksamhet, om den anses vara för omfattande. Slutligen påpekar domstolen att en interministeriell delegation för inspektion av allmännyttiga bostäder också har visst inflytande över bostadsaktiebolagens verksamhet.

Domstolens slutsats är att bostadsaktiebolagens förvaltning står under en tillsyn av myndigheter som gör det möjligt för dessa att utöva inflytande över bolagens beslut om offentliga upphandlingar. Bostadsaktiebolagen är därmed en upphandlande enhet och skulle ha följt direktiven i sin upphandling.

Även beträffar byråerna konstaterar domstolen, att det framgår av fransk lagstiftning att de uppfyller de i byggdirektivet angivna villkoren för att utgöra ett ”organ som lyder under offentlig rätt”. Detta motsades heller inte av den franska regeringen.

Domstolen finner därför i sin dom att Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet eftersom de offentliga byråerna samt bostadsaktiebolaget inte offentliggjorde meddelanden om den ifrågavarande upphandlingen.

## Överlåtelse av verksamhet

EG-domstolen har i ett mål (C-172-99 Oy Liikenne Ab och Pekka Liskojärvi, Pentti Juntunen) behandlat frågan om den situation, i vilken driften av linjetrafik med buss övergår från ett bussföretag till ett annat genom ett upphandlingsförfarande enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet), anses utgöra en överlåtelse av verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 77/187/EEG om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

Efter ett anbuds-förfarande tilldelades busstransportföretaget Oy Liikenne Ab driften av sju busslinjer under tre år. Bolaget Hakunilan Liikenne Oy, som tidigare hade trafikerat dessa linjer, sade upp 45 busschaufförer av vilka Oy Liikenne Ab återanställde 33. En tvist uppstod mellan bolaget och två av dess chaufförer då Oy Liikenne Ab vägrade att gå med på samma anställningsvillkor som chaufförernas tidigare arbetsgivare tillämpat.

Med hänvisning till tidigare avgöranden bekräftar EG-domstolen att ett offentligt upphandlingsförfarande som omfattas av tjänstedirektiv (92/50) inte utesluter att direktiv 77/187 är tillämpligt. Domstolen konstaterar följande:

”Direktiv 92/50 har inte alls till syfte att befria de upphandlande myndigheterna och de företag som erbjuder sina tjänster i de aktuella upphandlingarna från samtliga lagar och förordningar som är tillämpliga på den ifrågavarande verksamheten, i synnerhet inte inom det sociala området eller trygghetsområdet, så att anbuderna skulle kunna lämnas utan några begränsningar.

Direktiv 92/50 syftar till att aktörerna, med iakttagande av ovannämnda lagar och förordningar och inom ramen för de villkor som fastställts, skall åtnjuta lika möjligheter, i synnerhet för att utöva sin rätt till etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster.

Inom denna ram bibehåller aktörerna sitt handlingsutrymme för att konkurrera sinsemellan och inkomma med olika anbud. Inom området för kollektivtrafik med

buss kan aktörerna till exempel konkurrera i fråga om nivån på fordonens utrustning och prestanda ur energi- och miljösynpunkt, organisations effektivitet och kontakterna med allmänheten samt, såsom i alla företag, i fråga om den önskade vinstmarginalen.”

EG-domstolen påpekar vidare att anbudsgivare skall kunna bedöma om det är fråga om överlåtelse av företag i den mening som avses i direktiv 77/187 och om anbudsgivaren har intresse av att överta materiella delar samt överta delar av eller hela dess personalstyrka.

Domstolen fastslår således att direktiv 77/187 kan tillämpas efter en offentlig upphandling av tjänster i enlighet med direktiv 92/50, där företag tilldelats ett kontrakt avseende en kollektivtrafiktjänst som inte omfattar sjöfart, till exempel driften av lokal linjetrafik med buss. Det behöver inte finnas ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren. Överlåtelsen måste dock gälla en ”varaktigt organiserad ekonomisk enhet vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete”.

För att avgöra om förutsättningarna för överlåtelse av en varaktigt organiserad ekonomisk enhet är uppfyllda, måste en helhetsbedömning göras, där hänsyn tas till aspekter om materiella tillgångar har överlåtits, om huvuddelen av personalstyrkan har övertagits, om kundkretsen övertagits samt hur lika de verksamheter är som bedrivs före och efter överlåtelsen samt längden på ett eventuellt avbrott i verksamheten. Omständigheten att den tjänst som tillhandahölls av den tidigare innehavaren är likartad den tjänst som tillhandahålls av den nye innehavaren, innebär inte att det rör sig om överlåtelse av en ekonomisk enhet mellan det första och det andra företaget. Enhetens identitet hänför sig även till andra omständigheter som t.ex. dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftmetoder och i förekommande fall det driftkapital som enheten förfogar över.

I det aktuella fallet uttalar domstolen att enheten inte kan anses ha bevarat sin identitet, eftersom inga betydande materiella tillgångar överlåtits. Inom sektorn kollektivtrafik med buss utgör de materiella tillgångarna en viktig del i utövandet av verksamheten och är absolut nödvändiga för att verksamheten skall fungera väl.

## Mål i Regeringsrätten

### Köp från gemensamt bolag.

Regeringsrätten har i en dom (mål nr 180-2000, referat RÅ 2000 ref 60) fastställt kammarrättens dom och bedömt att LOU var tillämplig på ett avtal varmed ett landsting avsåg att förbinda sig att mot ersättning anlita ett av landstinget och kommunerna i länet gemensamt ägt bolag. Det var fråga om en otillåten direktupphandling, eftersom undantagsregeln i 5 kap. 2 § LOU inte var tillämplig. Redogörelse för tidigare domar i målet finns i NOU info dec. -99 (länsrättens dom) och info mars -00 (kammarrättens dom). NOU avgav också yttrande i målet.

Regeringsrätten konstaterar i sina domskäl att det förutom ett konsortialavtal och ett uppdragsavtal förekommer två senare upprättade förslag till avtal mellan landstinget och det landstings- och kommunalägda bolaget. I det första av dessa avtal, rubricerat "Överlåtelseavtal", anges att det för sin giltighet är beroende av att det senare tecknas. I överlåtelseavtalet anges som bakgrund, att landstinget fullt ut skall sköta upphandling av sjukreseentreprenörer, inklusive en samordningscentral. Överlåtelseavtalet föreskriver bl.a. att landstinget till bolaget överlåter och eller försäljer samtliga tillgångar, rättigheter och skyldigheter avseende samordningscentralen. Regeringsrätten redogör även för innehållet i det andra avtalet som stipulerar att bolaget, på uppdrag av landstinget, skall ansvara för drift av beställningscentral omfattande planering, upphandling, utförande, samordning och administration av sådana sjukrestransporter som inte kräver sjukvårdare. Bolaget skall fakturera landstinget för utförda tjänster. Regeringsrätten konstaterar att det av dessa handlingar framgår att landstinget avser att träffa en överenskommelse om köp av tjänster från beställningscentralen, som förs över till bolaget. En sådan överenskommelse innefattar en upphandling av tjänster på vilka LOU är tillämplig.

Då utredningen i målet inte ger vid handen annat än att det är fråga om en direktupphandling, som skett i strid med reglerna i 5 kap. LOU, uppkommer frågan om den av landstinget subsidiärt åberopade undantagsbestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU kan göras gällande. Regeringsrätten finner att någon i lag eller annan författning föreskriven ensamrätt för bolaget att utföra samordningstjänster beträffande sjukresor inte föreligger. Avsaknaden av rättslig monopolställning, som utesluter andra tjänsteleverantörer, framgår redan av 7 § lagen om ansvar för viss kollektivtrafik. Att landstinget, från vilket bolaget avses erhålla uppdraget, inte heller har ensamrätt följer av lagen (1991:419) om resekostnadsersättning vid sjukresor, enligt vilken landstinget under vissa förutsättningar skall lämna sådan ersättning. Undantagsregeln i 5 kap. 2 § LOU är inte tillämplig. Regeringsrätten fastställer kammarrättens domslut, att landstingets upphandling av beställningscentral skall göras om.

## Avbruten upphandling

\*Regeringsrätten har i beslut den 6 februari 2001 (mål nr. 3888-1997) uttalat att beslut om avbrytande av en upphandling kan bli föremål för laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Regeringsrätten uppger att Högsta domstolen har klarlagt att någon skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas en kommun för att kommunen avbrutit ett upphandlingsförfarande. Det innebär att LOU i det angivna avseendet inte är tillämplig på beslut om att avbryta en upphandling. Frågan är då om LOU i något annat avseende kan anses tillämplig på sådana beslut. Regeringsrätten tolkar 5 kap. 13 § LOU enbart som en upplysningsskyldighet beträffande beslut att inte avsluta en annonserad upphandling. Enligt Regeringsrättens mening bör en bestämmelse av detta slag inte medföra att 7 kap. 5 § LOU (varmed den kommunala laglighetsprövningen av kommunala upphandlingsbeslut avskaffats) anses tillämplig på beslut om att avbryta en upphandling. Reglerna i 7 kap. 5 § tar uppenbarligen sikte på fall där

själva beslutsfattandet är reglerat i lagen. Någon sådan reglering finns inte, när det gäller beslut om att avbryta en upphandling. Ett sådant beslut kan inte överprövas genom framställning till förvaltningsdomstol eller i samband med en skadeståndstalan i allmän domstol. Regeringsrättens slutsats är att ett beslut om att avbryta en upphandling kan bli föremål för laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Det överklagade beslutet innefattade även ett godkännande av en överenskommelse om driften av de i målet aktuella gruppbestäderna. Detta beslut omfattas av överklagandet och det finns inte något hinder mot att det prövas enligt 10 kap. kommunallagen. Regeringsrätten återförvisar målet i båda delarna till kammarrätten för prövning enligt 10 kap. kommunallagen.

*NOU:s kommentar:* Högsta domstolens och Regeringsrättens domar innebär att en leverantör inte kan erhålla skadestånd till följd av att en upphandlande enhet avbryter en upphandling. Om den upphandlande enheten omfattas av kommunallagens regler får behöriga klaganden – till dessa räknas inte leverantörer verksamma eller bosatta utanför kommunen - begära att beslutet om avbrytande och en eventuell överenskommelse med en egenregionhet överprövas enligt kommunallagen.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

\* Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 28 februari 2001 (mål nr 8640-2000) undanröjt länsrättens dom och i domskälen anført: Länsrätten har funnit att Konsumentverkets underlåtenhet att ange åtminstone en uppskattning av den planerade investeringens omfattning utgör en väsentlig brist i förfrågningsunderlaget och att Konsumentverket därmed i denna del inte har agerat objektivt och affärsmässigt på det sätt som förutsätts i 1 kap. 4 § LOU. Den klagande har emellertid inte åberopat denna omständighet som skäl för att upphandlingen skall göras om. Kammarrätten finner därför att länsrätten inte haft fog för att förordna att upphandlingen skall göras om.

*NOU:s kommentar:* Kammarrättens dom synes innebära att länsrätten i sina domskäl skall utgå endast från vad det sökande bolaget anført respektive inte anført. 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 handlingarna i målet, eller om det förhåller sig så, att rätten inte behöver beakta mer än det som anført av den sökande. Rättsläget synes för närvarande vara sådant att åberops- och bevisbördan för överträdelse mot LOU till stor del placeras på den sökande. Detta innebär i så fall att den sökande i tid bör anlita sakkunnig juridisk hjälp, eftersom det är av stor vikt att ansökan blir välgrundad.

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

\* Högsta domstolen har meddelat dom (mål nr T 1683-99) i ett mål rörande en upphandling av svenskundervisning genomförd av Lindesbergs kommun. NOU har tidigare informerat om målet i *Sammanställning NOU info 1996* sid. 68f. och *NOU info juni -99* sid. 14f.

Tingsrättens dom förpliktar kommunen att utbetala skadestånd. Hovrätten ändrar utgången i målet och uppger bl.a., att de regler som gäller på upphandlingsområdet inte medför någon rätt till skadestånd, när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och istället låta verksamheten bedrivas i egen regi. Hovrätten anför vidare, att det kan ifrågasättas om det verkligen varit lagstiftarens avsikt, att den myndighet som beslutar sig för att inleda ett upphandlingsförfarande utan att vara förpliktad härtill, verkligen skall bli så bunden av detta beslut, att myndigheten inte kan ångra sig och avbryta upphandlingen utan att riskera skadeståndsskyldighet gentemot tredje man motsvarande det positiva kontraktsintresset. Enligt hovrätten skulle en sådan tolkning inte stimulera kommunerna att ifrågasätta den egna verksamheten och inbjuda till extern konkurrens. Hovrätten uppger, att man kunde "vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningskyldig för dessa kostnader. En sådan ersättningskyldighet har, för vissa fall tagits in i 7 kap 7 § LOU..." Hovrätten konstaterar dock att det inte finns stöd för en sådan tolkning i den situation som är aktuell i målet.

HD uppger att det inte finns någon föreskrift, vare sig LOU eller i tjänstedirektivet (92/50/EEG) "som föreskriver att ett inlett upphandlingsförfarande måste avslutas på det sättet att anbud antas. Den omständigheten att det i artikel 12 i det nämnda direktivet och i 5 kap. 13 § LOU anges vad den upphandlande enheten har att iakttä när ett upphandlingsförfarande avbryts, ger snarare vid handen att det är tillåtet att avbryta förfarandet. Det får alltså anses att ett upphandlingsförfarande kan avslutas utan att något anbud antas." HD uppger vidare, att varken principerna om affärsmässighet och icke-diskriminering eller förhållanden som avses i den allmänna avtalsrätten kan ge skäl för utdömmande av skadestånd för att kommunen avbrutit upphandlingsförfarandet.

HD fastställer hovrättens dom.

\* Högsta domstolen har meddelat dom (mål nr 370-99) i ett mål avseende en upphandling av budbilstransporter genomförd av Stockholms läns landsting. NOU har tidigare informerat om målet i *NOU info oktober -99* sid. 18.

HD avgör i målet om landstinget ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot den vars anbud ej antagits genom att avbryta upphandlingen. Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt uppger att LOU inte innehåller några regler som förbjuder den upphandlande enheten att avbryta en upphandling och att LOU inte heller innehåller någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer, då upphandlingen avbryts.

HD uppger att någon skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas landstinget för att upphandlingen avbrutits. HD anför i domskälen att reglerna i 1 kap. 4 § LOU och principen om icke-diskriminering syftar till att "försvåra att leverantörer i upphandlingen gynnas eller missgynnas på ett obehörigt och därmed snedvridande sätt." HD uppger vidare att "principerna om affärsmässighet och icke-diskriminering syftar till att säkerställa att samma regler tillämpas i förhållande till marknadens aktörer, när en offentlig upphandling sker. Det innebär att principerna inte får någon relevans när ett upphandlingsförfarande avbryts." Vidare uppger HD att "det saknas anledning att tolka in regler i LOU avseende förhållanden som regleras i den allmänna avtalsrätten". HD fastställer hovrättens dom.

\*Högsta domstolen har meddelat dom (mål nr 2417-98) i ett mål rörande en upphandling av städtjänster genomförd av Ekerö kommun, som både Solna tingsrätt (mål nr T 1129/95) och Svea hovrätt (mål nr T 483-97) ansett strida mot LOU, men där den som yrkat skadestånd inte kunnat visa skada. NOU har informerat om dessa domar i *NOU info juni -99* sid.14. HD fastställer hovrättens dom.

Leverantören i målet grundar sin talan på ett påstående att kommunen företagit en otillåten direktupphandling, dvs. att kommunen inte låtit upphandlingen föregås av ett anbuds-förfarande. HD anför att det förhållandet att leverantören "inte lämnat något anbud hindrar inte att leverantören kan ha rätt till ersättning". HD uppger dock att samma beviskrav ställs på leverantören som om ett anbuds-förfarande skulle ha ägt rum. Det innebär att leverantören måste visa att det är "sannolikt att bolaget skulle ha fått kontraktet om upphandlingen skett efter ett anbuds-förfarande".

HD anför att leverantören i målet inte förmått göra sannolikt att bolaget förlorat kontraktet på grund av att något anbuds-förfarande inte föregått upphandlingen. HD uppger vidare att utredningen i målet inte ger stöd för att det vore sannolikt att leverantören skulle ha lämnat det lägsta eller ett av de lägsta anbudspriserna om upphandlingen skulle ha föregåtts av ett anbuds-förfarande. Inte heller skulle leverantören ha uppfyllt de krav på organisation, storlek och ekonomisk styrka som skulle ha varit en förutsättning för att kunna tilldelas upphandlingen.

HD har, i likhet med tingsrätten och hovrätten, funnit att kommunen brutit mot LOU, men överklagandet har lämnats utan bifall på grund av att leverantören inte styrkt skada.

För att skada enligt 7 kap. 6 § LOU skall anses ha uppkommit krävs i princip att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen.

Vidare uppger HD rörande 7 kap. 7 § LOU att paragrafen är direkt hämtad från andra rättsmedelsdirektivet och skall därför, enligt HD, tolkas i enlighet med direktivtexten. HD anför att, trots att andra rättsmedelsdirektivet endast gäller upphandling inom vatten- energi-, transport- och kommunikationsområdena, samma principer får förmodas vara tillämpliga vid annan upphandling som regleras i LOU. Detta innebär att leverantören, för att få ersättning för kostnader till följd av ett anbuds-förfarande, inte behöver visa att han skulle ha fått kontraktet om inte överträdelse hade skett, utan att det är tillräckligt att han visar, förutom att en överträdelse skett, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

## Miljö

### Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling

Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling (EKU-delegationen) har lämnat ett principförslag till drift, kvalitetssäkring och finansiering av ett internetbaserat verktyg för ekologiskt hållbar upphandling. NOU har i sitt yttrande över principförslaget framhållit, att det inte kan anses förenligt med NOU:s nuvarande tillsynsroll att godkänna verktyget (EKU-delegationens miljökravsmall) så att det är utformat inom ramen för gällande rätt.

EKU-delegationens uppdrag skall redovisas senast den 010501 och verktyget förväntas tas i bruk under innevarande år. EKU- delegationens näringslivsrepresentanter anser dock inte att EKU:s miljökravsmall är juridiskt, samhällsekonomiskt och miljömässigt försvarbar. De har därför i ett öppet brev till miljöminister Kjell Larsson meddelat att de avgår samt begärt att EKU:s miljökravsmall skall stoppas.

För mer information om EKU- delegationens arbete se [www.sou.gov.se/eku/index.htm](http://www.sou.gov.se/eku/index.htm)

## Bilaga

### Uppgifter i annons och ansökningsinbjudan

Reviderad version jämfört med december infon och rapporten med kartläggningen av elektroniska databaser. Det med fet stil saknades i december infon och rapporten.

## **Annonsen vid förenklad upphandling**

**I annonsen eller förfrågningsunderlaget skall enligt 6 kap. 6 § LOU vid förenklad upphandling anges:**

- **hur anbud får lämnas,**
- **den dag då anbud senast skall ha kommit in, och**
- **den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.**

Bland annat följande uppgifter bör enligt NOU framgå av annonsen vid förenklad upphandling:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Var förfrågningsunderlag och ytterligare information kan erhållas (eventuell länk).
- Beskrivning av det som upphandlas (vilken vara, tjänst eller byggtreprenad).
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Sista datum för beställning av förfrågningsunderlag.

## **Ansökningsinbjudan vid urvalsupphandlingar**

Ansökningsinbjudan skall innehålla sådan information som möjliggör för leverantören att bedöma om han skall ansöka om att få lämna anbud. I 6 kap. 2 c § LOU anges vilka uppgifter som skall framgå av ansökningsinbjudan:

- Hur ansökan får lämnas (skriftligt, muntligt eller elektroniskt med skriftlig bekräftelse eller bekräftelse på annat sätt).
- Sista datum för mottagande av ansökan.

Utöver dessa uppgifter bör även följande uppgifter framgå av inbjudan:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Vart ansökan skall skickas.
- Beskrivning av det som skall upphandlas (varan, tjänsten eller byggtreprenaden).



- Vilka krav som gäller för att få lämna anbud (jämför t.ex. med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU).
- På vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om att han uppfyller ställda krav.
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Övrig information, t.ex. angivande av antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

## NOU:s nyhetsbrev december 2000

December. Dags för summering och eftertanke.

För NOU gäller detta i än högre grad än tidigare. NOU tappar om någon månad sin chefjurist Hans Sylvén som ger sig ut i det privata näringslivet igen.

Hans har i hög grad satt sin prägel på NOU och varit NOU:s mest kända och populära ansikte utåt och samtidigt på ett avgörande sätt utvecklat dess kompetens. Hans insatser gäller redan förberedelsearbetet för NOU:s tillkomst, men de första åren med EG-rättens inträde i svensk juridik har kanske tydligast visat hans stora kompetens. Bl.a. konstaterade han långt före Regeringsrättens beslut 1996 att upphandlingsdirektiven kan ha företräde framför svensk lag.

Han har tidigt och med mycket kort betänketid måst göra bedömningar i politiskt känsliga frågor och i övrigt i frågor av stor principiell betydelse med bäring på offentlig upphandling, bedömningar som visat sig utomordentligt hållbara i längden. Det har gällt vitt skilda områden i samhället såsom frågor knutna till miljö, sjukvård, telekommunikation, transporter, bygg- och anläggningsverksamhet, energi m.m. Samtidigt har han med sitt stora engagemang för att utveckla affärsmässighetstänkandet i den offentliga upphandlingen och med sitt strikt objektiva synsätt skapat ett stort förtroende hos såväl leverantörer som upphandlare.

Hans har dessutom med sitt prestigelösa sätt utvecklat en unik vi-anda på kansliet.

Hela kansliet tackar dig Hans och önskar lycka till på Svensk Energi!

Själv är jag glad att jobba vidare med Hans i arbetet med uppdateringen av lagkommentaren.



Margareta Hentze

Margareta Hentze

Decemberinfon tar (åter) upp frågorna runt annonsering och databaser samt elektronisk hantering av anbudsansökningar och anbud efter årsskiftet. Möjligheten att komplettera annonseringen med skrivelser till leverantörer kommenteras.

Vi lämnar ytterligare några kommentarer med anledning av den s.k. Alcateldomen, en EG-dom som innebär stärkta möjligheter till överprövning för leverantörerna samt kommentarer till en EG-dom som berör tjänstekoncessioner.

En annan viktig fråga som tas upp är möjligheten för en upphandlande enhet att ställa kravet att endast svenska leverantörer skall få leverera kött.

Avslutningsvis vill jag nämna att vår broschyr "Kort om LOU och NOU" kommer att finnas i uppdaterad version efter årsskiftet och kan beställas från oss i måttligt antal utan kostnad. Förutsättningen är som tidigare att det till beställningen bifogas ett adresserat och frankerat kuvert. Självklart kommer vi att lägga in den nya broschyren på vår hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). På hemsidan finns inom kort också att läsa LOU i engelsk, inofficiell, översättning.

NOU önskar er alla en G O D J U L och ett G O T T N Y T T Å R



Margareta Hentze

Margareta Hentze

P.S. Vi söker givetvis en ny chefjurist. Välkommen med din intresseanmälan. D.S.

## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling.....	4
Ändringarna i LOU.....	4
Tillämpning av LOU.....	5
Tilläggsbeställningar/utnyttjande av optionsklausuler.....	5
Förfrågningsunderlaget.....	5
Komplettering av förfrågningsunderlag.....	5
Upphandlingsförfaranden.....	6
Offentliga anbudsgivare – likabehandling.....	6
Annonsering över tröskelvärdena.....	6
Prövning av anbud.....	6
Upphandling inom försörjningssektorerna.....	6
Upphandling under tröskelvärdena m.m.....	7
Statistik.....	7
Rättsmedel.....	8
Reglerna om anbudssekretess i sekretesslagen.....	8
NOU:s tillsyn.....	9
NOU:s ärenden och yttranden.....	9
Upphandlande enheter.....	9
Sjöfartsverkets upphandling av konsult.....	10
Möjlighet att lämna flera anbud - Alternativa anbud.....	10
NOU:s skrivelse till regeringen.....	11
Rättsfall.....	12
Mål i EG-domstolen.....	12
Mål i kammarrätt och länsrätt.....	15
Skadeståndsmål i Högsta domstolen.....	17
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt.....	17
Miljö.....	18
Offentlighet och sekretess.....	19
Sekretess till skydd för enskilds intresse.....	19
Övrigt.....	20
NOU:s rapport med anledning av regeringsuppdrag om allmänt tillgängliga elektroniska databaser.....	20
Råd för konkurrens på lika villkor.....	22
Sponsring.....	23
Kort om LOU och NOU samt översättning av LOU till engelska.....	23

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81  
[www.fritzes.se](http://www.fritzes.se)  
e-post: [order.fritzes@liber.se](mailto:order.fritzes@liber.se)

Pris: 260 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info december -00"

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Ändringarna i LOU

NOU har tidigare beskrivit några av de lagändringar som träder i kraft den 1 januari 2001 (SFS 2000:877) i *NOU info juni -00* sid. 3ff. NOU anser emellertid att de nya bestämmelserna angående möjligheten att lämna anbud och ansökningar elektroniskt eller på annat sätt bör kommenteras ytterligare.

I den nya 1 kap. 19 § LOU anges att ansökningar och anbud vid upphandlingar över tröskelvärdena under vissa omständigheter kan lämnas elektroniskt eller på annat sätt. Motsvarande bestämmelser för upphandlingar under tröskelvärdena återfinns i den nya 6 kap. 5 § LOU. Reglerna skiljer sig dock åt något.

Anbudsansökningar och anbud skall även i fortsättningen som huvudregel lämnas *skriftligen*. Under vissa förutsättningar tillåts andra sätt, nämligen:

#### Anbudsansökningar

*Över tröskelvärdena* (selektiv och förhandlad upphandling) 1 kap. 19 § LOU

En ansökning får lämnas muntligen, genom elektronisk överföring eller på annat sätt, om den bekräftas skriftligen.

Den upphandlande enheten får dock tillåta att bekräftelsen lämnas på annat sätt. (Här har lagstiftaren förberett för elektroniska signaturer).

Bekräftelsen måste skickas innan de tidsfrister som anges i 2 - 5 kap. gått ut (2 kap. 14-15 och 17 §§, 3 kap. 19-20 och 22 §§, 4 kap. 18 och 22 §§, 5 kap. 21-22 och 24 §§).

Den upphandlande enheten skall i annons ange hur ansökningarna skall lämnas.

*Under tröskelvärdena m.m.* (urvalsupphandling) 6 kap. 5 § LOU

En ansökning får lämnas muntligen, genom elektronisk överföring eller på annat sätt. Den upphandlande enheten kan begära att den omgående bekräftas skriftligen.

Den upphandlande enheten får dock tillåta att bekräftelsen lämnas på annat sätt. (Här har lagstiftaren förberett för elektroniska signaturer).

NOU förutsätter att den upphandlande enheten även under tröskelvärdena anger i annons hur ansökningarna skall lämnas.

#### Anbud

*Över tröskelvärdena* (selektiv och förhandlad upphandling) 1 kap. 19 § LOU

Den upphandlande enheten får tillåta att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt, om det säkerställs att innehållet inte röjs förrän dessa skall öppnas. Bakgrunden till bestämmelsen är de regler som återfinns i EG-direktiv 97/52/EEG och 98/4/EEG, enligt vilka det krävs att medlemsstaterna garanterar anbudens sekretess för att kunna tillåta annat än skriftliga anbud. Enheten får begära

att ett icke skriftligt anbud omgående bekräftas. Bekräftelsen skall vara skriftlig om inte den upphandlande enheten särskilt tillåter annat sätt. (Även här har det lämnats en öppning för elektroniska signaturer.)

Den upphandlande enheten skall i annons eller förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

*Under tröskelvärdena m.m. (urvalsupphandling) 6 kap. 5 § LOU*

Den upphandlande enheten får tillåta att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt, om det säkerställs att innehållet inte röjs förrän dessa skall öppnas. Enheten får begära att ett sådant anbud omgående bekräftas. Bekräftelsen skall vara skriftlig om inte den upphandlande enheten särskilt tillåter annat. (Även här har det lämnats en öppning för elektroniska signaturer.)

Den upphandlande enheten skall i annons, skrivelse eller förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

## Tillämpning av LOU

### Tilläggsbeställningar/utnyttjande av optionsklausuler

Som NOU uttalat i flera sammanhang, får en upphandlande enhet tilldela en leverantör ett avtal under åberopande av att det finns ett tidigare upphandlat avtal, t.ex. en options- eller förlängningsklausul i ett sådant avtal, *endast* om de varor eller tjänster som anskaffas tydligt ingår i den tidigare upphandlingen. Se närmare under ärenden och yttranden, NOU:s ärende 2000/0194-29 angående Sjöfartsverkets upphandling av konsulttjänster på sid. 10 och *NOU info juni -00* sid. 12 f. angående upphandling av datorer för personalens räkning. En förhandlad upphandling utan annonsering kan dock i vissa fall göras enligt reglerna i LOU om upprepade köp och tilläggsköp (5 kap. 17 §, 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 § och 4 kap. 16 § LOU).

Motsvarande kommer delvis att gälla även vid förenklad upphandling genom den lagändring som träder i kraft 2001-01-01 (se SFS 2000:877, 6 kap. 2b § 4 p. LOU). De upphandlande enheterna bör i samband med tilläggsbeställningar (eller motsvarande) uppmärksamma att inte några tröskelvärden överskrids för de sammanlagda beställningarna.

## Förfrågningsunderlaget

### Komplettering av förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Jönköping (mål nr 3053-2000) har i dom meddelat att en upphandling av färdtjänst skall göras om eftersom den komplettering som Borgholms kommun gjort till ett förfrågningsunderlag var så otydligt utformad att möjliga leverantörer därigenom avstått från att delta i upphandlingen. Kammarrätten uppgav att kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU därmed inte har uppfyllts. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft och refereras på sid. 15.

## Upphandlingsförfaranden

### Offentliga anbudsgivare – likabehandling

EG-domstolen har i ett nyligen avgjort mål avseende tjänstedirektivet klargjort att det inte strider mot EG-fördragets principer om vare sig likabehandling eller icke-diskriminering att låta anbudsgivare som får medel från den offentliga sektorn i sin verksamhet, oavsett i vilken form verksamheten bedrivs, delta i offentliga upphandlingar. Läs mer om EG-domstolens dom i mål C-94/99 som refereras på sid. 14.

## Annonsering över tröskelvärdena

Som NOU påpekade i *NOU info oktober -00* utgör underlåtenhet att annonsera avslutade upphandlingar en överträdelse av upphandlingsdirektiven och LOU. Som ett led i sin tillsynsverksamhet utreder NOU hur ett antal upphandlande enheter tillämpar bestämmelserna om efterannonsering. Se NOU:s tillsyn på sid. 9.

## Prövning av anbud

### *Möjlighet att lämna flera anbud - Alternativa anbud*

NOU har vid nämndsammanträde uttalat att en upphandlande enhet i en förenklad upphandling inte har rätt att förkasta alla inkomna anbud med motiveringen att de kommer från samma leverantör. Se närmare under ärenden och yttranden NOU:s ärende dnr 2000/0235-21 på sid. 10.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### *Tjänstekoncessioner*

EG-domstolen har i ett nyligen avgjort mål fastställt att ett avtal om leverans av tjänster som omfattas av försörjningsdirektivet (93/38/EEG), ändå inte omfattas av direktivets *tillämpningsområde*. Orsaken var bl.a. att vederlaget bestod i att leverantören fick rätt att utnyttja tjänsterna kommersiellt. *Tjänstekoncessioner* ansågs därmed inte omfattas av reglerna om upphandling i försörjningsdirektivet. Domstolen menade trots detta, att de upphandlande enheter som ingår sådana avtal är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Det finns anledning att anta att motsvarande tolkning också kan göras inom den klassiska sektorn. Jämför också reglerna för byggkoncessioner i 3 kap. 6-8 §§ LOU. Läs mer om EG-domstolens dom i mål C-324/98 som refereras på sid. 12.

Enligt NOU:s uppfattning uppfyller upphandlande enheter som tillämpar 6 kap. LOU vid upphandling av tjänstekoncessioner väl fördragets grundläggande regler.

Beträffande begreppet tjänstekoncessioner hänvisas till *NOU info juni -00* sid. 17 andra stycket.

## Upphandling under tröskelvärdena m.m.

*NOU har vid nämndsammanträde diskuterat frågan om en upphandlande enhet vid förenklad upphandling, även efter den kommande lagändringen om obligatorisk annonsering, får kontakta vissa leverantörer.*

Vid förenklad upphandling har den upphandlande enheten hittills kunnat infordra skriftliga anbud genom skrivelse och därmed vända sig endast till vissa leverantörer. Efter lagändringen skall den upphandlande enheten enligt 6 kap. 2a § LOU begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, om inte annat följer av 6 kap. 2b § LOU. NOU påminner om att en upphandlande enhet enligt övergångsbestämmelserna får begära anbud genom att skicka skrivelser till leverantörer vid förenklad upphandling utan föregående annonsering, trots det som sägs i nya 6 kap. 2a och 2b §§, intill utgången av juni 2001. Enheten skall då, som hittills, särskilt beakta huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Om enheten avser tillämpa den nya upphandlingsformen urvalsupphandling måste däremot annonsering ske i en elektronisk databas redan från och med den 1 januari 2001.

Annonseringen blir obligatorisk när det inte är fråga om direktupphandling. Frågan gäller således huruvida en upphandlande enhet, *vid sidan om och som komplettering till* annonseringen, får översända annonsen till några lämpliga leverantörer. Nämnden anser att så får ske. Den risken kan annars uppstå vid vissa typer av mindre upphandlingar från mindre företag (eller enskilda personer), att den upphandlande enheten inte får några konkurrerande anbud eller några anbud alls, eftersom den tilltänkta anbudsgivarkretsen inte söker uppdrag genom att studera annonser. När en annonsering har gjorts bör, analogt med NOU:s tolkning av reglerna över tröskelvärdena, kopior på annonsen eller annonsunderlaget få skickas till leverantörer. Utskicket får inte ske i syfte att ge fördelar åt vissa leverantörer utan syftet skall vara att bredda konkurrensen.

De upphandlande enheterna kan lämpligen på sin hemsida ange i vilka annonsorgan enheten som regel avser att annonsera.

## Statistik

Statistiken över de upphandlingar som slutfördes under 1999 är nu klar och en sammanställning av resultaten har skickats till EG-kommissionen. De värden som redovisas i statistiken och som i vissa delar bygger på genomförd efterannonsering är inte helt tillförlitliga. NOU har konstaterat att vissa upphandlande enheter kraftigt brutit mot LOU:s regler om efterannonsering som är en av de grundläggande förutsättningarna för att kravet på öppenhet (transparens) skall kunna anses uppfyllt. Respekten för reglerna tycks generellt sett ha minskat, vilket, utöver lagbrott, medfört accelererande kostnadsökningar för statistikhanteringen, vilket är oacceptabelt framdeles.



Följande uppgifter har sänts till EG-kommissionen.

För upphandling inom den klassiska sektorn över tröskelvärdena avser det totala beloppet 33 005 Mkr, fördelat på

Varor 15 328 Mkr

Tjänster 14 881 Mkr

Entreprenader 2 796 Mkr

För upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena avser det totala beloppet 11 827 Mkr, fördelat på

Varor 1 868 Mkr

Tjänster 7 589 Mkr

Entreprenader 2 370 Mkr

För upphandling under tröskelvärdet avser det totala beloppet för upphandling inom statliga myndigheter 41 306 Mkr, fördelat på

Varor 25 312 Mkr

Tjänster 11 862 Mkr

Entreprenader 4 132 Mkr

För upphandlande enheter inom försörjningssektorerna under tröskelvärdena uppgår den totala upphandlingen till 24 965 Mkr.

## Rättsmedel

### Reglerna om anbudssekretess i sekretesslagen

*NOU har skrivit till regeringen (Justitiedepartementet) angående behovet av ändringar i reglerna om anbudssekretess i sekretesslagen (1980:100) (NOU:s ärende dnr 2000/0134-29).*

NOU har i skrivelsen hänvisat till EG-domstolen dom C-81/98<sup>1</sup> i det s.k. Alcatel-domen (se *NOU info december -99* och *NOU info oktober -00*) och bl.a. pekat på att anbudssekretessen enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen i regel upphör först när avtal tecknas. Visserligen medges enligt stadgandet att anbud kan offentliggöras innan avtal tecknas, men den möjligheten har hittills tillämpats utomordentligt sällan. Samtidigt gäller en viss upplysningsskyldighet gentemot anbudsgivaren beträffande resultatet av hans ansökan eller anbud (se t.ex. 2 kap. 7a § LOU). För att kunna fullgöra uppgiftsskyldigheten trots att upphandlingen inte avslutats, måste den upphandlande enheten offentliggöra anbuden. En anpassning av 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen, som medger den upphandlande enheten att fullgöra uppgiftsskyldigheten med i övrigt bevarad sekretess, bör enligt NOU:s mening övervägas.

Upphandlingskommittén utreder de åtgärder som Sverige bör vidta med anledning av Alcatel-domen. Slutbetänkandet skall lämnas i mars 2001. NOU rekommenderar

---

<sup>1</sup> Alcatel Austria m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

de upphandlande enheterna att i kommande upphandlingar och i avvaktan på åtgärdsförslagen och beslut med anledning av dessa *planerar in* skäligen tid, åtminstone någon vecka, mellan beslut om val av leverantör och tecknandet av avtal alternativt villkorar avtalet i samma syfte. Ett exempel på avtalsvillkor kan vara "Detta avtal börjar gälla fr.o.m. tidpunkt XX under förutsättning att ansökan om överprövning inte sker".

## NOU:s tillsyn

Som ett led i NOU:s tillsynsverksamhet har NOU, som redan påpekats ovan, kontaktat ett 70-tal upphandlande enheter som bedömts brista i efterannonsering av genomförda upphandlingar. NOU återkommer med kommentarer till resultatet när projektet avslutats.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Upphandlande enheter

NOU har, med anledning av den granskning NOU tidigare utfört, begärt att vissa företag med statligt ägande skall informera NOU om de åtgärder de vidtagit för att följa LOU. Flera bolag har ännu inte svarat och några har begärt anstånd med svaret.

*Postbolagen AB* har inte inkommit med några nya invändningar i sak men har meddelat NOU att bolagen inte kommer att följa LOU. NOU har skrivit om detta till ansvarigt departement.

*Samhall AB* har inte inkommit med några invändningar men har förklarat att praktiska svårigheter och en i budgetpropositionen aviserad omorganisation medför att Samhall skall svara NOU först senare.

*Svenska Lagerhus AB* har omorganiserat sin verksamhet och koncentrerat den allmännyttiga verksamheten till ett dotterbolag, vilket skall följa LOU. Ärendet hos NOU är avslutat.

*Teracom AB* har uppgivit att det skall följa LOU. Ärendena angående Teracoms dotterbolag är ännu inte avslutade.

*Specialfastigheter Sverige AB* har fattat beslut om att tillämpa LOU. Ärendet hos NOU är avslutat.

*Sveriges Television AB* har i oktober 2000 fått besked att bolaget enligt NOU:s bedömning omfattas av LOU. Sveriges Television skall under våren 2001 inkomma med besked om de åtgärder bolaget tänker vidta.

*Fastighetsbolaget Kasernen AB* har meddelat NOU att bolagen inom koncernen inte längre anser sig vara upphandlande enheter. NOU har svarat att bolagen inte har stöd för sitt ställningstagande och enligt NOU:s bedömning även i fortsättningen måste följa LOU.

*Venantius AB* anser sig inte vara upphandlande enhet. NOU har vid nämndmöte i december 2000 vidhållit sin ståndpunkt att bolaget omfattas av LOU.

*Svenska Spel AB har efter egen utredning fattat beslut om att inga bolag inom koncernen är upphandlande enheter. Därmed har även Casino Cosmopol AB tagit tillbaka beskedet att bolaget är en upphandlande enhet. NOU för diskussioner med Svenska Spel i frågan.*

## Sjöfartsverkets upphandling av konsult

*NOU har i ett yttrande uttalat att en upphandlande enhet inte kan utnyttja optionsklausuler i ett avtal för att ge en konsult uppdrag som inte omfattas av det upphandlade avtalet. Reglerna i 5 kap. 17 § LOU var inte tillämpliga i det aktuella fallet. (NOU:s ärende dnr 2000/0194-29)*

NOU har uppmärksammat uppgifter i ett nyhetsprogram i radio att Sjöfartsverket vid köp av konsulttjänster för verkets omorganisation inte följt LOU.

Sjöfartsverket upphandlade genom öppen upphandling jämförande studier mellan de nordiska organisationerna, s.k. benchmarking. Avtalet innehöll en optionsklausul på ytterligare uppdrag. Sjöfartsverket beslutade senare att inom ramen för det tidigare benchmarkingprojektet uppdra åt samme konsult att medverka i ett projektet avseende den interna organisationen. Sjöfartsverket har angivit att det inte upphandlat det senare uppdraget genom förhandlad upphandling enligt 5 kap. 17 § LOU. Verket angav att det inte fanns något behov av konsulttjänster för att utreda Sjöfartsverkets organisation, när det ursprungliga förfrågningsunderlaget utarbetades. Detta behov uppstod först efter det att Näringsdepartementet låtit utreda Sjöfartsverkets verksamhetsstruktur m.m. Den konkreta och definierade tjänsten avseende organisationsutveckling omfattades därför självfallet inte av upphandlingen. Det förelåg dock en optionsklausul vilken fortfarande var möjlig att utnyttja. Sjöfartsverket ansåg sig därför haft rätt att utnyttja det antagna anbudet inom ramen för den redan gjorda upphandlingen och således anlita konsulten även senare.

NOU ansåg att det av förfrågningsunderlagets utformning och avtalet inte framgick att det senare uppdraget, vilket aktualiserades först senare och innefattade verkets egen organisation, ingick i de upphandlade tjänsterna. NOU ansåg därför att Sjöfartsverket inte haft rätt att utan formbunden upphandling enligt LOU tilldela uppdraget avseende organisationsutvecklingen till samma konsult.

## Möjlighet att lämna flera anbud - Alternativa anbud

*NOU har vid nämndsammanträde uttalat sig om möjligheten att lämna flera olika anbud och angivit att en upphandlande enhet i en förenklad upphandling inte har rätt att förkasta alla inkomna anbud med motiveringen att de inkommer från samma leverantör. Klagomålet till NOU hade lämnats av en kooperativ organisation (NOU:s ärende dnr 2000/0235-21).*

En leverantör har anfört i huvudsak följande. Bolaget är ett rikstäckande företag som är uppdelat på flera driftsenheter, vilka kan lämna egna anbud i en och samma upphandling. Anbudet kan skilja sig åt vad gäller pris men även avseende andra faktorer som kvalitet och olika kombinationer av tjänster. Inget av anbudet hade prövats av den upphandlande enheten med motiveringen att leverantören felaktigt lämnat flera olika anbud. Upphandlingen avslutades genom val bland övriga anbudsgivare utan att leverantörens anbud till någon del prövats i sak.

NOU har svarat följande: "Utgångspunkten för bedömningen är det avtalsförhållande som uppstår. Olika bedömningar måste göras om anbud som /leverantören/ lämnar skall anses komma från flera juridiska eller fysiska personer eller om anbud utgör alternativa anbud från samma juridiska person.

Om anbud lämnats av självständiga juridiska eller fysiska personer, vilka tillhör en "paraplyorganisation", skulle den upphandlande enheten inte kunna förkasta anbud med motiveringen att fler än ett anbud har inkommit. Under sådant förhållande skulle kontrakten tilldelas de juridiska eller enskilda personerna och inte paraplyorganisationen och varje anbudsgivares kvalifikation och anbud skulle därför ha bedömts separat. Den enskilde anbudsgivaren skulle sannolikt därutöver kunna åberopa även "paraplyorganisationens" ekonomiska styrka och möjligheterna att erhålla stöd från densamma (jfr. EG-domstolens dom i mål C-176/98 *Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari* i närvaro av *Ruhrwasser AG*).

/Leverantören/ anges dock inte vara en sådan "paraplyorganisation" av självständiga juridiska eller fysiska personer. Leverantören är mot bakgrund av de uppgifter som lämnats att betrakta som en enda anbudsgivare. Denne kan lämna flera anbud från sina "driftsenheter". Reglerna i LOU om alternativa anbud skall därför beaktas."

Enligt 1 kap. 23 b § LOU (som reglerar upphandling enligt 2 - 5 kap. LOU) får en upphandlande enhet, som skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande, om det uppfyller de minimikrav som enheten ställt upp. Kraven skall ha angetts i förfrågningsunderlaget. Om enheten inte avser att pröva anbud som innehåller alternativa utföranden, skall enheten upplysa om detta i annonsen. Vid upphandling enligt 2 - 5 kap. LOU har en upphandlande enhet således möjlighet att i annons ange att alternativa anbud inte kommer att prövas.

Motsvarande uttryckliga regler om alternativa anbud saknas för upphandling enligt 6 kap. LOU. "En upphandlande enhet skall emellertid enligt 6 kap. 11 § LOU alltid pröva alla anbud, således även alternativa, så länge de uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav. Med hänsyn härtill är det tveksamt om en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget över huvud taget får ange att alternativa anbud inte får lämnas.

NOU anser således att den upphandlande enheten i en *förenklad upphandling* inte har rätt att förkasta alla inkomna anbud med motiveringen att de inkommer från samma leverantör."

## NOU:s skrivelse till regeringen

NOU har vid nämndsammanträde beslutat (NOU dnr 2000/0308-29) att göra regeringen uppmärksam på att uttrycket i 1 kap. 6 § 1 st. 1 p. LOU "vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av..." bör ändras till "som till större delen finansieras av...". Även kriteriet "vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn..." bör på ett bättre sätt anpassas till motsvarande bestämmelser i de bakomliggande EG-direktiven. NOU hänvisar till EG-domstolens förhandsbesked i mål C-380/98 (som refereras i *NOU info oktober -00* sid. 17). Angående den andra föreslagna lagändringen hänvisar NOU till en tidigare rapport<sup>2</sup> där NOU angivit bl.a.

<sup>2</sup> Rapporten till regeringen avseende statliga bolags tillämpning av LOU den 30 november 1998,

att hänvisningen kan leda till ett cirkelresonemang. NOU föreslog därför att nämnda bestämmelse i lagen anpassas till direktivens lydelse på ett bättre sätt. I en fotnot till rapporten redovisas det aktuella uttrycket i vissa andra språkversioner som efter översättning närmast talar för att de organisationer "vars *förvaltning* ligger under tillsyn av stat, kommun eller annan upphandlande enhet" skall utgöra upphandlande enheter (och därmed stå under NOU:s tillsyn).

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Omfattas tjänstekoncession av försörjningsdirektivet?*

EG-domstolen har i en dom den 7 december 2000, mål C-324/98<sup>3</sup> behandlat frågan huruvida tjänstekoncessioner omfattas av direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) och direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet). NOU har i *NOU info juni –00* sid. 16 f. refererat generaladvokatens yttrande i målet.

Telekom Austria är ett av Republiken Österrike helägt aktieföretag. I Telekommunikationsgesetz (TKG) ges Telekom Austria uppgiften att bl.a. tillhandahålla offentliga telekommunikationstjänster. I denna uppgift ingår att tillse att det finns en heltäckande förteckning över alla abonnenter på offentliga taltelefons-tjänster.

Telekom Austria offentliggjorde den 15 maj 1997 i en nationell tidning en uppmaning att inkomma med anbud rörande ett avtal om koncession som gällde tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger). Den 15 december 1997 ingick Telekom Austria ett koncessionsavtal med Herold Business Data AG (Herold). Herold är ett gemensamt dotterbolag till GTE och Telekom Austria, där det senare äger 26 %.

Den österrikiske domstolen Bundesvergabeamt vände sig till EG-domstolen, efter att två konkurrenter till Herold - Telaustria och Telefonadress - hävdade att avtalet skulle ha upphandlats enligt reglerna i den österrikiska lagen och tjänstedirektivet alternativt för försörjningsdirektivet.

EG-domstolen konstaterade att om en upphandling omfattas av försörjningsdirektivet är bestämmelserna i tjänstedirektivet inte tillämpliga. Den konstaterade vidare att Telekom Austria är en upphandlande enhet inom försörjningssektorena. Domstolen prövade därmed endast om det omtvistade avtalet omfattades av försörjningsdirektivet på grund av avtalsparterna och avtalets särskilda syfte.

Domstolen konstaterade att de uppgifter som uppdraget omfattade, bl.a. insamling, bearbetning och strukturering av abonnentuppgifter, tryckning av telefonkataloger och marknadsföringstjänster, var av den art att de omfattades av direktiv 93/38/EEG.

---

dnr 1998/0172-28.

<sup>3</sup> Telaustria Verlags GmbH (Telaustria) och Telefonadress GmbH (Telefonadress) mot Telekom Austria AG (Telekom Austria).

På frågan om sådana tjänster skall omfattas av direktiv 93/38/EEG, även i de fall då vederlaget består i att leverantören får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt, svarade domstolen följande. Både i EG-kommissionens förslag till rådskdirektiv 91/C 23/01 av den 13 december 1990 om tjänsteupphandling och i EG-kommissionens ändrade förslag till rådskdirektiv 89/C 264/02 av den 18 juli 1989 om upphandling inom försörjningssektorerna, föreslog EG-kommissionen att vissa bestämmelser om koncessioner avseende offentliga tjänster skulle ingå i direktiven.

Under lagstiftningsarbetet med tjänstedirektivet strök emellertid rådet hänvisningen till koncessioner avseende offentliga tjänster, bl.a. på grund av skillnaderna mellan medlemsstaterna vad avsåg delegation av tillhandahållande av offentliga tjänster och regler för hur sådan delegation kunde ske, varvid det erinrades om att skillnaderna kunde skapa en situation där de olika marknaderna för koncessioner öppnades i olika grad.<sup>4</sup>

Vad gäller reglerna i försörjningsdirektivet är utvecklingen densamma. Rådet menade att det saknades anledning att reglera tjänstekoncessioner i försörjningsdirektivet.<sup>5</sup> Grunden var att sådana avtal endast förekom i en av medlemsstaterna och att det saknades fördjupade studier rörande olika former av koncession avseende offentliga tjänster i medlemsstaterna inom dessa sektorer.

Domstolen konstaterar följaktligen att EG-kommissionen i sitt förslag till nytt direktiv för försörjningssektorerna *inte* föreslog att koncessioner avseende offentliga tjänster skulle omfattas av försörjningsdirektivets tillämpningsområde.

Domstolen gör även en jämförelse med direktivet för bygg- och anläggningsarbeten (byggdirektivet). I det första direktivet på området, 71/305/EEG, undantogs koncessionsavtal uttryckligen. I det följande ändringsdirektivet, 89/440/EEG, föreskrevs att vissa artiklar i byggdirektivet (om publicering m.m.), skall vara tillämpliga på koncessionsavtal för bygg- och anläggningsarbeten. I det nuvarande byggdirektivet, omnämns uttryckligen koncessionsavtal för offentliga bygg- och anläggningsarbeten bland de avtal som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

I *försörjningsdirektivet* finns inga bestämmelser om koncession avseende offentliga tjänster. Domstolen uppgav att detta innebär att gemenskapslagstiftaren valt att inte låta sådana avtal omfattas av tillämpningsområdet för försörjningsdirektivet och att lagstiftaren i annat fall uttryckligen hade angett att sådana avtal skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde, såsom gjordes i byggdirektivet. Eftersom koncessionsavtal avseende offentliga tjänster inte omfattas av tillämpningsområdet för försörjningsdirektivet menade domstolen att sådana avtal inte omfattas av begreppet skriftliga onerösa avtal<sup>6</sup> i artikel 1 punkt 4 i direktivet.

Domstolens svar till Bundesvergabeamt blev följande:

” – ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrots att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och

---

<sup>4</sup> Se dokument nr 4444/92 ADD 1 av den 25 februari 1992, med rubriken Rådets motivering.

<sup>5</sup> Se dokument nr 5450/90 ADD 1 av den 22 mars 1990.

<sup>6</sup> Oneröst avtal = avtal där båda parter åläggs en "börda" och alltså prestation och motprestation uppväger varandra.

som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag, som innebär att det första företaget ger det andra företaget i uppgift att tillverka och ge ut tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar (telefonkataloger) omfattas av direktiv 93/38/EEG,

- 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 anförde vidare att, trots att tjänstekoncessioner är undantagna, är de upphandlande enheter som ingår sådana avtal skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Denna princip förutsätter bland annat att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande enheten kan försäkra sig om att principen iakttas. Skyldigheten att lämna insyn, som åvilar varje upphandlande enhet, 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.

### *Offentliga anbudsgivare – likabehandling*

*Får organisationer som erhåller offentliga medel (statligt stöd) delta i offentliga upphandlingar?*

EG-domstolen har i en dom den 7 december 2000, mål C-94/99<sup>7</sup> behandlat frågan om gemenskapsrätten hindrar en upphandlande enhet att tillåta att organisationer, vilka erhåller olika former av medel från det offentliga, deltar i offentliga upphandlingar. Direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet).

ARGE, som är ett privat företag, lämnade in anbud i ett öppet förfarande avseende provtagning och analys av vattenprover från ett antal österrikiska sjöar och floder. Även ett antal tjänsteleverantörer från den offentliga sektorn lämnade anbud. ARGE gjorde gällande i ett medlingsförfarande att dessa organisationer, i egenskap av halvoffentliga anbudsgivare, åtnjöt betydande statliga subventioner som inte var öronmärkta för något bestämt projekt. ARGE menade bl.a. att det bröt mot likabehandlingsprincipen i EG-fördraget att låta sådana organ delta i offentliga upphandlingar. Tvisten gick vidare till den österrikiska domstolen Bundesvergabeamt, vilken vände sig till EG-domstolen.

EG-domstolen konstaterade att den upphandlande enheten enligt tjänstedirektivet är skyldig att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare. Enligt artikel 3.2 är de upphandlande enheterna skyldiga att säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer. Domstolen uppgav dock att det inte kunde anses att likabehandlingsprincipen åsidosatts redan då upphandlande enheter låter sådana organ delta i ett upphandlingsförfarande, som erhåller subventioner som gör det möjligt för dem att lämna anbud som är betydligt lägre än anbud som lämnas av anbudsgivare som inte subventioneras. Domstolen uppger vidare att om gemenskapslagstiftaren hade avsett att tvinga de upphandlande enheterna att utesluta sådana anbudsgivare skulle den uttryckligen ha angett detta.

---

<sup>7</sup> ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft.

EG-domstolen framhöll att tjänstedirektivet innehåller en klar redogörelse för kriterierna för urval av vilka tjänsteleverantörer som får lämna anbud samt för kriterierna för tilldelning av kontrakt, men att det inte i någon av dessa bestämmelser föreskrivs att en anbudsgivare skall uteslutas eller att hans anbud principiellt skall förkastas enbart på den grunden att denne subventioneras med offentliga medel. Domstolen framhöll att det uttryckligen anges i artikel 1 c i tjänstedirektivet att organ som i förekommande fall finansieras med offentliga medel får delta vid offentlig upphandling.

EG-domstolen hänvisar sedan till EG-kommissionens uttalande att en anbudsgivare kan uteslutas under urvalsförloppet, när den upphandlande enheten anser att anbudsgivaren har erhållit ett stöd som strider mot fördraget. Skyldigheten att återlämna det rättsstridiga stödet skulle nämligen kunna äventyra anbudsgivarens ekonomiska situation, så att han inte kan anses uppfylla de finansiella och ekonomiska garantier som krävs.

EG-domstolen anförde vidare att det heller inte kunde anses vara att betrakta som en begränsning av den fria rörligheten för tjänster mellan medlemsstaterna att tillåta subventionerade anbudsgivare att delta i en upphandling. Stöd till företag beviljas i allmänhet till företag som är etablerade i den medlemsstat som beviljar stödet. Stödet utgör emellertid inte i sig en dold diskriminering eller begränsning av den fria rörligheten för tjänster i den mening som avses i EG-fördraget (artikel 59). I det aktuella fallet fanns heller inget krav på att de subventionerade anbudsgivarna var etablerade i Österrike för att få delta.

EG-domstolen besvarade inte den sista frågan från den österrikiska domstolen. Frågan gällde om upphandlande enheter, utan att genomföra ett konkurrensutsatt anbuds-förfarande enligt tjänstedirektivet, kan ingå kontrakt med sådana organ, som helt eller till övervägande del ägs av det allmänna och vars verksamhet helt eller till övervägande del bedrivs för den upphandlande enhetens eller för andra statliga organs räkning. EG-domstolen hänvisade istället till sin dom i mål C-107/98 (Teckal). I det målet uppgav domstolen att varudirektivet (93/36/EEG) är tillämpligt när en upphandlande enhet, 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 enhet.

*NOU:s kommentar:* NOU bedömer att tolkning kan ske analogt för varudirektivet och byggdirektivet. Resonemanget för statsstöd gäller således hela den klassiska sektorn.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Domen som meddelades av Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 1669-2000) och som refererades i *NOU info oktober -00* sid. 19 har vunnit laga kraft. Målet avser en förenklad upphandlingen av konferenstjänster (parallella avtal) och genomfördes av Landstinget i Dalarna. Kammarrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.
- Länsrätten i Kalmar län har i en dom den 30 augusti 2000 (mål nr 846-00) meddelat att en i målet ifrågasatt *komplettering av en anbudsfrågan* vid en upphandling av färdtjänstresor genomförd av Borgholms kommun inte kan



anses stå i strid med reglerna i 1 kap 4 § LOU. Domen överklagades till Kammarrätten i Jönköping, som meddelade dom den 3 oktober 2000 (mål nr 3053-2000). Kammarrätten beslutade med bifall till överklagandet att upphandlingen av färdtjänst skulle göras om. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft.

I anbudsförfrågan i den aktuella upphandlingen angavs att färdtjänstresorna skulle komma att förmedlas via beställningscentral som skulle upphandlas i särskild ordning. Komplettering av anbudsförfrågan gjordes genom utskick av ett avtal om Beställningscentral för färdresor med företag A. Enligt avtalet skulle "tömning av taxametrar, oavsett system, ombesörjas av beställningscentralen". I en komplettering till avtalet angavs att anbudslämnarna skulle ta kontakt med företag A angående bestämmelser för tömning av taxameter m.m. En leverantör åberopade i länsrätten att avtalsvillkoren var oskäliga p.g.a. att beställare av anbudsunderlag skulle ta kontakt med företag A och att dess bestämmelser för tömning av taxametrar skulle gälla. Leverantören uppgav att detta innebar en oskäligen avtalspecificering som inte hade med utförandet av uppdraget att göra eftersom det innebar att beställningscentralen, genom en sådan uppgift, skulle få insikt i samtliga taxiföretags konfidentiella ekonomiska uppgifter.

Borgholms kommun uppgav att kompletteringen skickades till samtliga som beställt anbudsförfrågan. Kommunen anförde att "en komplettering som går ut till samtliga som beställt anbudsförfrågan inte kan anses strida mot gällande lagstiftning för offentlig upphandling. Snarare är det ett krav att samtliga får del av samma kompletterande information. Det förhållandet att beställningscentralen, som klaganden uppger, skulle få insikt i samtliga taxiföretags konfidentiella ekonomiska uppgifter dvs. konkurrerande företags ekonomi och prissättningar kan inte anses föreligga eftersom den redovisning som av färdtjänstentreprenören skall ske till beställningscentralen enbart avser färdtjänstresor vars prissättning är offentlig efter det att det som inkommet anbud till kommunen antagits eller förkastats." Vidare hävdade kommunen att den metod som skulle användas för att tömma taxametrarna inte skulle innebära att några affärshemligheter skulle komma att röjas.

Av kammarrättsdomen framkommer det att kompletteringen kom leverantören till handa först två dagar före anbudstidens utgång och att ett antal taxiföretag inte ansåg sig kunna lämna anbud då de har andra taxametersystem och andra tömningscentraler.

Kommunen anförde i kammarrätten att villkoren i anbudsförfrågan inte innebär att affärshemlighet röjs, att en entreprenör inte missgynnas i förhållande till en annan och att det vore möjligt för företag B, som är ett serviceföretag för taxientreprenörer, att samköra underlag för färdtjänstresor från färdtjänstentreprenör som är ansluten till annat företag för tömning av taxametrar och vidarebefordra dessa till kommunen.

Kammarrätten påpekade att kompletteringen av anbudsförfrågan uppenbarligen kan tolkas på flera sätt men att det utsända kompletterande materialet närmast ger stöd för den klagande leverantörens tolkning. Kammarrätten fann att kommunen inte uppfyllt kravet på affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU.

Anbudsförfrågan var så otydligt utformad, t.ex. vad gäller metoder för tömning av taxametrarna och därmed risken för att affärshemligheter skulle röjas, att möjliga leverantörer avstått från att delta i upphandlingen. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft. Kammarrätten anförde att "för att en leverantör skall kunna avge ett anbud måste anbudsunderlaget vara korrekt och fullständigt och det måste med alla tillägg och preciseringar vara känt i sådan tid att leverantören får skäligt tidsutrymme att överväga sitt eventuella anbud."

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

NOU har fått besked om att Högsta domstolen kommer att meddela domar senare i december månad avseende tre rättsfall. Det första gäller skadestånd vid en upphandling av städtjänster. Både tingsrätten och hovrätten ansåg att upphandlingen stred mot LOU, men att leverantören som yrkar ersättning har inte kunnat visa skada. Därför har inget skadestånd kunnat ådömas leverantören (mål nr T 2417-98). Hovrättsdomen refererades i *NOU info juni -99* sid. 14.

Två mål behandlar möjligheten att utfå skadestånd när en upphandlande enhet har beslutat att avbryta ett upphandlingsförfarande och istället låta verksamheten bedrivas i egen regi (mål nr T 1683-99). Domarna refererades i *NOU info juni -99* sid. 14 f., och (mål nr T 370/99) som refererades i *NOU info okt -99* sid. 18.

När HD expedierat domarna kommer referat av dem att läggas ut på NOU:s hemsida på adress [www.nou.se](http://www.nou.se) och kommer att refereras i *NOU info mars -01*.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- Göteborgs tingsrätt har i en dom (mål nr T 19992-97) avseende en förenklad upphandling av hörselteknisk serviceverksamhet förpliktat Landstinget i Jönköpings län att utge skadestånd till en leverantör med 1 561 861 kr jämte ränta och rättegångskostnader. Domen har överklagats.

Landstinget tog i slutfasen av upphandlingen upp prisförhandlingar med två leverantörer men inte med den tredje. Tingsrätten uppger att landstinget på grund av att det har angett ett flertal kriterier i upphandlingen men inte givit någon tillfredsställande förklaring till hur "andra kriterier än prisfrågan och funktionskriteriet skall värderas eller förstås som bedömningsgrund i upphandlingen" handlat i strid med LOU. Tingsrätten anser heller inte att landstinget "visat vilken betydelse dessa andra kriterier haft vid det slutliga beslutet om val av leverantör. Det leder till att de erbjudna timpriserna är det enda kriterium som kan läggas till grund för en bedömning av vilken leverantör som skulle ha fått uppdraget om upphandlingen hanterats korrekt." Tingsrätten konstaterar att "upphandlingen genomfördes enligt reglerna för förenklad upphandling. I en sådan upphandling är det tillåtet för den upphandlande enheten att föra förhandlingar med en eller flera av anbudsgivarna. Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller att den upphandlande enheten skall behandla anbudsgivare och anbud utan ovidkommande hänsyn. I detta ligger ett krav på att anbudsgivarna utifrån objektiva grunder skall behandlas lika. Detta måste förstås så att om en anbudsgivare under förhandling med den upphandlande enheten får tillfälle att komplettera sitt anbud i något icke oväsentligt avseende, såsom det erbjudna

priset, måste även de andra anbudsgivarna ges samma möjlighet till komplettering."

Domen har överklagats till Hovrätten för Västra Sverige. NOU återkommer i frågan.

*NOU:s kommentar:* Förhandlingar som i huvudsak innebär förhandlingar om pris måste göras med alla anbudsgivare som ligger inom en för ett avtal rimlig nivå. Förhandlingar om tekniska lösningar, som i slutskedet (som effekt av förhandlingarna) också innebär prisförhandlingar, måste göras med de anbudsgivare som har, i förhållande till kravspecifikationen, de bästa tekniska lösningarna för ett avtal. Antalet anbudsgivare som kallas till förhandling måste således avgöras från fall till fall.

## Miljö

NOU har vid ett flertal tillfällen fått frågan om det är möjligt att vid upphandling av nötkött ställa krav på att köttet skall vara svenskt.

En upphandlande enhet har, i enlighet med LOU, rätt att bestämma sina behov och formulera de krav som behöver ställas på en produkt. Krav på att köttet skall var svenskt strider dock mot de bestämmelser i EG-fördraget som syftar till att skapa en inre marknad, såsom principen om ömsesidigt erkännande samt det grundläggande diskrimineringsförbudet som återspeglar sig i huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Att ställa krav på att köttet skall vara svenskt kan även vara en åtgärd som utgör en s.k. kvantitativ restriktion vilken är förbjuden enligt artikel 28 i EG-fördraget och därmed kan kravet strida mot den fria rörligheten av varor.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär, enligt EG-domstolens praxis, att en medlemsstat skall godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU länder om produkterna är jämförbara med dem som denna stat godkänner från inhemska producenter. (Jfr EG-domstolens mål C-340/89 Vlassopolou och C-76/90 Dennemeyer.)

Det är inte köttets ursprung utan köttets kvaliteter som är avgörande. Sannolikt kan upphandlande enheter ställa kravet att köttet genom tester *i enlighet med EG-kommissionens krav* skall visas vara smittofritt. Med hänsyn till EG-kommissionens ställningstagande att Sverige, Finland och Österrike inte behöver testa sitt kött, får det rimligen anses innebära att dessa länders kött är fritt från smitta.

Det kan tilläggas att det ej är förenligt med LOU eller EG-direktiven om offentlig upphandling att i de tekniska specifikationer/kravspecifikationen hänvisa till särskild vara på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas.

## Offentlighet och sekretess

### Sekretess till skydd för enskilds intresse

NOU får ofta frågor från leverantörer som upplever att upphandlande enheter alltför lätt beslutar att handlingar som rör en avslutad upphandling är hemliga enligt sekretesslagen. NOU tar inte ställning till om ett beslut att inte lämna ut en begärd handling eller uppgift är befogad eller inte. Denna prövning skall göras av de till upphandlande enheterna och en eventuell efterföljande domstolsprövning. NOU vill emellertid betona dels att enheter inte får bryta sekretessen i förhandlingar med anbudsgivare och dels att huvudregeln är att alla handlingar i upphandlingen blir offentliga.

Den kommersiella sekretessen regleras i 6 kap. 2 § sekretesslagen till skydd för det allmännas intresse (myndigheter och kommunala och landstingsägda bolag) och 8 kap. 10 § sekretesslagen till skydd för enskilds intresse, dvs. här främst leverantörerna. Detta innebär att uppgifter i anbud och anbudsansökningar är ovillkorligen hemliga till dess avtal har slutits, upphandlingen avslutats på annat sätt (t.ex. avbrutits) eller alla anbuden offentliggörs. Uppgift som rör anbud får inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet. Av detta följer bland annat att enheten vid förhandlingar inte får avslöja något om t.ex. prisnivåer i konkurrenters anbud till en viss anbudsgivare i syfte att pressa priserna i dennes anbud. Inte heller får namnen på konkurrerande leverantörer röjas.

NOU har tidigare påtalat behovet av att se över de svenska reglerna om anbudssekretess i sekretesslagen med hänsyn till uttalanden i EG-domstolens dom C-81/98 (Alcatel- domen). Se referat av NOU:s ärende (dnr 2000/0134-29) på sid. 8 (Rättsmedel - Reglerna om anbudssekretessen i sekretesslagen).

Huvudregeln är när upphandlingen är avslutad, att alla handlingar i ärendet blir offentliga, dvs. leverantören och andra har rätt att få ta del av handlingarna i upphandlingsärendet, om så begärs. Det tävlingsmoment som ligger i anbudssystemet förstärks genom att leverantörer i efterhand kan bedöma skälen för upphandlingsbeslutet. Avsikten är också att öppenheten skall minska risken för eventuellt misstroende från missnöjda leverantörer mot enhetens sätt att sköta upphandlingen och utvärderingen.

För att kunna besluta om sekretess *efter en avslutad upphandling* krävs stöd i sekretesslagen och ett sådant beslut innebär ett avsteg från offentlighetsprincipen. En upphandlande enhets beslut att inte lämna ut en begärd handling t.ex. ett anbud från en leverantör eller en viss uppgift i ett anbud skall föranledas av en bedömning att företaget eller att den upphandlande enheten skulle lida skada om uppgiften lämnades ut. Ett sådant beslut skall innehålla dels en hänvisning till den paragraf i sekretesslagen som åberopas och dels en besvärshänvisning. Föreligger skäl för sekretess avseende vissa uppgifter i en handling skall endast dessa uppgifter anses omfattas av sekretessen och handlingen i övrigt lämnas ut.

Referat av domar som prövar möjligheten att få ta del av allmänna handlingar har bland annat redovisats i *NOU info juni -00* sid. 18 f, *NOU info mars -00* sid.16 och

NOU info oktober -99 sid. 21. NOU har tidigare informerat om bestämmelserna avseende offentlighet och sekretess i sammanställning NOU info 93-95 sid. 93f och NOU info december -98 sid. 19ff.

## Övrigt

### NOU:s rapport med anledning av regeringsuppdrag om allmänt tillgängliga elektroniska databaser

#### *Sammanfattning av rapporten*

Regeringens uppdrag till NOU, som redogjordes för i NOU info oktober -00 sid. 21, har sin grund i proposition 1999/2000:128 som antogs den 15 november 2000 av riksdagen (SFS 2000:877). Från och med den 1 januari 2001 införs en annonseringsplikt avseende förenklade upphandlingar och formgivningstävlingar, som i och med lagändringen får tillämpas vid upphandling som understiger tröskelvärdena.<sup>8</sup> Förenklade upphandlingar och formgivningstävlingar skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens.

Från årskiftet får s.k. urvalsupphandling tillämpas vid sådan upphandling som omfattas av bestämmelserna i 6 kap. LOU. Vid urvalsupphandling har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud. Efter kvalificering bjuder den upphandlande enheten in vissa av sökandena att lämna anbud. Den upphandlande enhetens ansökningsinbjudan skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

NOU har i enlighet med regeringsuppdraget kartlagt allmänt tillgängliga elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar. Kartläggningen bygger på NOU:s tidigare kännedom om olika annonsdatabaser. Vidare har NOU, genom, bl.a. annonser på sin hemsida, fått kontakt med några ytterligare databasleverantörer.

I syfte att verka för uppkomsten av nya elektroniska databaser, i enlighet med regeringsuppdraget, har NOU bl.a. hållit ett informationsmöte med samtliga kända leverantörer av databaser som annonserar offentliga upphandlingar över respektive under tröskelvärdena. Flera av dessa företag har visat intresse för den ”nya” annonsmarknaden. Under uppdragstiden har vissa begränsade informationsåtgärder vidtagits. NOU har till exempel informerat om regeringsuppdraget och lagförslagen vid olika konferenser, i NOU:s nyhetsbrev och på NOU:s hemsida. NOU lämnar i rapporten förslag på hur myndighetens hemsida skall kunna användas i syfte att i framtiden sprida information om allmänt tillgängliga elektroniska databaser. Det förutsätter dock att resurser ges till detta.

---

<sup>8</sup>Under en övergångsperiod om ett halvår (t.o.m. 30 juni 2001) får dock den upphandlande enheten möjlighet att välja om en förenklad upphandling skall genomföras genom annons eller skrivelse, dvs. i enlighet med de bestämmelser som gällde före årsskiftet.

Under uppdragstiden har NOU haft flera kontakter med företrädare för upphandlande enheter, branschorganisationer, enskilda leverantörer, inköpare och databasleverantörer. Regeringens förslag om annonsering i elektroniska databaser, som sedermera antagits av riksdagen, har föranlett en intensiv debatt som NOU väljer att redovisa för regeringen. Den fullständiga rapporten återfinns på NOU:s hemsida.

### *Val av databas*

Valet av databas får enligt NOU utgå från marknaden för den vara eller tjänst som skall upphandlas. NOU anser att åtminstone följande omständigheter bör beaktas;

- att databasleverantören erbjuder sina tjänster till åtminstone de leverantörer inom den bransch som kan förväntas vara intresserade av att lämna anbud i den aktuella upphandlingen,
- att den elektroniska databasen är internetbaserad,
- att leverantörens kostnad för att söka i databasen är rimlig,
- att den upphandlande enhetens kostnad för annonsering i databasen är rimlig,
- att den teknik som används i databasen är tillgänglig till en rimlig kostnad, t.ex. får krav på vanlig internet browser och e-postprogram anses ligga inom rimlighetens ramar,
- att databasen är sökbar på åtminstone den vara eller tjänst som upphandlas och den enhet som upphandlar,
- att annonsen respektive ansökningsinbjudan utan onödigt dröjsmål publiceras i databasen<sup>9</sup> och
- att annonsen respektive ansökningsinbjudan publiceras i databasen under hela anbuds- eller ansökningstiden.

### *Annonsen och ansökningsinbjudan*

NOU har som bilaga till nyhetsbrevet bifogat de uppgifter som enligt LOU skall framgå av ansökningsinbjudan vid urvalsupphandling. Vidare framgår av bilagan andra uppgifter som enligt NOU:s bedömning lämpligen bör framgå av ansökningsinbjudan eller annonsen i en förenklad upphandling.

### *Annonsering på upphandlande enhetens hemsida*

Regeringen anger i propositionen att det i allmänhet inte kan anses tillräckligt att annonsera på den egna hemsidan. Det föreligger dock inget hinder mot att göra detta som ett komplement till annonseringen i en elektronisk databas under förutsättning att likabehandlingsprincipen beaktas. För att inte bryta mot denna princip bör publicering på enhetens egen hemsida inte ske förrän annonsen eller ansökningsinbjudan avsänts för publicering i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Vidare bör samma information erbjudas alla leverantörer, oavsett om de känner till den upphandlande enhetens hemsida eller inte.

---

<sup>9</sup> Leverantören skall enligt prop. 1999/2000:128, sid. 24 vid urvalsupphandling ges minst 10 dagar, från det att ansökningsinbjudan publicerades, att ansöka om att få lämna anbud. Enligt 6 kap. 5 § skall "...anbudsgivare ges skäligen till att lämna anbud."

### *Kartläggningen*

De elektroniska databaser som har kartlagts under denna rubrik är sådana som är i drift och som annonserar mer än ett fåtal förenklade upphandlingar per månad. Mer information om databaserna, som t.ex. tjänsteutbud, branschriktning, priser och tekniska krav återfinns i rapporten på NOU:s hemsida. De företag som kartlagts är på intet sätt godkända eller auktoriserade av NOU som varande "allmänt tillgängliga". Den bedömningen faller på de upphandlande enheterna att göra i den enskilda upphandlingen. Kartläggningen gör heller inte anspråk på att vara uttömmande.

API Online ([www.api.se](http://www.api.se))

Anbudsjournalen ([www.ajour.se](http://www.ajour.se))

Euro Business Link ([www.ebl.se](http://www.ebl.se))

FöretagsFakta Information & Ekonomi AB ([www.anbud.foretagsfakta.se](http://www.anbud.foretagsfakta.se))

InformationsGruppen AB/SverigeBygger ([www.sverigebygger.nu](http://www.sverigebygger.nu))

Landstingsförbundets webbplats ([www.lf.se](http://www.lf.se))

OPIC ([www.opic.com](http://www.opic.com))

VVS Slussen ([www.vvs-slussen.com](http://www.vvs-slussen.com))

NOU redovisar i rapporten även sådana privata och offentliga organisationer som har mer eller mindre långtgående planer på att starta elektroniska databaser för annonsering av förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar.

### **Råd för konkurrens på lika villkor**

#### *Tilläggsdirektiv avseende Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat verksamhet*

I *NOU info oktober -97* sid. 19 informerades om de kommittédirektiv (dir. 1997:145) som ligger till grund för verksamheten för Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor fram till utgången av 2000.

I tilläggsdirektiv (Dir. 2000:83) som beslutades den 30 november 2000 skall Rådets verksamhet under år 2001 bl.a. inriktas på att behandla enskilda klagomål om konkurrenssnedvridningar av allmänt intresse samt genom kontakter försöka undanröja dessa. Rådet skall vidare utveckla och informera om tillämpningen av de riktlinjer som rådet enats om. Rådet skall, enligt direktiven, avsluta sitt arbete senast den 31 december 2001 och fortlöpande samråda med bl.a. NOU.

Rådet överlämnar en rapport (SOU 2000:117) till regeringen i slutet på december 2000 där erfarenheter från de tre verksamhetsåren redovisas. Enligt tilläggsdirektiven skall en departementspromemoria från Näringsdepartementet senare presenteras, som bl.a. skall innehålla förslag till en kompletterande regel i konkurrenslagen som innebär att konkurrenssnedvridande effekter av offentlig näringsverksamhet skall kunna bli föremål för rättslig prövning.

Adressen till Rådets hemsida är [www.konkurrensradet.org](http://www.konkurrensradet.org)

## Sponsring

NOU kommer att närmare granska om upphandling skett i strid med LOU i samband med att Utrikesdepartementet "sponsrats" i vissa delar inför ordförandeskapet i EU 2001.

## Kort om LOU och NOU samt översättning av LOU till engelska

En reviderad utgåva av *Kort om LOU och NOU* kommer att finnas efter årskiftet för beställning från NOU. Som tidigare kan den rekvireras kostnadsfritt, men endast genom att skicka adresserat/de och frankerat/de A4-kuvert till NOU. (Vikten på broschyren kommer att anges där för frankeringens skull - sannolikt väger den som tidigare, ca 70 g). *Kort om LOU och NOU* kommer också att finnas på vår hemsida.

Efter årskiftet kommer även en engelsk översättning av LOU att finnas tillgänglig på NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)).



## **Bilaga**

### **Uppgifter i annons och ansökningsinbjudan**

#### **Annonsen vid förenklad upphandling**

Bland annat följande uppgifter bör enligt NOU framgå av annonsen vid förenklad upphandling:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Var förfrågningsunderlag och ytterligare information kan erhållas (eventuell länk).
- Beskrivning av det som upphandlas (vilken vara, tjänst eller byggtreprenad).
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Sista datum för beställning av förfrågningsunderlag.
- Sista datum för mottagande av anbud.

#### **Ansökningsinbjudan vid urvalsupphandlingar**

Ansökningsinbjudan skall innehålla sådan information som möjliggör för leverantören att bedöma om han skall ansöka om att få lämna anbud. I regeringens proposition 1999/2000:128, sid. 10 (6 kap. 2 c §) anges vilka uppgifter som skall framgå av ansökningsinbjudan:

- Hur ansökan får lämnas (skriftligt, muntligt eller elektroniskt med skriftlig bekräftelse eller bekräftelse på annat sätt).
- Sista datum för mottagande av ansökan.

Utöver dessa uppgifter bör även följande uppgifter framgå av inbjudan:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Var ansökan skall skickas.
- Beskrivning av det som skall upphandlas (varan, tjänsten eller byggtreprenaden).
- Vilka krav som gäller för att få lämna anbud (jämför t.ex. med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU).
- På vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om att han uppfyller ställda krav.
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Övrig information, t.ex. angivande av antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

## NOU:s nyhetsbrev oktober 2000

NOU går i "väntans tider", men det rör sig inte om något "välsignat" tillstånd....!  
Vad kommer Upphandlingskommittén fram till (dec.), hur kommer propositionen om en utökad annonsering m.m. att behandlas, vad kommer att hända med lagstiftningen p.g.a. Alcateldomen och andra domar och med NOU...?

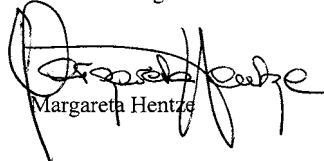
I detta höstnyhetsbrev hade vi gärna velat vara ännu tydligare vad gäller konsekvenserna av den s.k. Alcateldomen (refererad i tidigare nyhetsbrev) som innebär längre gående krav på överprövningsmöjligheter för leverantörerna än vad som framgår av LOU, men viss vägledning kan vi ändå ge.

NOU vill understryka vikten av *efterannonsering*, bl.a. med anledning av ett rättsfall i EG-domstolen nyligen som refereras i nyhetsbrevet, men framför allt med anledning av att den efterannonserade informationen är av utomordentligt stor betydelse för leverantörerna och mängder av beslutsfattare (=konsumenter av upphandlingsstatistik) i såväl Sverige och EU som inom WTO. NOU har kunnat konstatera att ordningen hos vissa upphandlande enheter beträffande efterannonseringen har varit ännu sämre i år än tidigare, trots information och tillsynsåtgärder från NOU:s sida och trots tålamodsprövande påminnelser från SCB:s sida. SCB har NOU:s uppdrag att ta in statistiska uppgifter som bygger på efterannonseringen. Statistikinsamlingen är dyrbar. Det vore rimligt att hitta en finansieringsmodell som innebär att de upphandlande enheter som förorsakar stora kostnader för statistikinsamling också får bära dessa. Om alla skötte sin efterannonsering skulle det ju gå att få fram statistiken automatiskt!

I samma rättsfall finns exempel på mycket "smått och gott" att tänka på i upphandlingsproceduren. Något som ligger en tillsynsmyndighet varmt om hjärtat är kravet på dokumentation. EG-domstolen har i en dom kritiserat Frankrike för bristande rapportering.

Det närmar sig ordförandeskapshalvåret och NOU urholkas därmed på ytterligare en god kraft. Rikard Falkendal kommer nämligen att arbeta med upphandlingsfrågor på finansdepartementet under tiden 00-11-01--01-06-30. Ytterligare resurser kan dessutom förväntas tas i anspråk med allt vad detta innebär.

Höst-Hälsningar



Margareta Hentze

## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling .....	3
Tillämpning av LOU .....	3
Upphandling av bredbandstjänster m.m. ....	3
Skyldighet att upprätta rapport efter avslutad upphandling .....	3
Krav som får ställas på leverantörer .....	4
Uteslutningsgrunder .....	4
Förfrågningsunderlaget .....	4
Krav på tydliga förfrågningsunderlag .....	4
Diskriminerande tekniska specifikationer .....	4
Villkor om sysselsättning .....	4
Annonsering över tröskelvärdena .....	5
För- och efterhandsannonsering .....	5
Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning .....	5
Information om upphandlingen under upphandlarnas frånvaro .....	5
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena .....	6
Byggtreprenad eller tjänst .....	6
Upphandling under tröskelvärdena .....	6
Kontrakt utan föregående upphandlingsförfarande .....	6
Rättsmedel .....	6
Överprövning av tilldelningsbeslut .....	6
NOU:s tillsyn .....	8
Undantaget från LOU för hyreskontrakt .....	8
NOU:s ärenden och yttranden .....	9
Uteslutning av anbudsgivare .....	9
Upphandling av bredband m.m. ....	11
Tilldelning av kontrakt utan föregående upphandling .....	12
Betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård .....	13
Rättsfall .....	14
Mål i EG-domstolen .....	14
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	19
Miljö .....	20
Internetbaserat verktyg för ekologiskt hållbar utveckling .....	20
Uppföljning av miljökrav .....	21
Övrigt .....	21
Uppdrag om allmänt tillgängliga elektroniska databaser .....	21
Upphandlingspolicy och kompetensutveckling .....	21

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 260 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info oktober -00"

# LOU – lagen om offentlig upphandling

## Tillämpning av LOU

### Upphandling av bredbandstjänster m.m.

NOU har vid nämndsammanträde behandlat frågan om tillhandahållande av nät för bredbandstjänster omfattas av LOU. Enligt NOU:s bedömning skall operatörer av sådan verksamhet anses vara upphandlande enheter och deras upphandling skall följa reglerna i LOU. Upphandlande enheter inom den klassiska sektorn som önskar upphandla bredbandstjänster, skall följa 5 kap. LOU vid upphandling över tröskelvärdena och 6 kap. LOU vid upphandling under tröskelvärdena. Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna skall tillämpa 4 kap. respektive 6 kap. LOU.

Enligt 5 kap. 1 § 3 p. LOU är upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster undantagna från upphandling. Vid upphandling av en bredbandstjänst kan sådana tjänster visserligen ingå medan resterande del av det som upphandlas är av en annan karaktär, t.ex. datatjänster. Undantaget blir endast tillämpligt då de nämnda tjänsterna, dvs. telefoni, telex, radiotelefoni etc., exklusivt upphandlas genom bredbandslösningar. I prop. 1999/2000:128 föreslår regeringen att undantaget från upphandling för dessa tjänster skall tas bort. Om riksdagen antar förslaget skall även ovan nämnda tjänster upphandlas enligt LOU efter den 1 januari 2001. Läs mer om ärendet på sid. 11 f.

### Skyldighet att upprätta rapport efter avslutad upphandling

NOU vill erinra om att en upphandlande enhet, som gjort en upphandling enligt bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. LOU, skall upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen. På begäran skall även denna rapport lämnas till Kommissionen. EG-domstolen konstaterar i sin dom i mål C-225/98 att det är en överträdelse av upphandlingsdirektiven att inte skicka de skriftliga rapporterna när kommissionen kräver in dem. Målet refereras på sid. 14 ff.

Rapporten skall åtminstone innehålla följande uppgifter:

1. enhetens namn och adress samt upphandlingens föremål och värde,
2. namn på anbudsgivare eller anbudssökande som kvalificerat sig för att delta i upphandlingen och anledningen till valet av dessa,
3. namn på anbudsgivare eller anbudssökande som inte vunnit framgång och anledningen till det,
4. namn på den leverantör som fick upphandlingen, anledningen till det och, i förekommande fall, hur stor del av upphandlingen leverantören avser att lägga ut på någon annan, och
5. för förhandlad upphandling, anledningen till valet av det förfarandet.

För avslutade upphandlingar inom försörjningssektorerna gäller delvis andra regler. Dessa återfinns i 4 kap. 15 § LOU.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Uteslutningsgrunder

NOU anser i ett ärende att det för uteslutning av en leverantör krävs att en upphandlande enhet kan peka på en lagakraftvunnen dom eller kan styrka ett allvarligt fel i yrkesutövningen hos leverantören. Brottet eller det allvarliga felet skall vara av väsentlig betydelse och vara relevant för den aktuella upphandlingen. Den omständigheten att ägaren till ett leverantörsföretag endast är misstänkt för skattebrott innebär inte att enheten har fog för att dröja med tilldelning av kontraktet. Det allvarliga felet skall dessutom avse leverantörsföretaget och inte bara dess ägare eller annan företrädare. Ärendet behandlas utförligare på sid. 9 f.

## Förfrågningsunderlaget

### Krav på tydliga förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 1669-2000) har ansett att förfrågningsunderlaget vid en förenklad upphandling av konferenstjänster inte uppfyller LOU:s krav på affärsmässighet. Upphandlingen skall göras om och därvid skall utvärderingskriterierna i underlaget rangordnas och preciseras till sin innebörd. Förfrågningsunderlaget skall vidare innehålla uppgift om förväntad avropsvolym och uppgift om att de leverantörer som får teckna avtal skall rangordnas. Domen visar ånyo att det ställs höga krav på tydliga och fullständiga förfrågningsunderlag. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft och refereras på sid. 19 f.

### Diskriminerande tekniska specifikationer

EG-domstolen har funnit att de tekniska specifikationerna, som en fransk myndighet angivit, var så speciella och abstrakta att endast franska anbudssökande direkt kunde utröna deras betydelse. Icke-franska företag tvingades ta kontakt med den upphandlande enheten för att få närmare information. Denna omständighet försvårade för anbudsgivare från andra medlemsstater att hinna lämna in anbud inom anbudstiden. EG-domstolen ansåg detta vara indirekt diskriminering av leverantörer från andra medlemsstater och därmed ett fördragsbrott. Läs mera om EG-domstolens dom i mål C-225/98 på sid. 14 ff.

### Villkor om sysselsättning

EG-domstolen har angivit att reglerna om utvärdering av anbud inte utesluter all möjlighet för upphandlande enheter att som ett kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslöshet. Det gäller dock endast under förutsättning att detta villkor är förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. EG-domstolens dom i mål C-225/98 refereras på sid. 14 ff.

## Annonsering över tröskelvärdena

### För- och efterhandsannonsering

EG-domstolen konstaterar att *förhandsannonsering* är obligatorisk endast när de upphandlande enheterna använder sig av möjligheten att förkorta tidsfristerna för mottagande av anbud. Eftersom LOU införlivar de i domen aktuella direktivbestämmelserna får det antas att svenska domstolar kommer att tolka de svenska reglerna på samma sätt som EG-domstolen tolkar direktivbestämmelserna.

Att underlåta att annonsera avslutade upphandlingar utgör enligt EG-domstolen en överträdelse av upphandlingsdirektiven. I LOU återfinns bestämmelserna om *efterannonsering* i 1 kap. 11 § för den klassiska sektorn och i 4 kap. 15 § för försörjningssektorerna samt 6 kap. 16 § vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena. En upphandlande enhet som har avslutat en upphandling enligt 2, 3 respektive 5 kap. (klassiska sektorn) skall inom 48 dagar skicka en annons om hur upphandlingen avslutats till EU:s publikationskontor. Efterannonsering inom försörjningssektorerna skall ske inom 60 dagar efter det att upphandlingen avslutades. Om en upphandling av B-tjänster överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall enheten senast inom 60 respektive 48 dagar efter det att upphandlingen avslutats skicka meddelande till kommissionen. I meddelandet skall, bl.a. anges om enheten godkänner att det publiceras.

Läs mer om för- och efterhandsannonsering i EG-domstolens dom i mål C-225/98 som refereras på sid. 14 ff.

## Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning

### Information om upphandlingen under upphandlarnas frånvaro

NOU har fått kännedom om att flera upphandlande enheter saknat ansvarig tjänsteman på plats för att besvara frågor som uppkommit under den ordinarie upphandlarens semester eller annan frånvaro. NOU vill därför påminna om att det vid upphandling över tröskelvärdena finns bestämmelser om att en upphandlande enhet på begäran skall lämna ytterligare information. Som exempel kan nämnas 2 kap. 13 § LOU: "Ytterligare information skall lämnas senast sex dagar före anbudstidens utgång, om så har begärts i rimlig tid." Dessutom gäller huvudregeln om affärsmässighet (1 kap. 4 § LOU).

Inte heller vid förenklad upphandling är det enligt NOU:s mening förenligt med 1 kap. 4 § LOU, att anbudsgivarna förväntas förbereda sina anbud under en tid då de inte kan, eller endast med svårigheter kan, erhålla klara och bindande svar på sina frågor. Förfrågningsunderlagen är vid förenklade upphandlingar dessutom ofta mindre detaljerade än vid upphandlingar över tröskelvärdena. Samtidigt avser de ibland svårdefinierbara tjänster och kräver därmed inte sällan kompletteringar och klargöranden. Det får därför ankomma på de upphandlande enheterna att försäkra sig om att det, genom delegering av uppgifter och överföring av information, finns någon ansvarig tjänsteman som under den ordinarie upphandlarens frånvaro kan lämna upplysningar och fatta nödvändiga beslut.

## Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### Byggentreprenad eller tjänst

NOU har på eget initiativ tagit upp frågan om ett kontrakt om uthyrning av lokaler i en byggnad, som endast finns på ritning, är att anse som en byggentreprenad eller ett hyreskontrakt. Hyreskontrakt är enligt 5 kap. 1 § undantagna från LOU medan byggentreprenader skall upphandlas enligt 3, 4 eller 6 kap. LOU. NOU har i ett ärende uttalat att undantaget i 5 kap. 1 § LOU endast kan åberopas vid hyra av en lokal i en *befintlig* byggnad. Att undantaget endast avser "befintlig byggnad" är emellertid inte angivet i LOU. Tillsynsärendet refereras närmare på sid. 8 f.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Kontrakt utan föregående upphandlingsförfarande

En kommun avsåg att ersätta ett avgångsvederlag med en möjlighet att teckna ett konsultavtal med en avgående tjänsteman. NOU uttalade i ett yttrande att det strider mot LOU att utan upphandlingsförfarande tilldela ett kontrakt. Det gäller oavsett om kontraktet utnyttjas eller inte. Läs mer om ärendet på sid. 12 f.

## Rättsmedel

### Överprövning av tilldelningsbeslut

#### *Förhandsbesked från EG-domstolen*

I nyhetsbrevet *NOU info dec. -99*, sid. 22 f. refererades EG-domstolens beslut om förhandsbesked till österrikisk domstol i mål nr C-81/98 (Alcatel Austria m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr). Frågan rörde en anbudsgivares rätt till överprövning av tilldelningsbeslutet i en öppen upphandling av varor samt bygg- och anläggningsarbeten inom den klassiska sektorn. Med tilldelningsbeslut avses det beslut då den upphandlande enheten bestämmer vilken av anbudsgivarna som skall få kontraktet. I den österrikiska lagstiftningen, liksom i den svenska lagstiftningen, saknas krav på att alla tilldelningsbeslut skall tillkännages. En utomstående får därför som regel inte kännedom om tilldelningsbeslutet innan avtalet tecknas och kan således inte ansöka om att få beslutet överprövat.

EG-domstolens beslut kan sammanfattas med att medlemsstaterna enligt direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är skyldiga att ha ett prövningsförfarande genom vilket klagande leverantörer kan få tilldelningsbeslutet undanröjt om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Det gäller oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd efter det att kontraktet ingåtts.

EG-domstolens uttalande i ärendet innebär sannolikt att ifrågavarande bestämmelser saknar s.k. direkt effekt. Att direktivet saknar direkt effekt hindrar inte att medlemsstaten kan vara skyldig att ersätta skada som drabbat enskilda på grund av brott mot gemenskapsrätten för vilka staten kan göras ansvarig. Staten skall

sannolikt tolkas i vid mening, dvs. innefattande de flesta upphandlande enheter (jämför med de förenade målen C-46/93 och C-48/93).

### *Upphandling inom försörjningssektorerna*

EG-domstolens beslut avser bestämmelser i rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn. Dessa bestämmelser har i allt väsentligt sin motsvarighet i rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (direktiv 92/13/EEG). Slutsatsen blir att samma sak troligen bör gälla beträffande överprövning av tilldelningsbeslutet vid upphandling inom försörjningssektorerna.

### *Förenklad upphandling*

De båda rättsmedelsdirektivens bestämmelser om överprövning har införlivats i 7 kap. LOU. Detta kapitel är tillämpligt vid all offentlig upphandling, dvs. även sådan upphandling som görs enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. NOU tolkar gemenskapsrätten så att det föreligger ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt (se mål C-28/95). Tilldelningsbeslutet skall därför enligt NOU:s tolkning kunna överprövas även vid upphandlingar som görs enligt 6 kap. LOU.

### *Utlämnande av handlingar eller upplysningar*

För att tilldelningsbeslutet skall kunna vara föremål för överprövning krävs att det tillkännages och att alla handlingar som är nödvändiga för ansökan om överprövning finns tillgängliga i tid för en eventuell klagande innan avtal tecknas. Beträffande lämnande av upplysningar gäller för vissa upphandlande enheter, t.ex. myndigheter samt kommun- och landstingsägda bolag, såväl bestämmelser i tryckfrihetsförordningen (1949:105) som bestämmelser i LOU. Vissa upphandlande enheter inom den klassiska sektorn omfattas enbart av LOU:s krav på utlämnande av upplysningar. Dessa upphandlande enheter skall vid upphandling enligt bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. LOU, inom 15 dagar från det att begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Den vars anbud förkastats, skall på begäran få veta vem som fick upphandlingen. I ändringsdirektiv (97/52/EG) till den klassiska sektorn preciseras skyldigheten ytterligare. Enligt dessa bestämmelser skall den upphandlande enheten underrätta varje anbudsgivare, som lämnat ett godtagbart anbud, om utformningen av och de relativa fördelarna med det antagna anbudet.

De kommun- och landstingsägda bolag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna omfattas av tryckfrihetsförordningen. Andra upphandlande enheter inom försörjningssektorerna, t.ex. privata företag, omfattas endast av bestämmelserna i LOU. Dessa enheter skall "... om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats och om vem som fick upphandlingen och skälet till det" (4 kap. 15 § LOU).

Det saknas bestämmelser i 6 kap. LOU om utlämnande av handlingar eller upplysningar för de upphandlande enheter som inte omfattas av tryckfrihetsförordningen. Vägledning kan vid dessa upphandlingar sökas i de bestämmelser som gäller för upphandling över tröskelvärdena.



### *Sekretessfrågan*

Bestämmelsen i 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) är till skydd för den upphandlande enhetens ekonomiska intressen och innebär att absolut sekretess gäller uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande (egenregianbud). Sekretessen hävs bl.a. när samtliga anbud offentliggörs efter tilldelningsbeslutet.

I 8 kap. 10 § sekretesslagen finns bestämmelser om sekretess med hänsyn till skyddet för leverantörens ekonomiska förhållanden. Denna bestämmelse som tillkommit före LOU:s ikraftträdande torde i allt väsentligt vara förenligt med gemenskapsrätten på området (direktiv 97/52/EG och 98/4/EG). NOU har tidigare skrivit om offentlighet och sekretess i bl.a. *NOU info december -98*, sid. 19 f.

### *NOU:s kommentarer*

I Sverige pågår ett lagändringsarbete i syfte att efterkomma EG-domstolens beslut i Alcateldomen. Eftersom de nationella domstolarna har en skyldighet att följa EG-domstolens utslag vill NOU råda upphandlande enheter att, i samband med att tilldelningsbeslutet tillkännages, upplysa om datum för ingående av avtal. Däremellan skall det vara faktiskt möjligt för eventuella klagande att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. Vid beräkning av fristen bör den upphandlande enheten ta hänsyn till bl.a. upphandlingens komplexitet, mellanliggande helgdagar och hur lång tid det faktiskt tar för den upphandlande enheten att lämna ut handlingar eller upplysningar om upphandlingen. Som exempel kan nämnas att en upphandlande enhet som upphandlar enligt 2 kap. LOU men som inte omfattas av offentlighetsprincipen, har rätt att vänta i 15 dagar med att lämna ut upplysningar efter det att skriftlig begäran inkommit från anbudsgivare. Utnyttjas detta måste överprövningsfristen beräknas därefter. Omvänt torde även gälla. Överprövningsfristen bör således kunna kortas om handlingar eller upplysningar lämnas ut i samband med att tilldelningsbeslutet tillkännages. En bedömning av fristens längd måste dock göras i varje enskilt fall, men bör enligt NOU normalt inte understiga sju helgfria dagar.

## NOU:s tillsyn

### Undantaget från LOU för hyreskontrakt

*NOU har behandlat frågan om undantaget i 5 kap. 1 § p. 1 LOU var tillämpligt på ett hyresavtal som slutits innan uppförandet påbörjats av den byggnad som avtalet avsåg. (NOU:s dnr 1999/0188-29)*

NOU har på eget initiativ granskat om undantaget i 5 kap. 1 § 1 p. LOU var tillämpligt på hyra av lokaler som endast fanns på ritning. Myndigheten ifråga var en upphandlande enhet enligt LOU och transaktionen kunde eventuellt omfattas av reglerna om upphandling av byggentreprenader i 3 kap. LOU. Vid en sammantagen bedömning ansåg NOU att det inte var visat att anskaffningen av myndighetens lokaler omfattades av definitionen av byggentreprenad enligt direktivet 93/37/EEG. Någon anledning att anta att myndigheten hade för avsikt att låta uppföra en byggnad som skulle uppfylla myndighetens krav har inte framkommit.

NOU anser vidare att transaktionen inte omfattades av undantaget för uthyrning, eftersom uthyrningen inte avsåg en befintlig byggnad. Myndigheten synes dock inte haft för avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Med hänsyn härtill samt med beaktande av reglernas komplexitet och den inte helt fullständiga införlivningen av de aktuella direktivbestämmelserna i svensk rätt, fann NOU det tillfyllest att för myndigheten påpeka att det åberopade undantaget i 5 kap. 1 § LOU endast avser befintliga byggnader. I motiveringen åberopades bl.a. *NOU info sept. -93 -- dec. -95* sid. 49 och Kammarrättens i Göteborg dom den 8 oktober 1999 i mål nr 3859-1999.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Uteslutning av anbudsgivare

*NOU ansåg i ett yttrande att den omständigheten att ägaren till ett leverantörsföretag var misstänkt för skattebrott inte innebar att enheten haft fog för att avvakta med tilldelningen av kontrakt. NOU ifrågasatte även dröjsmålet i handläggningen, valet av upphandlingsförfarande, utvärderingsgrunderna och fortsatta köp från tidigare leverantör utan stöd i kontraktet. (NOU:s dnr 1999/0059-26)*

Gävle Energi (GEAB) hade sedan november 1995 ett avtal om reklamtjänster med Bolaget A (sedermera ombildat till Bolaget B). Avtalet sades upp till upphörande den 10 januari 1998. GEAB och Gestrikekraft AB (nu ingående i Vattenfall AB) gav i slutet av år 1997 ett uppdrag till kommunalförbundet Gästrike Inköp (GI) att medverka i en upphandling av reklambyråtjänster. Värdet på upphandlingen beräknades till 3,3 miljoner kr. Förfrågningsunderlaget skickades ut den 2 februari 1998. Efter en förlängning av anbudstiden fastställdes den sista anbudsdagen till den 2 mars 1998. Utvärderingen i slutet av mars ledde till att Bolaget B:s anbud ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid samma tidpunkt föll dock en dom för grovt skattebedrägeri mot ägaren av Bolaget B. Domen överklagades och GEAB beslöt att inte avbryta upphandlingen utan vänta med tilldelning av kontraktet "tills efter semestrarna". Alla leverantörer tillskrevs om huruvida de stod fast vid sina tidigare priser och villkor. Den 7 oktober 1998 meddelade samtliga leverantörer att deras priser och villkor gällde även 1999. Den efterföljande diskussionen ledde till att GEAB den 14 november 1998 fattade beslut att anlita Bolaget B som leverantör för perioden 1 december 1998 till 30 november 2000. Domen mot Bolaget B:s ägare vann laga kraft den 11 januari 1999. GEAB hänvisade till ordalydelsen av 1 kap. 17 § 3 p. och 6 kap. 9 § LOU och uppgav att GEAB på rimliga grunder inte kunde utesluta Bolaget B, eftersom det var bolagets ägare och inte den juridiska personen som blivit fälld.

NOU, som granskade upphandlingen på begäran av både en leverantör och av GEAB, uppgav i sitt yttrande i huvudsak följande. Med hänsyn till de belopp som utbetalats till Bolaget A fanns det anledning att anta att värdet av tjänsterna under kontraktets löptid inkl. förlängning skulle överstiga tröskelvärdet. GEAB hade därför sannolikt inte rätt att använda sig av förenklad upphandling.

NOU kritiserade också att GEAB under tiden mellan det tidigare avtalets upphörande och det nya avtalets slutande, utan upphandling använt sig av den tidigare leverantörens tjänster.

NOU ansåg det inte ursäktligt att GEAB efter uppsägning av kontraktet dröjt med att påbörja en ny upphandling. "Inte heller dröjsmålet med anbudsutvärdering kan anses som ursäktligt. Dröjsmålet föranleddes enligt uppgift från GEAB av att den fällande domen mot ägaren till [Bolaget B] inte vunnit laga kraft. Några anmärkningar avseende skatte-, moms- eller socialavgiftsinbetalning har dock inte framkommit mot anbudsgivaren. GEAB har under lång tid förskjutit tilldelningen av kontraktet men till slut ändå gjort det utan att avvakta domens laga kraft."

Angående möjligheterna att utesluta Bolaget B uppgav NOU bl.a. följande: De bakom LOU liggande EG-direktiven ställer inte krav på en obligatorisk uteslutning. Den svenske lagstiftaren har valt att överlåta det åt varje upphandlande enhet att själv bestämma om uteslutning skall ske eller inte. I 1 kap. 17 § LOU anges att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen om han bl.a. är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom, eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.

Reglerna under tröskelvärdena i 6 kap. 9 § har samma lydelse utom tillägget att den upphandlande enheten skall kunna visa ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Ett sådant krav får sannolikt ändå anses föreligga enligt gällande lag och föreslås att införas i LOU i en nyligen lagd proposition 1999/2000:128.

Branschsaneringsutredningen uppgav att brott i yrkesutövningen skall avse en fysisk person eftersom en juridisk person i Sverige inte kan begå brott. Upphandlingskommittén har i SOU 1999:139 lämnat förslag på lagändring i 6 kap. 9 § LOU som innebär att reglerna om uteslutning på grund av att leverantören är dömd för brott avseende yrkesutövning (p. 3) eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövning, när den upphandlande enheten kan visa det, skall gälla även "den juridiska personens företrädare eller såvitt det har betydelse för den enskilda upphandlingen, någon som handlar på leverantörens vägnar". Upphandlingskommitténs förslag ingår dock inte bland de i prop. 1999/2000:128 föreslagna lagändringarna.

I EG-kommissionens "Guide to the Community rules on public procurement of services" kallas motsvarande regler i tjänstedirektivet 92/50/EEG för "personal situation of service providers". Detta pekar på att en mera individuell bedömning kan vara avsedd. I andra arbeten anges att de aktuella reglerna om kvalitativt urval har till syfte att visa leverantörens hederlighet och fackmässighet. EG-domstolen har också i flera domar betonat att en medlemsstat inte kan kräva att anbudsgivare, som är bosatt i en annan medlemsstat, skall bevisa att han uppfyller direktivets kriterier avseende hederlighet och fackmässighet med hjälp av andra medel än de som uppräknas i de aktuella artiklarna (76/81 Transporoute, REG 1982, sid. 417 och målet 27-29/86 Bellini, REG 1987, sid. 3347).

Av lagtexten och förarbeten framgår det inte heller med någon större tydlighet vilka brott avseende yrkesutövningen som avses, hur allvarliga dessa skall vara och vilken anknytning brottet skall ha till föremålet för upphandlingen.

NOU ansåg mot bakgrund av det ovannämnda att GEAB vid utvärderingen i mars 1998 varken kunde peka på en lagakraftvunnen dom eller kunde styrka något allvarligt fel i yrkesutövningen. Proportionalitetsprincipen talar vidare för att felet som kan diskvalificera en anbudsgivare måste vara av inte oväsentlig betydelse och

vara relevant för den aktuella upphandlingen. Den för NOU tillgängliga utredningen talade inte för att så varit fallet angående ägaren till Bolaget B. NOU ansåg därför att det på denna grund (brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen) inte funnits laglig möjlighet att utesluta Bolaget B från upphandlingen.

NOU kritiserade slutligen att GEAB tilldelat Bolaget B "kontraktet på andra än de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna. Detta utgör ett klart brott mot LOU."

## Upphandling av bredband m.m.

*NOU har vid nämndsammanträde den 25 augusti 2000 uttalat att tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera offentliga telekommunikationstjänster skall anses omfattas av reglerna i LOU. (Dnr 1999/0157-21)*

Ett företag i Stockholm ställde frågan till NOU huruvida bolagets verksamhet omfattades av reglerna i 4 kap. LOU. Av skrivelsen framgick följande. "Bolaget ägs av Stockholms kommun och Stockholms läns landsting. Dess verksamhet består av att upplåta anläggningar för tele- och datakommunikation, främst i form av upplåtelse av optisk fiber och annan infrastruktur, samt därmed förenlig verksamhet. Den helt dominerande verksamheten består i anläggning och uthyrning av fiberoptiska kablar utan transmissionsutrustning, s.k. svart fiber. Bolaget har genom avtal med Stockholms kommun givits ensamrätt att lägga kablar för data- och telekommunikation i allmän platsmark i Stockholms innerstad."

NOU konstaterar i beslutet att "bolagets verksamhet omfattas av begreppet drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät i 4 kap. 1 § 4 p. och således är att betrakta som en upphandlande enhet". Frågan kunde dock uppstå om verksamheten till någon del var undantagen från direktiven.

EG-kommissionen utfärdade nämligen den 12 maj 1999 ett meddelande i enlighet med artikel 8 i direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet). I meddelandet tillkännagavs bl.a. att tjänster rörande "allmän tillgänglig fix telefoni" var undantagna från direktivets tillämpningsområde i bl.a. Sverige.

Av NOU:s yttrande framgår att EG-direktiven om offentlig upphandling sannolikt tillåter medlemsstaterna att ha strängare nationella regler vid offentlig upphandling än de som anges i direktiven. Undantaget i artikel 8 i försörjningsdirektivet har aldrig införlivats i LOU. Kommissionens meddelande av den 12 maj 1999 avseende undantag från direktivet omfattar därmed inte de organisationer i Sverige som har en sådan verksamhet som beskrivs i undantaget. NOU ansåg därmed att bolagets verksamhet omfattades av reglerna i LOU.

NOU påpekade också i sammanhanget att LOU även är tillämplig på organisationer som tillhandahåller telekommunikationstjänster. Av CPV:n (Common Procurement Vocabulary) framgår vilka tjänster som omfattas av begreppet telekommunikationstjänst.

EG-kommissionen lämnade under våren 2000 förslag på ändringar i upphandlingsdirektiven till ministerrådet. Förslagen innebär bl.a. att vissa sektorer inom försörjningssektorerna, såsom telekommunikationssektorn, avregleras. Organisationer inom denna sektor kommer enligt förslaget således att inte behöva tillämpa EG-direktiven om offentlig upphandling vid sina inköp. Bakgrunden till

förslagen är den allmänna avregleringen inom EG. Förslagen kommer att behandlas av ministerrådet och Europaparlamentet, men det är inte idag möjligt att ange om och när eventuella ändringar i direktiven kommer att träda i kraft.

NOU tillfogade även i yttrandet att upphandlande enheter inom den klassiska sektorn vilka önskar upphandla bredbandstjänster, skall göra det i enlighet med 5 kap. LOU vid upphandlingar över tröskelvärdena och i enlighet med 6 kap. LOU vid upphandlingar under tröskelvärdena. Upphandlande enheter inom försörjningssektorn skall tillämpa 4 kap. respektive 6 kap. LOU vid motsvarande upphandling. Undantagen i respektive kapitel kan vara tillämpliga. Som exempel kan nämnas möjligheten i 5 kap. 16 § p. 1 LOU att vid upphandling från en innehavare av en ensamrätt, använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Undantagsbestämmelserna i LOU skall dock tolkas restriktivt.

Enligt 5 kap. 1 § 3 p. LOU är upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster undantagna från upphandling. Vid upphandling av en bredbandstjänst kan sådana tjänster visserligen ingå medan resterande del av det som upphandlas är av en annan karaktär, t.ex. datatjänster. Undantaget blir endast tillämpligt då de nämnda tjänsterna, dvs. telefoni, telex, radiotelefoni etc., exklusivt upphandlas genom bredbandslösningar. I prop. 1999/2000:128 föreslår regeringen att undantaget från upphandling för dessa tjänster skall tas bort. Om riksdagen antar förslaget skall även telefonitjänster upphandlas efter den 1 januari 2001.

## Tilldelning av kontrakt utan föregående upphandling

*NOU anser att det strider mot LOU att tilldela en avgående chef ett kontrakt utan föregående upphandlingsförfarande. Det gäller oavsett om kontraktet utnyttjas eller inte. (NOU:s dnr 2000/0223-26)*

Perstorps kommun har utan upphandling anlitat ett företag, ägt av kommunens socialchef, för konsultuppdrag. Kommunstyrelsen i Perstorps kommun uppgav att kommunen träffat en överenskommelse med den f.d. socialchefen om avgång från innehavd befattning. Som ett alternativ till utgivande av ett antal månadslöner, som är vanligt vid sådant frånträde, träffades överenskommelse om eventuellt framtida konsultarbete åt kommunen. Kommunen ansåg att det genomförda på grund av de särskilda omständigheter som rådde i ärendet inte stred mot LOU. Någon felaktig konkurrenssituation uppkommer inte förrän den dag då kommunen finner för gott att utnyttja avtalet. Att så blir fallet är inte säkert.

NOU har i yttrandet angivit bl.a. följande. "En upphandlande enhets upphandling (tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor, såsom köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster) skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall därvid behandlas utan ovidkommande hänsyn. NOU anser därför inte att en upphandlande enhet i strid med LOU, dvs. utan att kunna åberopa något lagstadgat undantag, får tilldela någon leverantör ett kontrakt i stället för att reglera ett åtagande gentemot leverantörsbolagets ägare eller någon annan fysisk person med anknytning till bolaget." NOU konstaterar att det aktuella konsultavtalet med socialchefens bolag avsåg ett tvåårigt uppdrag och att bolaget ägde rätt att fakturera kommunen. De omständigheter som åberopades utgjorde enligt NOU:s mening inte sådana

*synnerliga skäl, vilka avses i 6 kap. 2 § LOU. Skäl att tillämpa reglerna om direktupphandling förelåg därför inte på denna grund." Bestämmelserna om direktupphandling med hänvisning till lågt värde, ansåg NOU inte heller vara tillämpliga. NOU ansåg att "kommunen, genom att inte utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns, har brutit mot huvudregeln i 1 kap. 4 § och reglerna i 6 kap LOU. Detta gäller även om kontraktet ännu inte utnyttjats, eftersom reglerna i LOU avser tilldelning av kontrakt och det aktuella kontraktet synes garantera en ekonomisk ersättning från kommunen till bolaget".*

Perstorps kommun har nyligen meddelat NOU att det slutna avtalet "har vunnit laga kraft" och måste fullföljas. För att liknande situationer inte skall upprepas i kommunen kommer en uppmaning att tillställas nämnder, styrelser och förvaltningschefer att LOU skall tillämpas.

## Betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård

*NOU har i ett remissvar kritiserat att "samverkansavtal", vilka enligt förslaget skulle undantas från LOU:s tillämpning, benämns "avtal". Avtalskrivning inom offentlig sektor förutsätter normalt upphandling enligt LOU. NOU har vidare berört den tveksamhet som utredningen haft angående den arbetsrättsliga gränsdragningen. NOU anser att gränsdragningen bör klargöras eftersom anställning per definition är undantagen från LOU.*

NOU har vid nämndsammanträde den 15 juni 2000 beslutat om ett yttrande till Socialdepartementet över betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård (SOU 1999:149). NOU ansåg att den föreslagna lydelsen av 3 och 18 §§ lagen om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) bör ändras, liksom 5 § tandvårdslagen (1985:125). NOU föreslog vidare att en tydligare analys görs av arbetsrättsreglerna, eftersom anställningsförhållanden enligt reglerna i 5 kap. 1 § 2 st. 6 p. LOU är undantagna från lagens reglering. NOU har i motiveringen hänvisat till att tjänstedirektivet (92/50/EEG) skall omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av *avtal* därom. Med hänvisning till EG-domstolens dom i mål C-107/98 (se *NOU info december 1999*) ansåg NOU att det kan förefalla motstridigt att samverkansavtal ges en legaldefinition av "avtal" samtidigt som de anges inte omfattas av LOU. NOU hade svårt att se att den föreslagna definitionen av samverkansavtal såsom "ett avtal där landstinget träffar överenskommelse med läkare eller sjukgymnast om ersättning samt övriga villkor och grunder som skall gälla för vården i enlighet med reglerna i lagen ....." inte utgör ett "skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet". Även om det finns en enhetlig taxa kan det finnas konkurrens om kvalitet, tillgänglighet och övriga villkor och grunder som skall gälla för vården. Den föreslagna motiveringen angående offentlighetsrättslig reglering och avsaknaden av konkurrenssituation kan vidare leda till många svåra gränsdragningsproblem avseende andra upphandlingssituationer i vilka det förekommer (av stat, kommun eller landsting) fastställda ersättningsnivåer. Den föreslagna definitionen bringar ingen klarhet och bör av ovan nämnda skäl inte innehålla ordet "avtal".

NOU påtalar också att det inte kan förhålla sig så, som utredningen uppgav, att en enskild vårdgivare som är verksam enligt samverkansavtal eller vårdavtal kan ses som anställd av landstinget eller kommunen. Förhållandet måste bygga *antingen* på

ett avtal mellan en upphandlande enhet och leverantören (en i formellt hänseende från den upphandlande enheten skild person) *eller* ett anställningsavtal. Det sistnämnda medför att arbetstagaren kommer att ingå i den upphandlande enheten och utgör ett lagstadgat undantag från den generella regeln att de kontrakt som en upphandlande enhet sluter utgör upphandlingskontrakt i LOU:s mening.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### Upphandlingsproceduren

EG-domstolen har i en dom den 26 september 2000 i mål C-225/98, EG-kommissionen mot Frankrike, behandlat en rad frågor beträffande ett antal kontrakt som avsåg uppförande och underhåll av skolbyggnader i Frankrike. Kommissionen ifrågasatte om kontrakten överensstämde med EG-fördraget och direktivet för byggtreprenader (93/37/EEG). På ett par punkter låg det ifrågavarande förfarandet så långt tillbaka i tiden att även tidigare gällande direktiv om entreprenader var tillämpligt. De ifrågavarande bestämmelserna var dock desamma som i 93/37/EEG.

#### *Förhandsannonsering*

Kommissionen gjorde gällande att de upphandlande enheterna underlåtit att förhandsannonsera merparten av kontrakten.

Domstolen konstaterade att syftet med reglerna om förhandsannonsering är att i god tid informera alla eventuella anbudsgivare inom gemenskapen om de väsentliga punkterna i en upphandling för att de skall kunna lägga fram sina anbud inom den rätta tidsfristen. Vidare angav domstolen att rätten att förkorta tidsfristen för anbudsgivning är knuten till möjligheten att förhandsannonsera. Därav följer enligt domstolen att förhandsinformationen är obligatorisk endast när de upphandlande enheterna använder sig av möjligheten att förkorta tidsfristerna för mottagande av anbud.

EG-domstolen fann därför att de upphandlande enheterna inte hade åsidosatt sina skyldigheter enligt äldre eller nu gällande direktiv om byggtreprenader vad gällde förfarandet med förhandsannonsering.

*NOU:s kommentar:* Eftersom LOU införlivar de i domen aktuella direktivbestämmelserna får det antas att svenska domstolar kommer att tolka de svenska reglerna på samma sätt som EG-domstolen tolkar direktivbestämmelserna.

#### *Villkor om sysselsättning*

Kommissionen gjorde vidare gällande att de franska myndigheterna brutit mot direktivets regler om anbudsprövning genom att uppställa ett utvärderingskriterium som gällde ett villkor om sysselsättning som en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslöshet. Kommissionen medgav att sysselsättningshänsyn kunde anses som villkor i en upphandling (kontraktsvillkor) men endast som ett villkor för utförande

av avtalsförpliktelserna i den mening som kommissionen tolkade domen i Beentjesmålet (C-31/87).

De franska myndigheterna menade att det inte var fråga om ett utvärderingskriterium utan endast ett icke avgörande tilläggs-kriterium.

Domstolen angav att reglerna om utvärdering av anbud inte utesluter alla möjligheter för upphandlande enheter att som ett kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslösheten, under förutsättning att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten. Vidare angav domstolen att även om ett sådant kriterium inte i sig är oförenligt med direktivet krävs dock att det tillämpas med iakttagande av alla direktivets förfaranderegler. Kriteriet skall således anges i annonsen om upphandlingen, så att leverantörerna får kännedom om det uppställda villkoret.

Eftersom kommissionen endast ifrågasatt att kravet framställts som ett utvärderingskriterium fann domstolen att kommissionens talan inte kunde vinna bifall. Kommissionen hade inte gjort gällande att kriteriet inte skulle vara förenligt med gemenskapsrätten och inte heller att det inte offentliggjorts i annonsen om upphandling.

#### *Antalet anbudssökande som uppmanats lämna anbud*

I en annons om upphandling med selektivt förfarande angavs följande. ”Högsta antal som får lämna ett anbud: 5.” Kommissionen ansåg att villkoret stod i strid med direktivets regler om att uppgift får anges i annonsen om hur många som kommer att uppmanas till anbudsgivning. Detta antal får dock inte vara lägre än fem och inte högre än 20 (jämför med 1 kap. 7 a § LOU).

Domstolen fann att bestämmelsen i annonsen stred mot artikel 22.2 i direktivet, eftersom denna inte medgav den upphandlande enheten att i ett selektivt förfarande inbjuda ett lägre antal än fem. Frankrike hade därför inte uppfyllt sina förpliktelser enligt direktivet.

#### *Angivande av utvärderingskriterier*

Kommissionen gjorde gällande att de upphandlande enheterna i flera meddelanden hade angett utvärderingskriterierna genom att hänvisa till den franska lagen om offentlig upphandling. Genom att på ett så abstrakt sätt hänvisa till bestämmelser i den franska lagen hade kravet på annonsering inte uppfyllts.

Från fransk sida invändes att direktivet inte kräver att kriterierna räknas upp i annonsen om upphandling. Dessa angavs i stället i förfrågningsunderlaget.

Domstolen erinrade om att kriterierna skall anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Detta krav inte hade uppfyllts genom en hänvisning till en bestämmelse i nationell lag. Med hänsyn därtill och till att det från de franska myndigheterna inte företetts något bevis om att kriterierna uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget, fann domstolen att Frankrike inte heller på denna punkt uppfyllt sina förpliktelser enligt direktivet.

#### *Beskrivning av delar av uppdragen*



Kommissionen hävdade vidare att flera annonser om upphandling hänvisat till klassificeringar som används av franska yrkesorganisationer (OPQCB och Qualibat-Qualifélec) på ett sätt som begränsade företagens rätt att tillhandahålla tjänster i strid mot art. 59 i EG-fördraget. De franska myndigheterna invände att annonserna inte angav dessa intyg som enda giltiga intyg. Vidare hade klassificeringarna inte någon diskriminerande verkan, eftersom de inte gav de nationella sökandena några ytterligare upplysningar om de tjänster som skulle tillhandahållas.

Domstolen fann att förfarandet inte var förenligt med art. 59 (nu art. 49) i EG-fördraget och påpekade att principen om likabehandling, som kommer till särskilt uttryck i art. 59, enligt domstolens rättspraxis förbjuder inte bara öppen diskriminering utan även all dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat. Domstolen hänvisade här till domen i mål C-3/88 EG-kommissionen mot Italien, REG 1989 s. 4035 (se *NOU info mars-97*). Domstolen ansåg att de tekniska specifikationer som angivits var så speciella och abstrakta att endast franska anbudssökande direkt kunde utröna deras betydelse. Franska företag fick därigenom mer information om uppdraget än andra anbudsgivare, vilka tvingades ta kontakt med den upphandlande enheten för att få närmare information om hänvisningarnas syfte och innehåll. Detta gjorde det svårare för anbudsgivare i andra medlemsstater att ge in anbud inom anbudstiden.

Domstolen fann därför att beskrivningen av delmomenten med hänvisning till klassificeringar från nationella yrkesorganisationer kunde ha en avskräckande verkan på anbudsgivare från andra medlemsstater och innebar således en indirekt diskriminering och därmed en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i art. 59 i EG-fördraget. Frankrike hade således inte uppfyllt sina förpliktelser enligt fördraget.

### *Minimikrav för deltagande*

Kommissionen gjorde gällande att det i vissa upphandlingar hade angetts som ett krav för deltagande att arkitekten skulle inge bevis om att han var medlem i franska arkitektförbundet. Vidare hade myndigheterna i vissa fall krävt ett intyg om yrkesskicklighet enligt ovan nämnda OPQCB, Qualifélec och FNTP.

Domstolen fann att kravet diskriminerade icke-franska arkitekter och därmed begränsade deras frihet att tillhandahålla tjänster. Dessutom utgör direktiven enligt rättspraxis hinder för en medlemsstat att en anbudsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat skall bevisa att han uppfyller kriterierna avseende yrkeskvalifikationer med andra medel än dem som föreskrivs i dessa bestämmelser. Frankrike hade därför inte uppfyllt sina förpliktelser enligt art. 59 i EG-fördraget eller i direktivet.

### *Efterannonsering och skriftliga rapporter*

Kommissionen hävdade att myndigheterna i flera fall under en längre period underlåtit att annonsera i efterhand. Inte heller hade man tillställt kommissionen de upplysningar den begärt i sin formella underrättelse, bl.a. de rapporter som enligt direktivet skall upprättas för varje upphandling och på begäran tillställas kommissionen. De franska myndigheterna har medgett bristerna.

Domstolen fann att Frankrike hade underlåtit att uppfylla direktivets förpliktelser om efterannonsering och kommunicering av skriftliga rapporter.

### **Begreppet upphandlande enhet**

EG-domstolen meddelade den 3 oktober beslut i mål om förhandsbesked (C-380/98, *The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*). Frågan rörde tolkningen av artikel 1 b i varu-, bygg- och tjänstedirektiven för den klassiska sektorn (93/36/EEG, 93/37/EEG och 92/50/EEG). Artikel 1 b anger vilka organisationer som är att betrakta som upphandlande enheter inom den klassiska sektorn, däribland organisationer "som lyder under offentlig rätt" (jämför med 1 kap. 6 § LOU). En sådan organisation definieras bl.a. genom att det "till större delen finansieras av staten" eller andra upphandlande enheter.

### *Innebörden av uttrycket "finansieras av"*

Den nationella domstolen frågade EG-domstolen om vilka medel som skall anses ingå i uttrycket "finansieras av ...". Domstolen svarade att endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild 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. Vidare omfattas studentstipendier för namngivna studenters undervisningsavgifter som de lokala utbildningsmyndigheterna betalar till universiteten.

Utbetalningar 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.

### *Innebörden av uttrycket "till större delen" och beräkningsgrunder*

Den nationella domstolen frågade hur uttrycket "till större delen" skall tolkas och vilka beräkningsgrunder man skall utgå ifrån. Termen "till större delen" skall enligt EG-domstolen tolkas så att den betyder mer än hälften av organisationens samtliga inkomster. Det innebär att även sådan inkomst 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 utgör en upphandlande enhet förblir

underkastad villkoren i upphandlingsdirektiven (92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG) till upphandlingen ifråga avslutats.

## Uppdelning av upphandling

EG-domstolen har i en dom den 5 oktober 2000 i mål C-16/98, EG-kommissionen mot Frankrike, bl.a. behandlat frågan om otillåten uppdelning av en upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten inom försörjningssektorerna. Domstolen konstaterade att Frankrike brutit mot reglerna i försörjningsdirektivet då de delat upp en upphandling avseende reparationer och utbyggnad av elnät i 18 delar. Endast 6 av de 18 delarna utannonserades dessutom i EGT. Även om arbetena skulle utföras på olika geografiska platser, är de aktuella näten enligt domstolen sammankopplingsbara och fyller som en helhet samma ekonomiska och tekniska funktioner, nämligen att transportera och sälja den elenergi som produceras och levereras av Électricité de France till konsumenter i departementet Vendée. EG-kommissionen förde i samma mål talan mot Frankrike avseende uppdelning av en upphandling som avsåg reparationer och utbyggnad av ett belysningsnät. I denna del konstaterade domstolen däremot att upphandlingarna inte utgjorde en sammanhängande enhet och att Frankrike därmed inte gjort sig skyldig till brott mot EG-direktivet. NOU återkommer med eventuellt ytterligare kommentarer till rättsfallet i kommande nyhetsbrev.

## När upphandling skall anses påbörjad

EG-domstolen har i en dom den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, EG-kommissionen mot Frankrike, behandlat frågan om direktiv 90/531/EEG (gamla försörjningsdirektivet) eller direktiv 93/38/EEG (nya försörjningsdirektivet) var tillämplig på ett upphandlingsförfarande som sträckte sig från den 19 juli 1990 till den 30 september 1996. Upphandlingen avsåg en totalentreprenad för ett spårvägsprojekt i storstadsområdet Rennes. EG-domstolen konstaterade att ett upphandlingsförfarande skall följa de regler som gäller vid *tidpunkten för den upphandlande enhetens beslut om vilket upphandlingsförfarande som den kommer att tillämpa*.

I upphandlingen avsåg det ursprungliga anbudet ett system benämnt VAL 206 till ett belopp av 966,4 miljoner franc. Det system som parterna slutligen avtalade om hade benämningen VAL 208 och kostade 1054 miljoner franc. Av dessa omständigheter hade kommissionen dragit slutsatsen att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris mellan de båda buden. EG-domstolen ansåg inte att kommissionen förmått visa att parterna omförhandlat väsentliga villkor i avtalet. Domstolen konstaterade att det under ett förhandlat förfarande som sträcker sig över en lång tid inte kan uteslutas att parterna beaktar en mindre teknisk utveckling som sker under förhandlingarnas gång och att det i det aktuella fallet inte rört sig om sådana förändringar som kunde anses vara väsentliga. Det slutliga priset följde vidare exakt den formel för prisöversyn som fanns i ett överenskommet kontraktförslag från 1993. NOU återkommer med eventuellt ytterligare kommentarer till rättsfallet i kommande nyhetsbrev.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Dalarnas län har i en dom den 5 maj 2000 (mål nr 790-00 E) meddelat att tillräckliga skäl inte föreligger för att bifalla en leverantörs ansökan om överprövning av Landstingets i Dalarna förenklade upphandling av konferenstjänster. Domen överklagades till Kammarrätten i Sundsvall som meddelade dom den 30 juni 2000 (mål nr 1669-2000). Kammarrätten förordnade med ändring av länsrätten dom att landstinget skall göra om upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget anges att syftet med upphandlingen är att teckna avtal med ett antal konferensanläggningar i Dalarna, dit endagskonferenser och konferenser med övernattning kan förläggas (parallella avtal).

Det klagande bolaget har enligt länsrättsdomen påtalat att landstinget upphandlat ett ramavtal utan att garantera någon volym. Vidare har ingen precisering eller rangordning skett av de omständigheter som ligger till grund för avtalet. I domen uppges vidare att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att rangordning mellan leverantörerna skall ske vid utvärderingen. Landstinget uppger att anledningen till att inga s.k. volymgarantier har lämnats är att behovet av konferenstjänsterna inte kan förutsägas. Bolaget bemöter uppgiften med att så länge det inte finns några politiska direktiv om förändringar för kommande verksamhetsår kan historiken, indikationer eller antagande om sannolik volym ge vägledning för att räkna fram ett seriöst anbud.

Av kammarrättsdomen framkommer att det i underlaget anges att anbudsutvärdering kommer att göras utifrån det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet, där kvaliteten värderas högre än pris och övriga kommersiella villkor. Vad som menas med kvalitet anges i nio olika punkter utan inbördes rangordning: lokalisering, resurser, kvalitetssäkring, referenser, tillgänglighet, boknings- och avbokningsregler, övernattningsmöjligheter, leverantörsbedömning och ekonomi etc. samt redovisat miljöarbete. Vidare framkommer av domen att landstinget har anfört att, några andra kriterier för utvärdering inte har angivits än de två kriterierna pris och övriga kommersiella villkor samt kvalitet. De nio punkter som beskriver begreppet kvalitet i upphandlingen utgör enligt landstinget endast information till samtliga anbudsgivare om innebörden av kvalitetsbegreppet. Kammarrätten anser att en sådan tolkning av utvärderingskriterierna inte låter sig göras utan att de angivna punkterna för kvalitet måste anses ingå i utvärderingskriterierna. Med anledning av detta finner kammarrätten att rangordning av kvalitetskriterierna i förfrågningsunderlaget borde ha skett och att en sådan rangordning inte var omöjlig att göra. Vidare anser kammarrätten att flera av utvärderingskriterierna – huvudsakligen lokalisering, resurser, referenser och tillgänglighet – ger stort utrymme för godtycke. De kan därför inte anses så preciserade att det står klart för anbudsgivaren vilka ekonomiska åtaganden som landstinget kräver för att ett anbud skall komma att antas.

Kammarrätten uppger att "upphandlingen av konferenstjänster inte kan godtas och att rättelse endast kan ske genom att upphandlingen tas om. Rättelsen bör därvid innefatta att utvärderingskriterierna preciseras till sin innebörd samt

rangordnas, att uppgift om förväntad årsvolym lämnas samt att de leverantörer som får teckna avtal rangordnas."

- Länsrätten i Skåne län (Kristianstad) har i en lagakraftvunnen dom den 19 juni 2000 i mål nr 5912-99 upphävt Region Skånes beslut att vårdavtal med fysisk person skall ingås utan tillämpning av LOU.

Ett vårdavtal med fysisk person skulle enligt regionens överklagade beslut ingås utan tillämpning av LOU. Vårdavtal med juridisk person skulle föregås av upphandlingsförfarande enligt LOU. Ett sådant förfarande fick dock underlåtas när det i gällande avtal fanns en klausul som berättigade till samverkansavtal om att förlängning av vårdavtalet inte skett.

I domskälen står att läsa att LOU "är ett tvingande regelverk som skall följas av alla upphandlande enheter. I dess sjätte kapitel regleras upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilaga till lagen (B-tjänster), vari under punkten 25 anges bl.a. hälso- och sjukvård. Från bestämmelserna i kapitel 6 LOU finns inga undantag härvidlag." Länsrätten anser att den i målet aktuella typen av avtal inte kan bedömas utgöra en form av tjänstekoncession. "Inte heller ger vare sig tjänstedirektivet eller LOU stöd för en sådan uppfattning. NOU har också i uttalande i april 1995 gjort bedömningen att det närmast är att anse som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal, varvid LOU skall tillämpas." Länsrätten fann "tillräckligt stöd för att utan förhandsbesked från EG-domstolen bedöma att vårdavtal generellt sett omfattas av tjänstedirektivet samt LOU". Domstolen uttalade vidare att LOU inte ger stöd för att en upphandlande enhet vid upphandling av B-tjänster kan göra åtskillnad mellan om leverantören av tjänsten är fysisk eller juridisk person. Länsrätten fann att Region Skånes beslut i flera avseenden stred mot lag.

*NOU:s kommentar:* Se även NOU:s yttrande angående betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård (SOU 1999:149), sid. 13 f.

## Miljö

### Internetbaserat verktyg för ekologiskt hållbar utveckling

Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling har givits i tilläggsuppdrag att ta fram ett internetbaserat verktyg för en ekologiskt hållbar utveckling (Dir. 2000:54). Verktöget skall bl.a. innehålla checklistor, frågeformulär och material som kan underlätta både arbetet med förfrågningsunderlag och utvärdering av anbud.

Vidare skall delegationen analysera behovet av ett förslag till policy för ekologiskt hållbar upphandling inom stat, kommun eller landsting. Om delegationen anser att behov finns skall delegationen ta fram ett sådant förslag som kan användas på frivillig basis.

En analys av behovet av ett förslag till upphandlingspolicy skall redovisas senast den 1 november 2000. Delegationens uppdrag i övrigt skall redovisas senast den 1 maj 2001.

## Uppföljning av miljökrav

NOU har uppmärksammat att det inte alltid sker uppföljning av de miljökrav som ställts i upphandlingssammanhang. Upphandlande enheter bör följa upp att leverantören uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget oavsett om dessa avser miljö eller är av annat slag. Om så inte görs riskerar enheten att en något mindre nogräknad leverantör anger att han uppfyller kraven utan att faktiskt göra det och att enheten handlar i strid med likabehandlingsprincipen. NOU har uppmärksammat att man på EKV-delegationens hemsida kan man ta del av Luleå kommuns uppföljning av miljökrav.

NOU har även erfarit att miljökraven ibland är så höga att de sannolikt strider mot proportionalitetsprincipen. Om leverantören anar att uppföljning inte görs kan han komma att, istället för att påtala det oproportionerliga i kraven, ange att han uppfyller dem trots att han inte gör det. Därmed får den upphandlande enheten inte besked om att kraven eventuellt är orealistiska och framförallt uppnås inte det miljömässiga syftet.

## Övrigt

### Uppdrag om allmänt tillgängliga elektroniska databaser

Regeringen har i proposition 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället föreslagit bl.a. att en ny upphandlingsform, urvalsupphandling, skall införas och att en upphandlande enhet vid sådan upphandling alltid skall annonsera sin ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Med "allmänt tillgänglig" avses att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera i den uppnår effektiv konkurrens.

Regeringen har uppdragit åt NOU att verka för utveckling av allmänt tillgängliga elektroniska databaser för annonsering av upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Uppdraget omfattar såväl kartläggning av befintliga elektroniska databaser som åtgärder som syftar till att det utvecklas nya sådana databaser som är allmänt tillgängliga. Nämnden skall sprida information om dessa.

Uppdraget skall redovisas till regeringen i slutet av november. NOU återkommer i nästa nyhetsbrev om slutsatserna av uppdraget.

### Upphandlingspolicy och kompetensutveckling

NOU har tidigare påtalat vikten av att varje upphandlande enhet har en god intern samordning och styrning av sin upphandlingsverksamhet. Förekomsten av en upphandlingspolicy är enligt NOU:s mening en betydelsefull signal till organisationen om frågornas tyngd. En sådan policy kan innehålla enhetens allmänna inställning till att åstadkomma en effektiv konkurrens, de grundläggande principerna för upphandling, den miljöpolitik enheten skall tillämpa i sin upphandling, krav på utnyttjande av ramavtal m.m. Utöver en policy med

övergripande riktlinjer bör enheten också fastställa upphandlingsrutiner med mera detaljerade regler för hur upphandlingen skall genomföras på enheten.

Enligt NOU:s utvärdering av LOU (se rapporten "Effekter av lagen om offentlig upphandling") ansåg de tillfrågade inköpscheferna att LOU medfört besparingar särskilt för upphandlande enheter med en centralt organiserad upphandling.

Enligt exempelvis Stockholms läns landsting (SLL) upphandlingspolicy skall upphandling över beloppsgränsen för direktupphandling endast utföras av enheter utsedda av Landstingsstyrelsen. Landstingets enheter är skyldiga att känna till och utnyttja de upphandlingsavtal som upprättats. Avtalen skall finnas lättillgängliga på landstingets intranät. Vidare skall upphandlingen präglas av ett totalkostnadstänkande där samtliga kostnader beaktas som är förenliga med varan eller tjänsten. All upphandling skall också ske enligt landstingets miljöprogram.

En annan viktig fråga när det gäller styrningen av en upphandlande enhets upphandlingsverksamhet är greppet om kompetensutveckling. NOU vill därvid nämnda att Landstingsförbundet och landstingen gemensamt har en upphandlingsgrupp (LfU) som under flera år erbjudit ett gediget utbildningsprogram till sina medlemmar. Även Svenska kommunförbundet arbetar aktivt med upphandlingsutbildning. På senare år ges också utbildning på akademisk nivå (Linköpings universitet och Södertörns högskola).

EG-kommissionen har också tagit initiativ för att öka utbildningsinsatserna när det gäller offentlig upphandling. Som exempel kan nämnas att kommissionen, den 16-17 november, håller en konferens i ämnet "Towards more effective information and training in public procurement".

## NOU:s nyhetsbrev juni 2000

Här kommer NOU:s sommarnyhetsbrev som lämplig läsning i hängmattan(?). Vi hoppas att alla tar/har en välbehövlig semester och inte känner stort behov av att nå oss på NOU. Det kommer tyvärr att halta en del i servicen under juli.

Under veckorna 29 – 30, dvs. den 17 juli – 28 juli, har NOU *ingen information alls i juridiska frågor*.

Nyhetsbrevet tar upp den lagda propositionen om LOU-ändringar från kommande årsskifte, av vilka den kraftigt ökade annonseringsplikten kanske är den mest genomgripande förändringen. Däremot har utredningen uppenbarligen inte ansetts leverera tillräckligt underlag för att regeringen skulle lämna något förslag till kraftigare sanktionsåtgärder.

NOU är naturligtvis besviken för egen del, eftersom vi hade hoppats på ett ställningstagande i organisationsfrågan. Frågorna hänger naturligen intimt samman.

*NOU info* informerar också om ett förslag från EG-kommissionen om ändringar i direktiven. De senare dock i ett betydligt längre tidsperspektiv än LOU-ändringarna ovan!

Annat av intresse rör NOU:s rapport om kommun- och landstingsägda bolags upphandling.

En riktigt skön sommar önskar vi på NOU



Margareta Hentze



## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling.....	3
Offentlig upphandling i informationssamhället (prop. 1999/2000:128).....	3
Förslag till ändring av EG-direktiven.....	5
Tillämpning av LOU .....	7
Ramavtal .....	7
Avrop från ramavtal för persondatorer.....	8
Undantag från LOU.....	8
Förfrågningsunderlaget.....	8
Krav och kriterier i förfrågningsunderlaget.....	8
Prenumeration av förfrågningsunderlag.....	8
Rangordning av utvärderingskriterierna.....	8
Prövning av anbud.....	9
Ändring av anbud efter anbudstidens utgång.....	9
Tjänsteupphandling över tröskelvärdena.....	9
Tjänstekoncessioner.....	9
NOU:s tillsyn.....	9
Rapporten ”Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag” .....	9
NOU:s ärenden och yttranden .....	12
Upphandling av datorer för personalens räkning .....	12
Leverantörs rätt att bli tillfrågad att lämna anbud samt antalet tillfrågade leverantörer vid förenklad upphandling.....	13
Anskaffning av konsulttjänster.....	13
Sida:s upphandlingsförfaranden.....	14
Krav och kriterier i förfrågningsunderlaget.....	15
Rättsfall .....	16
Mål i EG-domstolen.....	16
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	17
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt.....	18
Miljö .....	18
EG-kommissionens miljötolkningsmeddelande .....	18
Offentlighet och sekretess .....	18
Intresseanmälan/affärsplaner.....	18
Övrigt.....	19
Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner.....	19

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"NOU info juni -00"

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Offentlig upphandling i informationssamhället (prop. 1999/2000:128)

Upphandlingskommitténs betänkande "Effektivare offentlig upphandling För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt" (SOU 1999:139) har remissbehandlats, regeringen har inhämtat lagrådets yttrande över ändringsförslagen och överlämnat propositionen till riksdagen. Beslut i riksdagen väntas ske i höst. Ändringarna föreslås införas fr.o.m. 01-01-01. NOU:s hemsida har en länk till propositionen.

#### *Tillsynsmyndigheten*

Den förstärkning av tillsynsmyndighetens organisation och dess ökade befogenheter som var både väntade och efterlängtade lyser ännu med sin frånvaro. Det anges i propositionen att det "är viktigt att tillsynen över den offentlig upphandlingen är effektiv och ger upphandlande enheter och leverantörer vägledning om hur lagstiftningen skall tillämpas. Frågan om vilka befogenheter den myndighet som utövar tillsyn över den offentlig upphandlingen skall ha liksom frågan om hur tillsynsmyndigheten bör vara organiserad bör emellertid beredas ytterligare". Regeringen avser att återkomma till dessa frågor så snart som möjligt. Kansliet vid NOU kan besviket konstatera att det som efterlystes i direktiven till Upphandlingskommittén vad gäller tillsynsmyndighetens organisation och medel för att stoppa bland annat otillåtna direktupphandlingar inte ännu har utretts tillräckligt och av denna anledning inte föranleder några förslag i den kommande ändringen av LOU.

#### *Annonsering vid förenklad upphandling*

I propositionen föreslås att upphandlande enheter som använder förenklad upphandling normalt skall annonsera upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annonsera på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Om ändringarna beslutas blir det således i normalfallet inte tillräckligt att endast skicka skrivelser till tänkbara leverantörer. Det är heller inte tillräckligt att annonsera på enhetens hemsida eller i lokal tidning. De undantagssituationer från annonseringskravet som föreslås är hämtade från bestämmelserna i EG:s upphandlingsdirektiv och motsvarar situationer när upphandlingar får genomföras genom förhandlad upphandling utan annonsering. Skrivelser får enligt förslaget även i fortsättningen skickas om det vid en annonserad förenklad upphandling inte lämnats några anbud alls eller inte lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats. Detsamma gäller vid upphandling av varor som framställts enbart t.ex. för forskning under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader. Annonsering behöver inte heller ske om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör. När upphandlingen avser ytterligare leveranser från en leverantör och ett

byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter behöver inte heller annonsering göras.

### *Urvalsupphandling – en ny upphandlingsform*

En ny upphandlingsform föreslås vid upphandling enligt 6 kap. LOU som gör det möjligt att begränsa antalet leverantörer som får lämna anbud, urvalsupphandling, som närmast motsvarar selektiv upphandling över tröskelvärdena. Vid urvalsupphandling skall enheten publicera en *ansökningsinbjudan* genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och enheten inbjuder efter kvalificering (urval) vissa leverantörer att lämna anbud. Tiden för att lämna ansökningar om att få lämna anbud får aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad. Den därpå följande anbudstiden skall såsom tidigare bestämmas så att anbudsgivare ges skälig tid för att lämna anbud.

### *Anbud och anbudsansökningar kan sändas genom elektronisk överföring*

Det föreslås vidare att upphandlande enheter skall få möjlighet att tillåta att anbud och anbudsansökningar lämnas genom elektronisk överföring (t.ex. e-post) eller på annat sätt (t.ex. CD-rom-skiva), om det när det gäller anbud säkerställs att innehållet i anbudet inte röjs förrän dessa skall öppnas. Enheten bör således utarbeta rutiner för hur elektroniskt överförda anbud skall tas emot och behandlas. En *ansökan* om att få lämna anbud genom elektronisk överföring skall om inköpet avser en upphandling över tröskelvärdena bekräftas skriftligen medan ett *anbud* som lämnas på motsvarande sätt behöver bekräftas endast om enheten begär det. Vid en urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU uppställs inget krav på att en ansökan om att få lämna anbud skall bekräftas, utan bestämmelsen anger att enheten får, liksom vid anbud, begära att en sådan ansökan skall bekräftas.

### *Telefontjänster skall upphandlas*

Enligt nuvarande bestämmelser är upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster undantagna LOU:s bestämmelser. Enligt propositionen föreslås bestämmelserna i 6 kap. LOU gälla för dessa upphandlingar oavsett värde.

### *Ökade dokumentationskrav*

En skärpning av dokumentationsplikten (6 kap. 13§ LOU) för upphandlingar enligt 6 kap. LOU föreslås. Upphandlande enheter blir enligt förslaget skyldiga att dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet (tidigare anbudsprövningen). Ordvalet markerar en vidgning av dokumentationsplikten till hela upphandlingsförfarandet; kravet gäller dock inte vid sådan direktupphandling som sker på grund av att upphandlingens värde är lågt.

### *Ikraftträdande och övergångsbestämmelse*

Lagförslaget föreslås träda i kraft den 1 januari 2001. För att alla upphandlande enheter skall hinna skapa rutiner för det skärpta annonseringskravet anses ges dock valfrihet, fram till utgången av juni månad 2001, mellan de nuvarande

bestämmelserna med möjlighet att tillskriva tänkbara leverantörer och det nya kravet på annonsering av förenklade upphandlingar.

## Förslag till ändring av EG-direktiven

Som NOU tidigare informerat om har EG-kommissionen arbetat fram ett förslag till ändrade upphandlingsdirektiv. Ett formellt förslag har nu antagits som skall behandlas i Rådet.

Förslaget innehåller såväl rent redaktionella som sakliga ändringar.

De redaktionella ändringarna består framför allt i att de tre direktiven för varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten ersätts med ett nytt som är gemensamt för hela den klassiska sektorn.

Det nya direktivet är tänkt att avlägsna obefogade olikheter mellan de tre direktiven. Vidare har ordningsföljden för bestämmelserna i direktiven ändrats så att de följer upphandlingsprocessen och varje artikelbestämmelse har försetts med en egen rubrik för att man lättare skall kunna hitta i regelverket.

Också för försörjningssektorerna ersätts det gamla direktivet med ett nytt.

I sak innehåller förslaget följande huvudsakliga ändringar:

- *Tröskelvärdena* föreslås anges i Euro och enligt följande.

För bygg- och anläggningsarbeten: motsvarigheten i Euro till 5.000.000 SDR.

För varor och tjänster: motsvarigheten i Euro till 130.000 SDR för statliga myndigheter och motsvarigheten i Euro till 200.000 SDR för andra upphandlande enheter.

För försörjningssektorerna skall två värden förekomma: för bygg- och anläggningsarbeten: motsvarigheten i Euro till 5.000.000 SDR och för varor och tjänster: motsvarigheten i Euro till 400.000 SDR.

- *Elektronisk upphandling* skall tillåtas och befrämjas. All kommunikation och utväxling av information skall enligt den upphandlande enhetens val kunna ske genom brev, fax eller elektroniskt.

Till följd av den föreslagna möjligheten till elektronisk överföring av anbud föreslås samtidigt ändrade tidsfrister för anbudsansökningar och anbud. Fristerna börjar löpa när annonsen eller inbjudan att inkomma med ansökan avsänds. Som huvudregel skall gälla att fristen skall vara så lång så att anbudet hinner förberedas. Hänsyn skall därvid tas till förfrågningsunderlagets svårighetsgrad, behovet av översättning såväl som köpets brådska. Härutöver gäller vissa minimitider: Ansökningstiden vid selektivt och förhandlat förfarande eller anbudstiden vid öppet förfarande minskas med 7 dagar vid elektronisk annonsering (annonsen har upprättats och överförs elektroniskt). Utöver angivna reduktioner skall de upphandlande enheterna kunna reducera anbudstiderna i öppet, selektivt och förhandlat förfarande med 5 dagar när enheten erbjuder fri elektronisk och direkt tillgång till samtliga handlingar i förfrågningsunderlaget och eventuellt tillkommande handlingar. Ingen reduktion av tidsfristen medges vid det nya competitive dialogue-förfarandet (se nedan).

- *Ramavtal* tillåts enligt förslaget även inom den klassiska sektorn. Med ramavtal avses då avtal (agreements) mellan flera ekonomiska operatörer och en upphandlande enhet med syfte att reglera vissa villkor såsom kvantiteter, tekniska egenskaper, leveranstider och priser för kontrakt som skall tilldelas över en given tidsperiod. Parallella avtal tillåts således. Ramavtalens varaktighet får enligt förslaget normalt inte överstiga mer än tre år.

De föreslagna reglerna ger den beställande enheten möjlighet att ”öppna” konkurrensen mellan avtalsslutande leverantörer genom att infordra nya anbud av dessa. Den beställande enheten skall därvid skriftligen infordra anbud av samtliga avtalsslutande leverantörer som uppfyller dess krav och sätta ut en skälig (med hänsyn till bl.a. objektets komplexitet) anbudsfrist. Anbudet skall vara skriftligt och sekretess skall gälla tills anbudstiden gått ut. Någon beställning får inte göras förrän anbudstiden gått till ända. Beställningen skall tillkomma den som bäst svarar mot kraven enligt tidigare uppsatta utvärderingskriterier.

- Ett nytt upphandlingsförfarande (*competitive dialogue*) introduceras för att användas inom den klassiska sektorn. Det är en variant av förhandlat förfarande och skall kunna användas vid upphandling av särskilt komplicerade kontrakt. Som särskilt komplicerade kontrakt skall anses
  - när den upphandlande enheten inte objektivt kan definiera hur dess behov bäst tillgodoses;
  - när den upphandlande enheten inte objektivt kan värdera vad marknaden kan erbjuda vad gäller tekniska eller finansiella lösningar.

Proceduren innebär att den upphandlande enheten publicerar en annons och anger där de urvalskriterier som sökandena skall uppfylla för att inbjudas till en dialog, väljer ut anbudssökande och förhandlar med dem angående åtgärder och lösningar som krävs för att tillgodose enhetens behov. Därefter färdigställs förfrågningsunderlaget och sökandena, eller ett begränsat antal av dem, inbjuds att lämna anbud. Anbudet utvärderas utan förhandling på grundval av de kriterier som antagits för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Urvalskriterierna kan kombineras med ett krav på presentation av ett förslag till lösning. Kriterierna får inte ändras under processen.

I annonsen skall anges hur många leverantörer som kommer att inbjudas till diskussion.

Utvärderingskriterierna skall anges i annonsen eller i inbjudan till diskussion och får inte ändras under proceduren.

- Reglerna beträffande *tekniska specifikationer* i den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna har skrivits om.

Tekniska specifikationer skall enligt förslaget ställas upp

- som prestanda- eller funktionskrav (dessa skall dock vara tillräckligt precisa så att anbudsgivare kan definiera upphandlingsobjektet och de upphandlande enheterna kan utvärdera anbudet) *eller*
- genom hänvisning till nationella standarder som införlivar europeiska standarder, till europeiska tekniska godkännanden, till gemensamma tekniska

specifikationer, till internationella standarder eller, i frånvaro av sådana, nationella standarder eller nationella tekniska godkännanden enligt definition i Annex till direktivtexten, under förutsättning att hänvisningen till dessa nationella standarder m.m. åtföljs av orden ”eller likvärdig”.

Används alternativ 1 ankommer det på anbudsgivaren att på ett lämpligt sätt bevisa, genom en teknisk dossier eller ett testprotokoll från tredjeman, att produkten eller tjänsten uppfyller den upphandlande enhetens prestanda- eller funktionskrav.

Används alternativ 2 får den upphandlande enheten inte förkasta ett anbud på den grunden att varan eller tjänsten som anbudet avser inte är förenlig med standarden om anbudsgivaren bevisar att den av honom föreslagna lösningen uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt. Bevisbördan ligger således på anbudsgivaren, men beviskravet skall anses vara uppfyllt genom en teknisk rapport från tillverkaren eller en testrapport från en tredje manorganisation.

Förbudet att i tekniska specifikationer hänvisa till varumärken m.m. är i stort sett oförändrat.

- *Viktning av utvärderingskriterier.* Används utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande enheten i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange det relativa värde som varje utvalt kriterium tilldelas för att bestämma det bästa anbudet.
- *Telekommunikationssektorn* föreslås utgå ur direktivet för försörjningssektorerna. Vidare undantas upphandling inom sektorn från tillämpningsområdet för den klassiska sektorn.

Till följd av ändringarna avskaffas undantaget för köp av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster vid köp av tjänster inom den klassiska sektorn och försörjningssektorerna.

I propositionen om lagändringar i LOU har regeringen föreslagit att nu gällande undantag för köp av telefonitjänster skall utgå. Se sid. 4

- *Undantag från reglerna inom försörjningssektorerna för verksamheter som är utsatta för konkurrens.* Undantaget, som inte skall gälla för offentliga myndigheter, skall avse verksamhet som omfattas av försörjningsdirektivet om verksamheten i medlemsstaten är direkt utsatt för konkurrens på marknader till vilka tillträde inte är begränsat. Undantag skall beviljas av Kommissionen efter ansökan från medlemsstaten.

## Tillämpning av LOU

### Ramavtal

NOU har vid ett antal tillfällen fått förfrågan gällande upphandlande enheters möjlighet att förhandla med leverantörerna vid avrop från ramavtal. NOU har tidigare belyst denna fråga i *NOU info dec. -98* sid. 3, men vill åter påpeka att ramavtal inte får användas som en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. En sådan möjlighet finns över tröskelvärdena enbart inom försörjningssektorerna, där möjlighet ges att

upprätta ett särskilt system för urval av deltagare (kvalificeringssystem). Om *nya* villkor behöver tillföras dem som avtalats i ramavtalet skall en ny upphandling genomföras. Jämför dock förslaget till ändrade EG-direktiv ovan.

## Avrop från ramavtal för persondatorer

NOU har vid ett nämndsammanträde uttalat att NOU:s genomgång av Statskontorets tidigare gällande ramavtal för persondatorer inte ger stöd för uppfattningen att avtalet omfattar eller var tänkt att omfatta en kommuns inköp av datorer till personalen. NOU anser därför att kommunen inte haft rätt att avropa det aktuella inköpet från ramavtalet eller vända sig till endast de i ramavtalet angivna återförsäljarna. Se referat av NOU:s yttrande i ärende dnr 1998/0197-26 på sid. 12.

## Undantag från LOU

Alla upphandlingar som görs av en svensk upphandlande enhet skall genomföras i enlighet med LOU om inget uttryckligt undantag angivits där. Detta gäller även om en leverans sker eller uppdraget genomförs utanför Sveriges territorialgräns. NOU har i flera ärenden uttalat sig om omfattningen av undantaget i 1 kap. 3 § punkt 1 LOU som åberopas av Sida. NOU ansåg att Sida i ett internt regelverk inte kunde undanta någon upphandling från LOU:s tillämpning. Omfattningen av det lagstadgade undantaget (här främst 1 kap. 3 § punkt 1) fick inte göras mera extensivt än vad lagen medger. Se referat av NOU:s yttranden i ärende *dnr 1999/0058-22, 1999/0175-29, 1999/0219-26 och 2000/0108-22*), på sid. 14.

## Förfrågningsunderlaget

### Krav och kriterier i förfrågningsunderlaget

NOU tolkar uttalanden i två domar från EG-domstolens förstainstansrätt så att en upphandlande enhet har "betydande utrymme för skönsmässig bedömning" i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget, men inte rätt att vid anbudsutvärderingen frångå de ställda kraven. Se referat av NOU:s ärende (dnr 1999/0179-21) på sid. 15.

### Prenumeration av förfrågningsunderlag

NOU har i ett yttrande uttalat att en leverantör inte har rätt att i förväg begära att få förfrågningsunderlag vid kommande upphandlingar. NOU ansåg även att fler än tre leverantörer borde ha tillfrågats vid upphandling av utbildning på 4,8 resp 9 milj. Kronor. Se NOU:s ärende (dnr 1998/0322-26) som refereras på sid. 13.

### Rangordning av utvärderingskriterierna

Enligt en lagakraftvunnen dom från Länsrätten i Skåne län skall den upphandlande enheten rangordna de omständigheter som den kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen. NOU vill understryka att det bör vara sällan som det inte är möjligt att redan i förfrågningsunderlaget rangordna de kriterier som kommer att ligga till grund för utvärderingen av anbud. Läs vidare i avsnittet om förslaget till ändringar i

EG-direktiven avseende viktning av utvärderingskriterierna på sid. 7 och i rättsfallsreferatet på sid. 17.

## Prövning av anbud

### Ändring av anbud efter anbudstidens utgång

Tingsrätten har uppgivit i en lagakraftvunnen dom att Luftfartsverket brutit mot LOU:s huvudregel i 1 kap. 4 § om affärsmässighet och objektivitet genom att tillåta den valda leverantören att ändra anbudspris efter sista dag för anbuds lämnande utan att erbjuda /leverantören/ samma möjlighet. Den klagande leverantörens anbud var emellertid lägst i pris både innan och efter den gjorda ändringen. Se vidare referat av domen på sid. 18.

## Tjänsteupphandling över tröskelvärdena

### Tjänstekoncessioner

I EG-domstolen har generaladvokaten avgett sitt yttrande i ett mål som gäller en tjänstekoncession inom försörjningssektorerna. Han anser att koncessionen inte omfattas av direktivet.

Eftersom han i yttrandet hänvisar till att Rådet vid antagandet av tjänstedirektivet (92/50/EEG) avvisat Kommissionens förslag att införa tjänstekoncessioner under direktivet, anser han uppenbarligen att inte heller tjänstekoncessioner inom den klassiska sektorn omfattas av tjänstedirektivet. Se vidare referat av yttrandet, sid. 16.

Se också sid. 19 angående EG-kommissionens tolkningsdokument om koncessioner.

## NOU:s tillsyn

### Rapporten ”Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag”

Som ett led i sin tillsynsverksamhet har NOU övergripande utrett hur de kommun- och landstingsägda bolagen tillämpar LOU. Kommun- och landstingsägda bolag valdes för tillsyn på grund av att NOU i en tidigare utredning avseende effekter av LOU kunnat konstatera att de bolag som följde LOU kunde påvisa stora besparingseffekter. Samma utredning kunde även konstatera att regelefterlevnaden var särskilt låg i kommun- och landstingsägda bolag. NOU valde att granska kommun- och landstingsägda bolag som under 1997 till minst hälften ägdes av en eller flera kommuner eller landsting. Efter vissa begränsningar redovisas i rapporten svaren från 1.103 bolag.

Trots sin lagstadgade skyldighet att ge NOU begärd information, inkom vid utgången av den ursprungliga svarstiden endast drygt *hälften* av bolagen *med svar*. Trots ett flertal påminnelser, bl.a. direkt till kommun- och landstingsstyrelser, hade *48 bolag ännu ett år efter slutdatum inte besvarat NOU:s*



enkät. Drygt *en fjärdedel* av bolagen har dessutom *endast besvarat vissa* av de ställda frågorna.

I juni 1999 tillskrev NOU de kommun- och landstingsstyrelser vilka ägde bolag som fortfarande inte besvarat enkäten och bolag vilka i motsats till NOU hävdade att de inte omfattades av LOU. NOU begärde bl.a. att de skulle meddela NOU sin ståndpunkt avseende om bolagen omfattades av LOU eller inte. *26 av kommunstyrelserna lämnade aldrig det begärda yttrandet.*

### *Resultaten av NOU:s tillsynsprojekt*

- Av bolagen svarade *95 procent* att *de är upphandlande enheter*. *19 procent* av bolagen *ändrade uppfattning under tillsynsprojektets gång*. Fortfarande hävdar emellertid *nära fem procent* av bolagen att de, *i motsats till NOU:s uppfattning, inte omfattas av LOU*.
- Nästan *vart femte bolag* ansåg sig vara upphandlande enhet inom *både* den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. NOU bedömer att så många som *en tredjedel* av dessa bolag kan ha missuppfattat bestämmelserna i LOU.
- Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som *255 bolag inte överhuvudtaget avslutade någon upphandling som föregicks av anbudsförfarande under det aktuella året*. Även om alla de bolag som uppgett sig avropa mer än hälften av sitt totala inköpsbelopp på andra upphandlande enheters avtal räknas bort (totalt 36 bolag), därför att de i denna del inte behövt genomföra egna upphandlingar, återstår *219 bolag, dvs. en femtedel av samtliga bolag*. Dessa bolag borde rimligen ha gjort anskaffningar av varor eller tjänster som förutsätter anbudsförfarande i enlighet med LOU, särskilt som *det sammanlagda inköpsbeloppet för 1997 för dessa 219 bolag uppgick till närmare 4,5 mdr kr*.
- LOU innehåller regler om annonsering. *Femton procent* av de bolag (43 stycken) som har annonseringsskyldighet uppgav att de *inte annonserar upphandlingar över tröskelvärdena*. *Sju procent* av bolagen uppgav att de *inte efterannonserar upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive upphandlingar av B-tjänster*. Av de tillfrågade bolagen inom den klassiska sektorn uppgav *fem procent* att de *inte efterannonserar B-tjänster*.
- *Åtta procent* av bolagen angav att det "sällan" eller "aldrig" var personal med kunskap om LOU som genomförde upphandlingar, vilket enligt NOU är oacceptabelt.
- *42 procent* av bolagen uppgav att de inte har någon dokumenterad upphandlings-/inköpspolicy.
- Ett fåtal bolag angav direktupphandlingsbelopp från 200.000 kr och däröver. Dessa belopp kan enligt NOU:s bedömning inte normalt anses vara låga värden utan bör rimligen utgöra ett brott mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.
- Så många som *en tredjedel* av bolagen svarade att de *inte har några riktlinjer alls för direktupphandlingar*, trots att LOU kräver att sådana upprättas vid

behov. Att samtliga dessa bolag inte skulle ha genomfört någon direktupphandling under hela 1997 förefaller osannolikt.

- Det är *inte* ett självklart inslag i den löpande revisionen att kontrollera hur reglerna i LOU efterlevs, vilket kanske inte alltid står klart för bolagsledningarna. Två *tredjedelar* av bolagen uppgav att det i bolagen inte genomförs kontroller av upphandling utöver ordinarie revision.

Under 1997 köpte de kommun- och landstingsägda bolag som besvarat frågan (934 stycken) varor och tjänster för *48,6 miljarder kr*. Det sammanlagda antalet förenklade upphandlingar (under de s.k. tröskelvärdena) som genomfördes under 1997 var enligt enkätsvaren drygt *30.000*. Antalet större upphandlingar (över tröskelvärdena) uppgick till *634*.

### *NOU:s framtida tillsynsmöjligheter*

NOU uppmärksammade regeringen i en skrivelse daterad 1999-09-08 på myndighetens brist på befogenheter att för varje bolag få fastställt huruvida bolaget är en upphandlande enhet.. Regeringen har i sin tur överlämnat NOU:s skrivelse till Upphandlingskommittén (Fi 1998:08).

Upphandlingskommittén, vilken påbörjade sitt arbete i juni 1988, lade den 14 december 1999 fram ett delbetänkande, "Effektivare offentlig upphandling", SOU 1999:139. I betänkandet föreslås att den framtida tillsynsmyndigheten skall få tillgång till olika rättsmedel, såsom talerätt i domstol avseende bl.a. *överprövningsärenden, vitesförelägganden och marknadsskadeavgift*. Förslaget innehöll även en rätt för den framtida tillsynsmyndigheten att förena ett föreläggande för upphandlande enheter om att tillhandahålla myndigheten de upplysningar som är nödvändiga för tillsynen med *vite*. Upphandlingskommitténs arbete kommer att avslutas i december 2000 med ett slutbetänkande.

I proposition 1999/2000:128, Offentlig upphandling i informationssamhället, daterad 29 maj 2000, vilken bygger delvis på ovan nämnda delbetänkande, lämnar regeringen dock inga förslag avseende sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten. Regeringen anser att frågan om sanktionsmöjligheter måste övervägas ytterligare och avser att återkomma avseende frågan så snart som möjligt.

Rapporten är nu klar och återfinns på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). Utskick till vardera av samtliga bolag, kommuner och landsting sker successivt under juli månad.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Upphandling av datorer för personalens räkning

*NOU har vid ett nämndsammanträde uttalat sig om avrop av datorer för personalens räkning från ett ramavtal ingånget av Statskontoret. (NOU:s ärende dnr 1998/0197-26)*

Norrköpings kommun ansåg sig ha rätt att med hänvisning till Statskontorets ramavtal avseende datorutrustning och efter förfrågan hos några lokala återförsäljare avropa datorköp från en av dessa för personalens räkning.

Statskontoret har på begäran från NOU i ett yttrande angivit bl.a. följande. "Avrop från Statskontorets ramavtal för PC m.m. görs i de flesta fall mot i bilagan till avtalet angivna återförsäljare. Detta utgör inget hinder för en kund att vända sig direkt till ramavtalsleverantören. För att anpassa sitt avrop ställer kunden en avropsförfrågan direkt till en ramavtalsleverantör eller till återförsäljare. Den kan avse korrekt konfigurering eller omfattning av tjänster (installationstjänster, utbildning, support). Statskontoret rekommenderar på sin hemsida att avropsförfrågan ställs så att samtliga ramavtalsleverantörer får möjlighet att svara. Statskontoret ställer däremot inga krav på hur många eller vilka återförsäljare som skall kontaktas.

Ramavtalsleverantörerna svarar på förfrågan dels med tekniska specifikationer och fakta om sin vara och tjänst, dels med prisuppgift. Avropsförfrågan är således inte ägnad att vara en konstruktion för att öppna för prisförhandlingar. Ramavtalet uppdateras fortlöpande vad gäller produkter, tjänster och priser. På grund av att förändringar sker varje vecka är en förfrågan till leverantörerna det bästa sättet för kunden att ta reda på aktuellt avtalsinnehåll. Avrop görs från den ramavtalsleverantör (genom dess återförsäljare) som erbjuder det bästa alternativet. Inget i Statskontorets avtal hindrar att fler än en återförsäljare tillställs en avropsförfrågan. Endast de återförsäljare som ramavtalsleverantören befullmäktigat äger mottaga avrop från ramavtalet".

NOU gjorde vid ett nämndsammanträde följande bedömning: "Ramavtal är enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU 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". Av detta följer att ett ramavtal sluts för ett visst ändamål och inte får användas till köp under längre tid eller annat ändamål och volym och därmed utbetalning av större ersättning än den som efterfrågats i förfrågningsunderlaget som ledde till ramavtalets slutande. Köp utöver de ramar som ramavtalet gäller för kan i regel, med undantag för lagenliga direktupphandlingar, inte anses förenliga med LOU".

NOU hänvisade till vad som angivits i nyhetsbrev *NOU info juni -98*, sid. 6 och angav vidare: "NOU:s genomgång av Statskontorets ramavtal för persondatorer nr 6256/96 ger inte stöd för uppfattningen att avtalet omfattar eller var tänkt att omfatta kommunens inköp av datorer till personalen. NOU anser därför att Norrköpings kommun inte haft rätt att avropa det aktuella inköpet från Statskontorets ramavtal. Norrköpings kommun har därmed inte iakttagit bestämmelserna i LOU.

Kommunen får därmed anses ha genomfört en ny upphandling i vilken den infordrat anbud från de i ramavtalet angivna återförsäljarna utan att formellt avropa på

ramavtalet. Vid sådant förhållande saknar det betydelse att Statskontorets ramavtal för persondatorer anger att avrop enligt avtalet fick ske från bl.a. en leverantör i Norrköping.

Vid den totala bedömningen vill NOU inte bortse från att kommunen anger sig ha kontrollerat sin rätt att utnyttja ramavtalet och att Statskontoret på kommunens förfrågan uppges har angivit att datorer till personalen fick köpas på det då gällande ramavtalet. Kommunens inköp har också gjorts innan NOU i *NOU info juni -1998* offentliggjort sin tolkning av ifrågavarande bestämmelser."

## Leverantörs rätt att bli tillfrågad att lämna anbud samt antalet tillfrågade leverantörer vid förenklad upphandling

*En leverantör har ställt frågan om det är negativ särbehandling att inte bli tillfrågad, trots att denne i förväg uttryckt intresse för att få lämna anbud vid kommande upphandlingar. Även fråga om lämpligt antal tillfrågade leverantörer. (NOU:s ärende dnr 1998/0322-26).*

En leverantör som inte särskilt tillfrågats har enligt 6 kap. 6 § LOU rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. En leverantör har dock inte rätt att i förväg begära att få förfrågningsunderlag vid kommande upphandlingar. NOU anser dock att kretsen av anbudsgivare bör varieras och att den upphandlande enheten inte alltid bör vända sig till samma anbudsgivare.

I 6 kap. LOU anges inte något minsta antal av anbudsgivare som bör tillfrågas. Antalet anbudsgivare skall bestämmas med hänsyn till föremålet för upphandlingen och skall som regel garantera verklig konkurrens, dvs. att den upphandlande enheten utnyttjar de konkurrensmöjligheter som finns. Vid förhandlad upphandling över tröskelvärdena gäller att antalet anbudsgivare i förhandlingar skall vara minst tre, förutsatt att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare. Antalet bestäms med hänsyn till kravet på affärsmässighet, konkurrens och en objektiv behandling.

I rättspraxis (länsrättens i Göteborgs och Bohus län dom i mål Ö 1615-94) har uttalats att det vid en förenklad upphandling av begravnings tjänster var tillräckligt att tillfråga fem tänkbara företag.

Värdet av de upphandlingskontrakt som bedömdes i de fall som frågan avsåg uppgavs ligga på 4, 8 miljoner resp. drygt 9 miljoner kr. Vid sådana belopp kan det enligt NOU:s mening anses affärsmässigt att tillfråga flera anbudsgivare än tre.

## Anskaffning av konsulttjänster

*(NOU:s ärende dnr 1999/0155-29)*

NOU har begärt att Ängelholms kommun kommenterar sanningshalten i en artikel i Nordvästra Skånes tidning den 15 juni 1999. Om det som uppgavs överensstämde med sanningen skulle kommunen ange på vilka grunder den ansåg sig kunna anlita en firma utan lagstadgat förfarande enligt LOU.

Ängelholms kommun har i yttrande den 7 december 1999 anfört i huvudsak följande. Kommunen/arbetsgivaren har för ett specialuppdrag anlitat en särskild person, och inte hans företag. Anlitandet är enligt kommunens mening att jämföra med en projektanställning. Vid tre olika uppdrag var det av mycket stor betydelse för

kommunen att få biträde av någon som väl kände de politiska beslutsfattarna på central nivå. Den som anlätades var som person synnerligen lämplig för ändamålet. De arvodesbelopp som nämndes i tidningsartikeln (närmare två miljoner kronor) är riktiga. Det bör dock påpekas att beloppet avsåg en lång period och den fysiska personen själv fick stå för såväl sina sociala kostnader som gängse administrationskostnader. Om upphandling skett hade kommunen sannolikt inte haft möjlighet att bedöma konsultens lämplighet, utan priset hade varit utslagsgivande. Kommunen och den fysiska personen har numera ingått ett avtal, innebärande att aktiebolaget skall utföra tjänster åt kommunen i ytterligare några frågor.

"NOU konstaterar att Ängelholms kommun i sitt yttrande påvisar brister på formellt riktig handläggning. NOU vill därför påtala att en upphandling reglerar formerna för när det allmänna skall sluta avtal om leverans av en vara eller tjänst (ett upphandlingskontrakt). Det är viktigt att en klar skillnad görs mellan anställning och anlita av en konsult samt att åtskillnaden görs mellan den juridiska personen (bolaget) som kommunen skriver kontrakt med och den fysiska personen som äger eller företräder bolaget. Formen för betalning (den fysiska personen stod för sina sociala avgifter och övriga kostnader) talar för att parterna varit medvetna om att det inte rörde sig om en projektanställning.

NOU vill även poängtera att reglerna i LOU inte utgör några hinder mot att anlita en för uppdraget lämplig konsult. Priset behöver inte vara utslagsgivande. (NOU återgav lydelsen av 1 kap. 22 § eller 6 kap. 12 § LOU). Kommunen kan enligt LOU ställa alla de krav på politiska kontakter och lämplighet för uppdraget som är relevanta och proportionerliga i förhållande till den tjänst som skall upphandlas. Kommunen kan därefter vid utvärderingen välja den som uppfyller alla de ställda kraven till rätt kvalitet och pris.

NOU finner att Ängelholms kommun vid köp av konsulttjänster i detta ärende mer än en gång handlat i strid med LOU. De upphandlade tjänsterna hänför sig sannolikt till kategori A 11 i bilagan till LOU. Upphandlingens värde uppgick till närmare två miljoner kronor. Upphandling skulle därför enligt 5 kap. LOU ha skett som öppen eller selektiv upphandling. Kommunen har inte åberopat eller genom dokumentation gjort sannolikt att tjänsterna varit av sådan beskaffenhet att bestämmelserna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering kunde ha använts (5 kap. 17 § LOU). Kommunen har därmed underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt LOU och det bakomliggande direktivet 92/50/EEG.

Kommunen har även efter mottagandet av skrivelse från NOU slutit ett avtal med det aktuella företaget, utan att göra en upphandling i konkurrens enligt LOU. Skäl för förhandlad upphandling utan annonsering eller för direktupphandling synes inte föreligga. Kommunen har inte åberopat att det funnits några synnerliga skäl härtill eller att upphandlingens värde kan anses som lågt.

## Sida:s upphandlingsförfaranden

*NOU har i fyra yttranden uttalat att Sida tillämpar undantaget i 1 kap. 3 § LOU i en inte avsedd utsträckning (NOU:s ärenden dnr 1999/0058-22, 1999/0175-29, 1999/0219-26 och 2000/0108-22)*

NOU har yttrat sig över en rapport från Riksdagens revisorer och på eget initiativ tillfrågat Sida i vilka fall upphandlingar enligt LOU sker och vilka

upphandlingsförfaranden som tillämpas i de fall när LOU inte tillämpas. Senare inkom även ett klagomålsärende från en enskild och en förfrågan från Riksrevisionsverket. NOU uppgav i yttrandena i huvudsak följande:

Den samlade bilden som NOU fått är att Sida använder reglerna i LOU endast i mycket begränsad utsträckning. NOU, som inte gjort någon självständig granskning, kan inte uttala sig om huruvida Sida vid någon konkret upphandling brutit mot reglerna i LOU. Det är dock sannolikt att Sida vid sina upphandlingar i större utsträckning än tidigare bör använda sig av reglerna i LOU. NOU anser det angeläget att betona att uppgiften att LOU *generellt* inte skulle gälla inom ramen för biståndet är missvisande.

NOU uttalade vid nämndsammanträde följande: "Som framgår av den svenska lagstiftningen och bakomliggande EG-direktiv avseende offentlig upphandling gäller lagens undantag endast i de fall stater eller organisationer *kommit överens om* andra upphandlingsförfaranden än de som EG:s upphandlingsdirektiv föreskriver (t.ex. regler för PHARE och TACIS-programmen). För att Sida skall kunna avvika från LOU:s bestämmelser krävs därför att stater eller organisationers beslut om ett biståndsprojekt innehåller även ett beslut om ett alternativt upphandlingsförfarande för projektet. De upphandlingar av biståndsprojekt vilka inte uppfyller förutsättningarna i 1 kap. 3 § LOU samt övriga upphandlingar utan anknytning till internationella biståndsprojekt, t.ex. upphandlingar av konsulter för förvaltningsstöd m.m., måste följa LOU:s regler."

## Krav och kriterier i förfrågningsunderlaget

*En upphandlande enhet har "betydande utrymme för skönsmässig bedömning" i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget, men inte rätt att vid anbudsutvärderingen frångå de ställda kraven. (NOU:s ärende dnr 1999/0179-21)*

EG-domstolens förstainstansrätt har i målen T 19/95<sup>1</sup> och T-13/96<sup>2</sup> angivit att den upphandlande enheten "har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning av vad som skall beaktas.....". Enligt frågeställarens mening tangerar detta fri prövningsrätt och han undrar hur NOU tolkar de angivna målen.

NOU svarade: I mål T -203/96, domens punkt 56 anges. "Det skall även erinras om att parlamentet har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att förstainstansrättens prövning måste inskränka sig till att avse allvarliga och uppenbara fel."

NOU gör normalt tolkningar av EG-domstolens (eller förstainstansens) domar endast för att utöva sina tillsynsuppgifter, såsom i klagomålsärenden. NOU kan dock upplysa om hur juristerna vid NOU:s kansli tolkat uttalandet. NOU anser att förstainstansens dom måste sättas i sitt rätta sammanhang och läsas mot bakgrund av bl.a. andra uttalanden i EG-domstolens domar. I flera av dessa anges det att kontraktet inte får tilldelas en leverantör vars anbud inte helt överensstämmer med

---

<sup>1</sup> T-19/95 Adia Interim mot Kommissionen (REG 1996 II sid. 321), dom den 8 maj 1996.

<sup>2</sup> T-203/96 Embassy Limousines & Services mot Europaparlamentet.

förfrågningsunderlaget. Domstolen betonar att potentiella anbudsgivare måste känna till "de upphandlingskriterier som deras anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Detta krav gör dessutom att det säkerställs att principerna om anbudsgivares likabehandling och principerna om insyn iakttas."

Principerna för direktiven gäller även om de upphandlande enheterna är fria att beakta alternativa anbud. Domstolen anger: "För att säkerställa att ett kontrakt tilldelas på grundval av kriterier som samtliga anbudsgivare har kännedom om innan de utformar sina anbud, får en upphandlande enhet således endast beakta alternativa anbud som upphandlingskriterier i den mån dessa upphandlingskriterier har angetts i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling." I domen C-31/87 (Beentjes) betonas vidare att alla villkor och kriterier, även sådana som *inte* läggs till grund för valet av leverantören, utan utgör tillkommande kontraktsvillkor, måste vara kända i förväg.

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 att kraven är proportionella och har anknytning till det som skall upphandlas samt att de inte är diskriminerande. När den upphandlande enheten gjort så och sänt ut förfrågningsunderlaget, äger den i princip inte rätt att *vid anbudsutvärderingen* frångå de ställda kraven eller göra några skönsmässiga bedömningar.

NOU kan slutligen inte helt bortse ifrån att viss förklaring till skrivningens utformning kan sökas i att förstainstansrätten i båda fallen bedömer påstådda överträdelse av gemenskapens egna institutioner samt att bedömningen påverkas av bl.a. bestämmelserna i kommissionens förordning nr 3418/93 (om närmare bestämmelser i budgetförordningen (reglerar kontakt med en anbudsgivare efter anbudsöppningen)). Upphandlingsdirektiven är inte helt tillämpliga på gemenskapens institutioner och dessa kan, till skillnad från medlemsstater, inte göra sig skyldiga till fördragsbrott.

NOU anser således inte att domarna avviker från övrig rättspraxis på området eller att uttalandena kan anses påminna om fri prövningsrätt.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

*Omfattas tjänstekoncession av direktiven om offentlig upphandling?*

I ett i EG-domstolen pågående mål, C-324/98 Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Post & Telekom Austria AG, som rör frågan om tjänstekoncession omfattas av direktivet för försörjningssektorerna (93/38/EEG), har generaladvokaten avgett sitt yttrande. Målet gäller ett förhandsavgörande från en domstol i Österrike i ett mål rörande en inbjudan från ett av staten helägt bolag inom telekommunikationssektorn att lämna anbud rörande tillverkning och utgivning av tryckta och elektroniskt användbara abonnentförteckningar med rätt för koncessionären att utnyttja förteckningarna för reklamändamål. Koncessionsgivaren skulle stå för 40 % av risken för projektet.

Generaladvokaten angav som sin uppfattning att tjänstekoncessioner inte omfattas av direktivet för försörjningssektorerna.

Beträffande begreppet tjänstekoncession konstaterar han vidare att gemenskapslagstiftningen inte antagit någon definition. Frågan huruvida ett kontrakt är en tjänstekoncession, skall bedömas från fall till fall, där det skall tas hänsyn till om det gäller ett skriftligt kontrakt av ekonomisk betydelse som gäller tillhandahållandet av en tjänst. Vidare skall det dominerande inslaget i avtalet vara en rätt att exploatera en speciell tjänst tillsammans med den därmed förenade ekonomiska risken för att det skall anses vara fråga om en tjänstekoncession.

Även om tjänstekoncessioner faller utanför tillämpningsområdet för tjänstedirektivet och försörjningsdirektivet är de grundläggande principerna i EG-fördraget tillämpliga på tilldelningen av koncessioner. Särskilt anger han likabehandlingsprincipen. Vidare anser han att likabehandlingsprincipen kräver att tilldelningen av koncessioner skall göras i enlighet med ett visst mått av offentliggörande och transparens. Dock behöver inte ett offentliggörande nödvändigtvis förutsätta publicering. Syftet med offentliggörandet är att tillförsäkra grundläggande rättvisa i tilldelningen av koncessioner och rimliga möjligheter för anbudsgivare som inte är etablerade i den tilldelande enhetens medlemsstat. Jämför även sid. 19 om Kommissionens tolkningsdokument avseende koncessioner.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

### *Bristande rangordning*

Länsrätten i Skåne län har i dom den 17 maj 2000 (mål nr 2241-00 E) beslutat att Lunds Universitet skall göra om en öppen upphandling av AV-utrustning med tillbehör. Domen har vunnit laga kraft.

Länsrätten gjorde i målet en bedömning av huruvida bristande rangordning av utvärderingskriterierna kan anses strida mot regeln i 1 kap. 22 § LOU, som säger att den upphandlande enheten skall ange de omständigheter som den tillmäter betydelse i förfrågningsunderlaget och om möjligt också rangordna dem. De kriterier som angetts är produktsortiment, serviceåtagande, pris, garanti, stabilitet, teknisk prestanda/utförande samt totalinstallation.

Universitetet anförde att någon rangordning av utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget inte var möjlig här, då det var fråga om en funktionsupphandling (dvs. leverans, installation och ansvar för den samlade funktionen av AV-utrustningen med tillbehör), att upphandlingen avsåg ett ramavtal omfattande ca. 300 institutioner samt att det var fråga om tekniskt avancerade produkter med kort livslängd.

Länsrätten gjorde bedömningen att det i detta fall varit möjligt för universitetet att rangordna utvärderingskriterierna och uppgav att "det förhållandet att utvärderingskriterierna inte rangordnats är ägnat att försvåra en rättvis jämförelse av anbudet. Detta motverkar den förutsebarhet och öppenhet som eftersträvas genom LOU och kan komma att medföra skada för bolaget vid prövning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet."



*Kommentar:* Som NOU tidigare nämnt arbetar EG-kommissionen med ett lagstiftningspaket för offentlig upphandling. I det finns ett förslag gällande krav på viktning av utvärderingskriterier som går längre än nuvarande lagstiftning.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

### *Ändring av anbud efter anbudstidens utgång*

Umeå tingsrätt har i en dom (mål nr T 1488-99) avseende en förenklad upphandling av låssystem förpliktigt Luftfartsverket att utge skadestånd till en leverantör med 31 693 kr jämte ränta och rättegångskostnader. Domen har vunnit laga kraft.

Tingsrätten uppger att Luftfartsverket brutit mot LOU:s huvudregel i 1 kap. 4 § om affärsmässighet och objektivitet genom att tillåta den valda leverantören att ändra anbudspriset efter den sista dagen för anbudslämnandet utan att erbjuda /leverantören/ samma möjlighet. Luftfartsverket beredde inte den klagande leverantören något tillfälle till motsvarande ändring eller till omförhandling över huvudtaget. Dennes anbud var emellertid lägst i pris både innan och efter den gjorda ändringen. Tingsrätten uppger att Luftfartsverket borde ha antagit den klagandes anbud och utdömde ett skadestånd intill det positiva kontraktsintresset (ersättning för förlorad handelsvinst).

## Miljö

### EG-kommissionens miljötolkningsmeddelande

EG-kommissionen har lagt fram ett förslag till tolkningsmeddelande angående miljökrav vid offentlig upphandling. Meddelandet kommer att kunna nås från NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se), så snart det blir antaget.

## Offentlighet och sekretess

### Intresseanmälan/affärsplaner

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 25 april 2000, mål nr 1779-2000, funnit att utgifter som avsåg annat än redovisade affärsplaner i intresseanmälningar före en påbörjad upphandling skulle lämnas ut som allmän handling. Målet gällde "allt det material landstingets mångfaldskansli förfogar över gällande pågående och planerade privatiseringar av primärvård, geriatrik och psykiatri inom Stockholms läns landsting". Klaganden, som var ledamot av landstingsstyrelsen, anförde bl.a. att intresseanmälningar skulle utgöra ett led i en politisk process för skapande av mångfald i produktionen. Det fanns inte några beslut om att upphandla några specifika verksamheter. Ett upphandlingsförfarande hade således ännu inte inletts och intresseanmälningarna från dem som fortfarande var anställda inom landstinget kunde inte anses vara affärshemligheter. Landstinget ansåg att intresseanmälningar och uppgift om vilka intressenter som lämnat dessa, var uppgifter som hänförde sig till ärenden angående upphandling av tjänster och således omfattades av den absoluta sekretessen i 6 kap. 2 § andra stycket, tredje meningen sekretesslagen, trots att något formellt förfarande ännu inte hade inletts. Om skaderekvisitet var

tillämpligt, skulle skadan bestå av en försämrad konkurrens, risk för att intressenter avstår från anbud och/eller att det uppstår anbudskarteller. Strävan att åstadkomma mångfald i vårdproduktionen skulle omintetgöras eller äventyras om det fåtal större aktörer som finns på marknaden kunde samordna budgivningen och ställa sig bakom personal som ville ta över verksamheten.

Kammarrätten fann att uppgifterna inte omfattades av absolut sekretess och att det inte fanns grund för antagandet att landstinget kunde komma att lida skada om uppgifterna i de berörda handlingarna röjdes. De som lämnat in handlingarna har trätt i sådan förbindelse som avses i 8 kap. 10 § sekretesslagen och kunde antas lida skada genom att uppgifterna röjts vad gäller inlämnade affärsplaner, men inte beträffande övriga uppgifter. Klaganden hade emellertid inte till följd av sin ställning som ledamot av landstingsstyrelsen rätt att ta del av de aktuella uppgifterna om affärshemligheter.

## Övrigt

### Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner

EG-kommissionen har antagit ett tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten. Tolkningsmeddelandet behandlar dels de regler och principer enligt fördraget som gäller alla former av koncessioner, dels de särskilda regler som gäller för byggkoncessioner enligt direktiv 93/37/EEG. Koncessioner definieras som "...åtgärder som kan tillskrivas staten genom vilka en offentlig myndighet uppdrar åt tredje man- både avtalshandlingar och ensidiga åtgärder med tredje mans samtycke - att helt eller delvis förvalta tjänster som myndigheterna normalt svarar för och för vilka denna tredje man tar på sig risken. Dessa tjänster omfattas endast av detta meddelande om det rör sig om utövande av ekonomisk verksamhet enligt artiklarna 43-55 (f.d. artiklarna 52-66) i fördraget". Enligt tolkningsmeddelande är det endast byggkoncessioner som omfattas av direktiven för offentlig upphandling. Alla former av koncessioner omfattas dock av bestämmelserna 28-30 och 43-55 i fördraget samt av principerna om icke-diskriminering, likabehandling, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Tillämpning av likabehandlingsprincipen innebär att koncessionsgivaren skall välja anbudsgivare på objektiva grunder och genomföra upphandlingsförfarandet enligt de regler och grundläggande krav som fastställts från början. Då sådana regler inte har fastställts, måste i vilket fall som helst valet av anbudsgivare ske på objektiva grunder för att kravet på likabehandling skall vara tillgodosett.

Kravet på förutsebarhet kan enligt kommissionen "tillgodoses på lämpligt sätt, inklusive publicering, beroende på varje berörd sektor och med hänsyn till dess särdrag". Publiceringen skall innehålla den information presumtiva koncessionshavare behöver för att ta ställning till om de vill delta i förfarandet, bl.a. kvalificeringskrav, utvärderingskriterier, ändamålet med koncessionen samt uppgift om vilken typ av tjänster det rör sig om och hur omfattande de är.

Proportionalitetsprincipen innebär att valda åtgärder skall vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till ändamålet för koncessionen.

Tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande på koncessioner innebär att alla tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg och kvalifikationer från en annan medlemsstat måste godtas, om de kan anses vara likvärdiga med motsvarande nationellt utfärdade dokument.

## NOU:s nyhetsbrev mars 2000

Så har då remissvaren till Upphandlingskommitténs utredning lämnats och självklart även NOU:s, som vi också lite kortfattat redogör för. Uppfattningarna i remissvaren förefaller gå kraftigt isär, såväl vad gäller förslagen till ändringar i 6 kap. och 7 kap. LOU som beträffande NOU:s framtid. Någorlunda gemensam tycks uppfattningen dock vara åtminstone om behovet av såväl effektiva sanktioner mot otillåten direktupphandling som en förstärkt tillsynsfunktion, något som NOU sedan länge påtalat.

Nyhetsbrevet tar denna gång upp bl.a. ett par ärenden av allmänt intresse som rör ”lågt värde” och ”synnerliga skäl” för direktupphandling samt möjligheterna till komplettering av anbud.

NOU handlägger f.n. ett ärende angående upphandling av bredband och återkommer i denna fråga så snart vi hinner. Det bör dock nämnas redan nu att valet av upphandlingsförfarande är beroende av vad som faktiskt upphandlas, bredbandstjänster eller anläggandet av bredbandsnät.

Rättsläget har efter ett avgörande ifrån Kammarrätten i Sundsvall tyvärr inte blivit klarare avseende frågan när ett avtal i ett upphandlingsärende skall anses ingånget.

NOU vill ta tillfället i akt att så här inför statistikinsamlingen för 1999 påminna om den obligatoriska efterannonseringen för upphandling över tröskelvärdena, något som vi avser att följa upp inom kort.

Slutligen kan nämnas för den som är intresserad och inte sett det tidigare att NOU:s rapport om statliga bolag som lämnades till regeringskansliet i början av februari kan återfinnas på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). Rapporten om kommun- och landstingsägda bolag kommer i april.



Margareta Hentze

## Innehåll

Tillämpning av LOU .....	3
Omfattning av undantag enligt LOU .....	3
Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster .....	3
Bredband .....	3
Tröskelvärden.....	3
Nya tröskelvärden.....	3
Användningen av ecu och euro .....	4
Förfrågningsunderlaget .....	4
Krav och kompletteringar .....	4
Komplettering eller förhandling .....	4
Prövning av anbud .....	4
Prisförhandling m.m. ....	4
Tjänsteupphandling över tröskelvärdena.....	4
Upphandling av A- eller B-tjänst?.....	4
Upphandling under tröskelvärdena.....	5
Direktupphandling.....	5
Avtal, avtalstider m.m. ....	5
Bindande avtal.....	5
Statistik.....	5
NOU-kontroll av uppgiftslämnandet avseende 1999.....	5
NOU:s tillsyn .....	5
Kommun- och landstingsägda bolag .....	5
Landstingsanknutna sjukhus.....	6
Statliga bolag.....	6
NOU:s ärenden och yttranden.....	7
Vägverkets upphandling av ”Åtgärder mot buller” .....	7
Länstrafikens i Örebro AB och Länstrafikens i Sörmland AB upphandling av kontrollverksamhet i kollektivtrafiken.....	8
Malmö stads riktlinjer avseende direktupphandling .....	9
Upphandling av antikvarisk kontrollant .....	11
Komplettering eller förhandling .....	12
Regeringskansliets upphandling av företagsomstrukturering .....	14
Rättsfall .....	16
Mål i kammarrätt och länsrätt.....	16
Skadeståndsmål i Högsta domstolen .....	17
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt .....	18
Offentlighet och sekretess .....	20
Utlämnande av förfrågningsunderlag .....	20
Miljö .....	20
Övrigt .....	20
NOU:s remissvar avseende Upphandlingskommitténs betänkande (SOU 1999:139) ..	20
Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster .....	22

### NOU info

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Hemsida www.nou.se

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon 08 - 690 91 80  
Telefax 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i NOU info  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
”NOU info mars -00”

## Tillämpning av LOU

### Omfattning av undantag enligt LOU

NOU har ansett att en kyrklig samfällighet var skyldig att upphandla uppdraget som antikvarisk kontrollant enligt LOU. Det undantag som gäller för arkeologiska utgrävningar kan inte utan lagstöd utsträckas till andra områden. Se närmare referat av NOU:s yttrande i ärende dnr 2000/0003-29 på sid. 11.

### Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Utredningen om sjukvårdsupphandling har överlämnat betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (SOU 1999:149). En kortfattad redogörelse återges på sid. 22.

### Bredband

NOU handlägger f.n. ett ärende angående upphandling av bredband och återkommer i denna fråga så snart vi hinner. Det bör dock nämnas redan nu att valet av upphandlingsförfarande är beroende av vad som faktiskt upphandlas, bredbandstjänster eller anläggandet av bredbandsnät. För ytterligare information, kontakta handläggaren vid NOU, jur. kand. Andrea Sundstrand.

## Tröskelvärden

### Nya tröskelvärden

NOU informerade i *NOU info dec -99* om att EG-kommissionen har fastställt nya tröskelvärden. Uppgifter som refererades i december innehöll ett felaktigt belopp. 600 000 ecu skall rätteligen motsvaras av 5 268 000 SEK. Tröskelvärdena är införlivade i svensk rätt genom förordning (SFS 2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, vilken träder i kraft den 1 april 2000 och som finns inlagd på NOU:s hemsida. I förordningen anges värdena, avrundade nedåt till hela tusental. Tröskelvärdena enligt förordningen är följande:

	<i>Tröskelvärdena uttryckta i</i>	
	ecu	SEK
Byggentreprenader	5 000 000	43 900 000
Varor och tjänster		
<i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	400 000	3 512 000
<i>-telesektorn</i>	600 000	5 268 000
<i>Statliga myndigheter</i>	130 000*	1 223 000
<i>Övriga upphandlande enheter</i>	200 000	1 756 000
Förhandsannonsering	750 000	6 585 000

\* SDR

## Användningen av ecu och euro

Angående användningen av de europeiska valutorna och ecu bör observeras Rådets förordning (EG) nr 1103/97 av den 17 juni 1997 om vissa bestämmelser som har samband med införandet av euron. Förordningen trädde i kraft den 1 januari 1999. Enligt förordningen skall varje hänvisning i ett rättsligt instrument till ecun ersättas med en hänvisning till euron till en kurs av en euro för en ecu. I EG-direktiven om offentlig upphandling anges ecu, vilket kommer att ändras till euro vid nästa direktivändring. Därför anges fortfarande tröskelvärdena i ecu.

## Förfrågningsunderlaget

### Krav och kompletteringar

NOU har i två ärenden uttalat att reglerna om komplettering av anbud (1 kap. 21 § och 6 kap. 8 § LOU) inte tillåter att en leverantör i efterhand tillför uppgifter som inte återfanns i anbudet (se NOU:s yttranden i ärenden dnr 1999/0012-26 och 1999/0074-21). I det sistnämnda ärendet uttalar sig NOU även om den upphandlande enhetens och leverantörens skyldighet att känna till exempelvis tillstånd eller auktorisation som gäller för de tjänster som upphandlas. Se referat av NOU:s yttranden, i ärende dnr 1999/0012-26 på sid. 7 och i ärende dnr 1999/0074-21 på sid. 8.

### Komplettering eller förhandling

NOU har i ett utlåtande som begärts av en tingsrätt i anledning av ett skadeståndsmål angett bl.a. att en kommun inte ägt rätt att i en förenklad upphandling uppta förhandlingar med en anbudsgivare vars anbud inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Inte heller hade kommunen rätt att medge ändring av anbudet efter anbudstidens utgång. Se referat av NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0220-21, sid. 12.

## Prövning av anbud

### Prisförhandling m.m.

I en skadeståndsdöm från Umeå tingsrätt (T 2112-98) uppger tingsrätten att det stod i överensstämmelse med LOU både att uppta prisförhandlingar med anbudsgivarna och att vid likvärdiga anbud välja den ene anbudsgivaren under motivering av tidigare erfarenheter och omställningsproblem, utan att detta framgick av anbudsinfordran. Se referat av domen på sid. 19.

## Tjänsteupphandling över tröskelvärdena

### Upphandling av A- eller B-tjänst?

Vikten av att skilja mellan A- och B-tjänster samt frågan om hur en blandning av dessa skall upphandlas har behandlats i ett ärende hos NOU, se referat av NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0210-29, sid. 14.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Direktupphandling

NOU har vid ett nämndsammanträde ansett att tilläggsuppdrag och underlag för fortsatt upphandling inte utgör några typiska exempel på situationer i vilka direktupphandling får tillämpas. NOU ansåg vidare att sex basbelopp i allmänhet inte var ”lågt värde”, se referat av NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0098-21, sid. 9.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Bindande avtal

Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 3552-1999) har i en dom uppgivit att en beställningsskrivelse anses utgöra ett för den upphandlande enheten och leverantören civilrättsligt bindande avtal. Se vidare referat av domen på sid. 16. Även i ett skadeståndsmål prövas frågan huruvida ett bindande avtal uppkommit mellan en enhet och en leverantör. Domen meddelad av Hovrätten för Övre Norrland (T 6/97) refereras på sid. 18.

## Statistik

### NOU-kontroll av uppgiftslämnandet avseende 1999

NOU kommer under den närmaste tiden att ta in uppgifter om upphandlingar som gjorts under 1999. SCB samlar på uppdrag av NOU in de uppgifter som årligen sammanställs statistiskt på grundval av avtalet om upphandling inom WTO (GPA) och EG:s upphandlingsdirektiv. För statliga myndigheter och upphandlande enheter inom försörjningssektorerna (där även privata bolag kan omfattas) skall uppgifter lämnas om upphandlingen såväl över som under tröskelvärdena. Övriga upphandlande enheter behöver endast lämna uppgifter om upphandlingen över tröskelvärdena. NOU avser att själv följa upp hur annonseringsplikten efterlevs. Stora brister i efterannonseringen, framfört allt B-tjänster över tröskelvärdena, konstaterades av SCB föregående år.

## NOU:s tillsyn

### Kommun- och landstingsägda bolag

NOU startade under senhösten 1998 ett tillsynsprojekt avseende kommun- och landstingsägda bolags upphandling. Projektet genomfördes i form av en enkät, vilken skickats till 1.274 bolag. En delrapport presenterades i mars 1999 och återfinns på NOU:s hemsida. Projektet avslutas under april 2000.



## Landstingsanknutna sjukhus

*NOU har beslutat att översända en enkät till samtliga nämnder/styrelser inom respektive landsting med ansvar för sjukhus, som komplement till tidigare genomförd enkät till landets 82 landstingssjukhus.*

Det förekom vissa otydligheter såväl i frågorna som i enkätsvaren, vilket medfört problem att analysera svaren, samtidigt som enkätsvaren blivit delvis föråldrade. NOU beklagar det merarbete som vissa upphandlande enheter nu drabbas av.

NOU:s syfte är att övergripande kontrollera efterlevnaden av LOU samt undersöka vilka förutsättningar sjukhusen har för att bedriva en effektiv upphandlingsverksamhet. Vidare skall enkäterna vara ett hjälpmedel att identifiera problemområden.

## Statliga bolag

*NOU har vid nämndsammanträde den 26 januari 2000 fattat ett nytt beslut angående vilka bolag med statligt ägande som är att anse som upphandlande enheter enligt LOU. Rapporten har överlämnats till regeringen den 3 februari 2000 (NOU:s ärende dnr 1999/0234-28).*

NOU fick i juni 1998 i uppdrag från regeringen att utreda i vilken utsträckning företag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter enligt LOU. NOU redovisade uppdraget i en rapport den 30 november 1998 (NOU:s ärende dnr 1998/0172-21, då betecknat som 172/98-21). NOU fick därefter, den 4 november 1999, i uppdrag att göra en ny bedömning av vissa bolag sedan dessa getts möjlighet att yttra sig. NOU skulle också översiktligt kartlägga om statliga bolag anses vara upphandlande enheter i andra medlemsstater i EU. I rapporten den 3 februari 2000 (NOU:s ärende dnr 1999/0234-28) har NOU anfört i huvudsak följande.

Utöver de bolag som redan under utredningen år 1998 ansett sig vara upphandlande enheter har även Apoteket AB, AB Svenska Miljöstyrningsrådet och Institute for Research and Holding AB (IRECO) nu angivit att bolagen följer LOU. Vidare har ett dotterbolag till AB Svenska Spel, Casino Cosmopol AB (tidigare Bellman Casino AB) angivit att bolaget har genomfört en förenklad upphandling enligt LOU och avser att även fortsättningsvis fullgöra sina upphandlingar enligt reglerna i LOU. ALMI Företagspartner AB med regionala dotterbolag har inga invändningar mot NOU:s uppfattning att bolagen är upphandlande enheter. ALMI anför dock att LOU av olika orsaker ”...inte tillämpas fullt ut i alla bolag...” samt att en fullständig tillämpning av LOU ses som olämplig.

Beträffande AB Bostadsgaranti, AB Svensk Exportkredit AB och VPC anser NOU att bolagen inte har sådan ägarstruktur, styrelserepresentation eller står under sådan tillsyn att förutsättningarna i 1 kap. 6 § LOU är uppfyllda. Ytterligare utredning angående AmuGruppen AB visar att det ursprungliga syftet har övergivits av staten och inte längre fullföljs av bolagsgruppen. Bolagen är därför enligt NOU:s mening inte upphandlande enheter.

Frånsett beträffande några dotterbolag vidhåller NOU sin tidigare bedömning angående AB Göta Kanalbolag, AB Svenska Spel, Tumba Bruk AB, Norrlands

Center AB, Postbolagen AB med dotterbolag utom PostGiro AB, Samhall AB, SOS Alarm AB och SOS Alarm Flygambulans AB, SP - Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB, Statliga Akademiska Hus AB med dotterbolag, Svenska Lagerhus AB, Sveriges Rese- och Turistråd AB och Teracom AB. Dessa anser sig inte vara upphandlande enheter, men enligt NOU:s förnyade bedömning uppfyller bolagen LOU:s kriterier för att vara upphandlande enheter. Bolagen bryter därför enligt NOU:s bedömning mot svensk lag och vid upphandlingar över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv. NOU har därför krävt att bolagen snarast börjar upphandla i enlighet med LOU. Om något bolag eller dess huvudman inte bedömer det som lämpligt att bolagets alla anskaffningar skall underkastas LOU:s reglering, bör bolagen hos sina huvudmän snarast begära att det olagliga förhållandet undanröjs genom att huvudmännen ändrar eller renodlar bolagets uppgifter, alternativt minskar det statliga inflytandet över bolaget i form av ägande, tillsyn eller styrelserepresentation i sådan omfattning att bolaget inte längre omfattas av LOU.

Såvitt NOU och de granskade bolagen känner till finns det i EU:s övriga medlemsstater endast några enstaka exempel på företag med statligt ägande vilka är jämförbara med de aktuella svenska företagen eller deras verksamhet. De andra medlemsstaterna synes i huvudsak ha behållit merparten av ifrågavarande allmännyttig verksamhet utan kommersiell karaktär i förvaltningsform eller privatiserat den.

Utredningen finns i sin helhet tillgänglig på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se).

## NOU:s ärenden och yttranden

### Vägverkets upphandling av ”Åtgärder mot buller”

*NOU har angivit att ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav inte kan antas även om det anses mera förmånligt (NOU:s ärende dnr 1999/0012-26).*

Vägverket Region Skåne har genom förenklat förfarande upphandlat utbyte av glasrutor på fastigheter runt en väg syftande till minskning av trafikbuller i närbelägna fastigheter. Priser skulle lämnas på byte av en glasruta, inmontering av en tilläggsruta och för s.k. uteluftsdon. Anbudsgivarna skulle vidare ange garantitid.

Vid anbudstidens utgång fanns två i rätt tid inkomna anbud. Det antagna anbudet innehöll endast pris för byte av glasruta och uteluftsdon. Garantitiden var fem år. Bolaget B:s anbud innehöll samtliga tre begärda prisuppgifter. Garantitiden omfattade 10 år.

Vägverket har i skrivelser till B vidgått att en ”komplettering” av det vinnande anbudet (den ursprungligen felande prisuppgiften för tilläggsrutor) inte var inkomststämplad av Vägverket och inte fanns med vid anbudsöppningen, eftersom den lämnats in först efter det att kontraktet tecknats. Verket ansåg dock att avsaknaden av priset för tilläggsrutor inte var skäl till att förkasta anbudet, att den senare inkomna skrivelsen med den saknade prisuppgiften utgjorde en tillåten komplettering och att priset för tilläggsrutorna inte hade någon betydelse för valet av leverantör, eftersom de flesta boende utmed vägen ville ha byte av ruta och inte en tilläggsruta.

Vägverket vidhöll även i skrivelsen till NOU att det antagna anbudet, trots avsaknaden av en prisuppgift, var det ekonomiskt mest fördelaktiga och att B:s anbud under inga omständigheter skulle ha antagits.

NOU kunde i beslutet ”... inte finna annat än att Vägverket antagit ett anbud som innehöll endast två av de tre begärda prisuppgifterna och därmed var ofullständigt och rätteligen skulle ha förkastats. Även Vägverket säger sig numera vara medvetet om att de omständigheterna, att det efter avtalsslutet inkommit en skrivelse med den felande prisuppgiften och att det sedermera framkommit att majoriteten av (framtida) arbeten inte skulle omfatta utbyte av glasruta, inte kan ändra denna bedömning.”

NOU kunde däremot inte uttala sig om huruvida Vägverket av budget- eller andra skäl inte kunde anta B:s anbud, eftersom en upphandlande enhet inte behöver anta ett anbud som t.ex. är oskäligt högt. Av handlingarna framgick vidare inte på vilket sätt, om något, Vägverket beaktat de erbjudna garantitiderna. ”Vägverkets motivering, att det antagna anbudet var det ekonomiskt mest fördelaktiga, kan emellertid inte godtas. B:s anbud var det enda anbudet som både inkommit före anbudstidens utgång och som innehöll alla begärda prisuppgifter. Anbudet kunde således inte bedömas som mindre förmånligt än ett anbud som skulle ha förkastats.”

## Länstrafikens i Örebro AB och Länstrafikens i Sörmland AB upphandling av kontrollverksamhet i kollektivtrafiken

*NOU har vid nämndsammanträde den 26 januari 2000 uttalat att Länstrafikens underlåtenhet att överhuvudtaget genomföra någon behörighets- eller skattekontroll av leverantören och efterföljande förskjutning av avtalstiden i avvaktan på leverantörens komplettering av auktorisation stred mot principen om likabehandling (NOU:s ärende dnr 1999/0074-21).*

NOU har mottagit en begäran om granskning av en upphandling i vilken Länstrafiken i Örebro AB och Länstrafiken i Sörmland AB (Länstrafiken) antagit en leverantör utan att kontrollera om denne varit auktoriserad för verksamheten (bevakning) och trots att leverantören haft betalningsanmärkningar bl.a. avseende restförd mervärdesskatt.

NOU har beslutat om ett yttrande i vilket det anges bl.a. följande; ”För att kunna bedriva den aktuella kontrollverksamheten är det enligt lagen (1974:191) om bevakningsföretag nödvändigt att vara auktoriserad.” — ”De krav på leverantören som en upphandlande enhet ställer i en upphandling har till syfte att garantera att leverantören under avtalstiden kan fullgöra tjänsten på ett fullgott sätt. En upphandlande enhet bör därför undersöka om det finns några i lag fastställda förutsättningar för den upphandlade verksamhetens utförande. Enligt NOU borde därför Länstrafiken ha haft kännedom om kravet på auktorisation samt uppställt det som ett kvalifikationskrav i förfrågningsunderlaget och kontrollerat detta vid anbudsutvärderingen.” — ”En upphandlande enhet får enligt 6 kap. 8 § LOU bl.a. medge att ett anbud förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Denna regel innebär dock inte att ett anbud får kompletteras efter avtalsslutet eller att en leverantör först därefter tillåts skaffa sig erforderlig kompetens. Då kontrollverksamheten enligt lag inte får utföras

av företag som saknar auktorisation har Länstrafiken antagit en leverantör som vid avtalstidens början saknat förutsättningar för att utöva den kontrakterade tjänsten. Genom att invänta den nödvändiga anskaffningen av leverantörens auktorisation har Länstrafiken tillåtit en förskjutning av leveranstiden och gett leverantören otillbörliga fördelar. Detta strider mot principen om likabehandling av leverantörerna.” — ”Den upphandlande enhetens underlåtenhet att uttryckligen ställa krav på auktorisation kan enligt NOU:s mening inte frånta en anbudsgivare ansvaret att senast vid avtalstidens början ha sådana tillstånd, behörighet eller auktorisation som erfordras för verksamhetens bedrivande.” — ”Den omständigheten att det hos den vinnande leverantören fanns personer som tidigare, för andra bolags räkning, utfört kontrolluppdrag åt Länstrafiken förändrar inte bedömningen. Som framgår av ovannämnda bestämmelser ställer lagen (1974:191) om bevakningsföretag krav på både företaget och dess anställda. Upphandlingskontraktet sluts med anbudsgivaren, dvs. den juridiska personen, och inte med de i företaget anställda personerna.”

Angående skattekontroll har NOU anfört bl.a. följande: ”I den aktuella upphandlingen har ingen skattekontroll av leverantören genomförts, trots kravet härpå i 6 kap. 9 § LOU och trots att Länstrafiken, enligt egen uppgift, vid samtliga stora trafikupphandlingar regelmässigt ställer krav på att blankett RSV 4820 skall vara ifylld samt klart uttalar att anbudsgivare som inte uppfyller kraven i 1 kap. 17 § LOU kan uteslutas från upphandlingen. En upphandlande enhet har möjlighet att anta ett anbud från en leverantör trots betalningsanmärkningar, förutsatt att enheten gjort en bedömning av dessa och inte funnit anledning att utesluta anbudsgivaren. Detta kan dock inte jämföras med det fall där ingen skattekontroll sker.” I övrigt hänvisar NOU till det som anförts i *NOU info december-98*, sid. 11-12.

NOU:s slutsats blev att bakgrunden till reglerna om kvalificering av leverantör (1 kap. 17 och 18 § eller 6 kap. 9 och 10 § LOU) är att leverantörerna skall visa sin finansiella, ekonomiska och tekniska förmåga inklusive sin hederlighet och solvens. ”Enligt NOU:s uppfattning är det därför anmärkningsvärt att Länstrafiken inte överhuvudtaget genomfört någon behörighets- eller skattekontroll av leverantören. Detta ger intrycket att Länstrafiken nöjt sig med att den aktuella personalen tidigare, som anställda i ett annat bolag, utfört kontroller. Genom att göra en kontroll av företagets skattebetalningar och formella förutsättningar för tjänstens utförande kan en upphandlande enhet bättre iaktta principen om lika behandling, undvika att tilldelning av kontrakt sker på slumpmässiga grunder och avsevärt minska risken för att den juridiska person man sluter avtalet med inte kommer att klara av att genomföra leverans under hela avtalsperioden.”

NOU har efter yttrandet erhållit en gemensam skrivelse från Länstrafiksbolagen med redogörelse för hur dessa sökt säkerställa att LOU:s regler efterlevs framdeles vid Länstrafikens i Örebro AB och Länstrafikens i Sörmland AB upphandlingar.

## Malmö stads riktlinjer avseende direktupphandling

*NOU har, efter granskning av riktlinjer för direktupphandling, vid nämndsammanträde den 26 januari 2000 uttalat att ”...även om det inte kan uteslutas att tilläggsuppdrag och underlag för fortsatt upphandling under vissa specifika förhållanden lagligen får direktupphandlas, utgör de inte några lämpliga exempel på situationer i vilka direktupphandling får tillämpas.” NOU ansåg vidare*

att sex basbelopp i allmänhet inte var ”lågt värde” (NOU:s ärende dnr 1999/0098-21).

NOU ansåg det viktigt att regler om direktupphandling inte används i andra sammanhang än i de avsedda samt att ”synnerliga skäl” för direktupphandling inte generellt sett kan omfatta ett tilläggsuppdrag. NOU skriver vidare: ”Att ingå ett muntligt avtal, vilket är möjligt vid direktupphandling, för en byggentreprenad på nästan 200 000 kr kan enligt NOU:s mening inte vara ett lämpligt anskaffningsförfarande annat än i rena force majeure-situationer eller vid upprepnings- eller tilläggsbeställningar som är nödvändiga att genomföra t.ex. i anslutning till en större entreprenad och tid för infordrande av anbud inte finns. För det mindre entreprenadföretaget med några få anställda är ett uppdrag på denna nivå ett attraktivt uppdrag. Det finns sannolikt många sådana företag som skulle vilja konkurrera om uppdragen. Att vända sig enbart till ett företag, och i upprepade upphandlingar kanske till samma företag, skapar lätt misstankar om svågerpolitik eller annat otillbörligt beteende. Ett alternativ som bör övervägas för att tillgodose uppkommande behov av snabba begränsade insatser är att teckna avropsavtal med några entreprenörer med en fastställd turordning dem emellan för avrop.

Viss vägledning kan hämtas från reglerna för upphandling över tröskelvärdena. Bestämmelserna om synnerliga skäl för direktupphandling kan jämföras med reglerna om förhandlad upphandling utan föregående annonsering, dvs. situationer då det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen men det föreligger synnerlig brådska som gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling och denna brådska är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.

Arbeten eller tjänster som (av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt) kan utföras av endast en viss leverantör samt tilläggsbeställningar inom en rimlig tid efter det ursprungligen upphandlade kontraktet bör upphandlas genom förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör. Detsamma kan gälla varor som framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader eller situationer liknande i 5 kap. 33 § LOU angivna förhandlingar efter en tävling. Övriga i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 § eller 5 kap. 17 § LOU angivna förutsättningar för förhandlad upphandling utan föregående annonsering utgör normalt inte sådana synnerliga skäl som vid upphandling enligt 6 kap. LOU kan leda till en direktupphandling, eftersom det där finns tid att infordra anbud, låt vara från endast en leverantör.

NOU anser vidare att tjänster, vilka utgör underlag för fortsatt upphandling, endast i undantagsfall får direktupphandlas. Generella beloppsgränser på sex basbelopp vid upphandling av byggentreprenader och fyra basbelopp för direktupphandling av intellektuella tjänster med betydelsefulla inslag av idéskapande, gestaltande eller konstnärlig karaktär är enligt nämndens mening för höga. Den i *Sammanställningen NOU-info 93-95, sid. 57* rekommenderade gränsen för dessa typer av direktupphandlingar är två basbelopp. I de generella reglerna kan ingå bestämmelsen att högre beloppsgränser kan användas vid specifika upphandlingar.

Den omständigheten att Malmö stad utgör en stor upphandlande enhet utgör inte heller anledning att generellt ha högre beloppsgränser än normalt. Stadens storlek

kan tvärtom innebära att det rimligen förekommer flera än enstaka direktupphandlingar av likartade varor, byggentreprenader och tjänster inom loppet av ett år. Sådana upprepade upphandlingar bör samordnas och ersättas av en formbunden upphandling, eventuellt syftande till ett avropsavtal. NOU påminner därför om bestämmelserna om beräkning av tröskelvärdena i 2, 3 och 5 kap. LOU. I dessa anges bl.a. att varje delvärde av kontraktet skall ingå i beräkningen av upphandlingens värde. Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna i nämnda kapitel. Options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats. Samma princip torde kunna tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket en direktupphandling får användas. Värdet av tjänster, vilka utgör underlag för fortsatt upphandling, bör därför i regel inte direktupphandlas separat utan räknas in i värdet av den fortsatta upphandlingen.

Reglerna i 1 kap. 4 § LOU gäller givetvis även vid direktupphandling. Skriftlighet och viss konkurrensutsättning kan rekommenderas då så är möjligt även vid sådana upphandlingar.”

## Upphandling av antikvarisk kontrollant

*NOU har vid nämndsammanträde den 25 februari 2000 yttrat sig till länsrätten i Vänersborg och anfört att NOU anser att en kyrklig samfällighet var skyldig att upphandla uppdraget som antikvarisk kontrollant enligt LOU (NOU:s ärende dnr 2000/0003-29).*

Frågan i ärendet var om beslut om tilldelning av kontrakt som antikvarisk kontrollant var undantaget från LOU och i så fall om ett avsteg från LOU har gjorts. NOU uppgav bl.a. följande: Vissa undantag från LOU görs i 2 kap. 11 och 13 §§ lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. (KML). ”Dessa undantagsbestämmelser gäller endast länsstyrelsens beslut om särskild utredning, arkeologisk förundersökning eller särskild undersökning. Undantagen bygger enligt motiveringen till lagändringen (prop. 1996/97:99 sid. 17f) på antagandet att nämnda länsstyrelsens beslut utgör myndighetsutövning, varför LOU inte är tillämplig. Som stöd för att myndighetsutövning är undantaget från tjänstedirektivets tillämpningsområde åberopas i förarbetena (prop. 1996/97:99 sid. 10) art. 66 och 55 i Romfördraget (Romfördragets lydelse före Maastricht), som gör undantag för verksamhet som hos medlemsstaten är förenad med utövandet av offentlig makt.” — ”Den antikvariska kontrollen, som det är fråga om i länsrättens mål, regleras dock inte av de ovannämnda undantagsparagraferna utan av bestämmelserna i 4 kap. 3 § KML. Undantag som kan gälla enligt 2 kap. 11 och 13 §§ KML kan enligt NOU:s mening inte utan lagstöd utsträckas att gälla även andra beslut enligt nämnda lag.” Det var den kyrkliga samfälligheten ”... som skulle sluta upphandlingskontraktet om kyrkans reparation och bära kostnaden för den antikvariska kontrollen. Uppdraget att upphandla kontrollanten kunde inte överföras på byggmästaren, som är skyldig att anlita den som anvisas.”

NOU besvarade därför länsrättens frågor med att den kyrkliga samfälligheten vid den aktuella tidpunkten var den upphandlande enhet som skulle ha genomfört upphandlingen av uppdraget som antikvarisk kontrollant. Klaganden i länsrättens

mål har lidit eller kunde komma att lida skada genom att samfälligheten inte syntes ha haft för avsikt att upphandla den aktuella tjänsten enligt LOU.

Länsrätten har ännu inte avgjort ärendet.

## Komplettering eller förhandling

*NOU har vid nämndsammanträde den 25 februari 2000 yttrat sig i frågan om ett anbud som inte uppfyller kraven kan repareras genom komplettering eller förhandling (NOU:s ärende dnr 1999/0220-21).*

Strömstads tingsrätt begärde att NOU skulle inkomma med ett sakkunnigutlåtande i ett skadeståndsmål där en kommun stämts av en anbudsgivare i en offentlig upphandling. Utlåtandet gällde frågan om kommunen brutit mot LOU då den antagit ett anbud från ett bolag (A) trots att dess anbud inte uppfyllde samtliga krav i förfrågningsunderlaget eller om kommunen haft rätt att med stöd av 6 kap. 8 § LOU eller på grund av rätten att förhandla med anbudsgivare kunnat medge rättelse, förtydligande eller komplettering.

Kommunen hade i en förenklad upphandling infordrat anbud på vågbrytande pontoner. I förfrågningsunderlaget angavs bl.a. följande. ”Anbudet skall dessutom omfatta lämpliga gjutna landfästen, landgångar, lämpligt antal belysningspunkter, beslag för förtöjning av fritidsbåtar, rördragning för el, tryckavlopp och vatten samt skvättskydd, höjd: 110 cm.”

I anbudet från bolaget A angavs bl.a. följande. ”Belysningsstolpar och elarbete samt VVS ingår ej.” Bolaget gjorde efter anbudstidens utgång två kompletteringar till anbudet. En av dessa avsåg 9 st. belysningsenheter av viss angiven typ.

NOU gjorde följande bedömning.

”Målet gäller en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU.

Bestämmelsen i 6 kap. 8 § LOU är i stort sett likalydande med motsvarande regel i 1 kap. 21 § första och andra styckena LOU för upphandlingar över aktuellt tröskelvärde.

Enligt första stycket i förstnämnda bestämmelse får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet.

Med hänsyn till att anbudet i fråga innehöll en uttrycklig förklaring att belysningsstolpar inte ingick i anbudet kan, enligt NOU:s mening, regeln om rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet inte vara tillämplig.

Enligt regeln i 6 kap 8 § andra stycket LOU och motsvarande regel i 1 kap. 21 § andra stycket får en upphandlande enhet medge att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Regeln i 1 kap 21 § andra stycket LOU har ingen motsvarighet i de bakomliggande EG-direktiven om offentlig upphandling, utan införlivar en av Rådet och EG-kommissionen gemensam förklaring: ”Rådet och kommissionen uttalar att i öppna och selektiva förfaranden all förhandling med anbudssökande och

anbudsgivare angående sådana grundläggande kontraktsförhållanden, i fråga om vilka ändringar skulle kunna snedvrída konkurrensen, och i synnerhet angående priset, är utesluten. Emellertid får diskussioner föras med anbudssökandena eller anbudsgivarna, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbudet eller kraven från de upphandlande myndigheterna, och under förutsättning att detta ej medför diskriminering.'

Beträffande innebörden av uttrycket klargöra eller komplettera anbud har generaladvokaten Lenz i mål C-87/94 EG-kommissionen mot Belgien, REG 1996 sid. 2043, uttalat följande. '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 inte var 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 med nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare' (punkt 37 och 38).

Det i tingsrättens mål aktuella anbudet innehöll den uttryckliga uppgiften att belyningsstolpar inte ingick. En ändring av uppgiften till att sådana stolpar ingår i anbudet till ett ändrat pris kan, enligt NOU:s mening, inte anses omfattas av bestämmelsen om förtydligande eller komplettering enligt ifrågavarande bestämmelse. Vidare kan en sådan ändring inte medges utan risk för särbehandling av en anbudsgivare på andra anbudsgivares bekostnad.

Vad härefter gäller frågan om ändringen i anbudet ryms inom förhandlingsrätten för förenklad upphandling, kan det konstateras att det i lagen inte anges vad som får behandlas i en förhandling eller i vilken utsträckning förhandling får äga rum. I definitionen av förenklad upphandling i 1 kap. 5 § LOU anges endast att den upphandlande enheten får förhandla med en eller fler anbudsgivare.

Gränserna för förhandlingsrätten får istället avgöras med ledning av de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling, framför allt likabehandlingsprincipen. EG-domstolen har i mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993 sid. 3353 (Storabältdomen), förklarat att en upphandlande enhet inte ägde rätt att uppta förhandlingar med en leverantör vars anbud inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Domstolen angav därvid att iakttagandet av likabehandlingsprincipen kräver att alla anbud uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget så att en objektiv jämförelse av inkomna anbud säkras (punkt 37).

I det nu aktuella målet hade kommunen uppställt som krav att anbudet skulle omfatta bl.a. "lämpligt antal belyningspunkter". I anbudet angavs uttryckligen att belyningsstolpar inte ingick. Anbudet uppfyllde därmed inte uppställda krav och kunde enligt NOU:s mening inte ligga till grund för förhandlingar med kommunen."



Sammanfattningsvis menade NOU att kommunen brutit mot LOU genom att anta det av bolaget A avgivna anbudet, eftersom kommunen inte hade rätt att medge rättelse, förtydligande eller komplettering enligt 6 kap. 8 § LOU eller på annan grund.

Tingsrätten har ännu inte avkunnat dom i målet.

## Regeringskansliets upphandling av företagsomstrukturering

*NOU har vid nämndsammanträde den 28 mars 20000 uttalat att även om en upphandling innehåller ett inslag av tjänster som inte omfattas av regelverket innebär detta inte att hela upphandlingen kan undantas från LOU:s bestämmelser. Ärendet behandlar även vikten av att skilja mellan A- och B-tjänster. (NOU:s ärende dnr 1999/0210-29).*

NOU fick genom uppgifter i massmedia kännedom om regeringskansliets upphandling av rådgivning och medverkan i omstrukturering av statens ägande i AssiDomän. Upphandlingens överensstämmelse med reglerna i LOU ifrågasattes. Frågorna huruvida upphandlingen av tjänsterna omfattas av LOU och om tjänsterna rätteligen tillhör avdelning A eller avdelning B i bilagan till LOU bedömdes av NOU vara av allmänt och principiellt intresse.

NOU tillskrev därför regeringskansliet och begärde att regeringskansliet skulle ange varför reglerna för förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU hade använts vid upphandlingen samt hur utvärderingen av anbuden hade skett.

Regeringskansliet anförde först endast att den aktuella upphandlingen enligt regeringskansliets uppfattning beslutats enligt gällande regler. I ett senare yttrande gjorde regeringskansliet en översiktlig beskrivning av uppdraget och anförde att upphandlingen gällde upphandling av tjänster i samband med avyttring av aktier i företaget. ”Den bedömning som gjordes vid upphandlingstillfället var att tjänsterna omfattades av det undantag för finansiella tjänster som finns i 5 kap. 1 § andra stycket 5 LOU. Principerna om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU skall alltid gälla vid upphandling och tillämpades också i detta fall genom att ett antal leverantörer inbjöds att lämna anbud.” — ”Upphandlingen överensstämde med reglerna i 6 kap. LOU. Det skulle kunna göras gällande att någon del av de nu aktuella tjänsterna ligger utanför en snäv tolkning av begreppet finansiella tjänster och att uppdraget innefattar moment som kan hänföras till avdelning B i bilagan till LOU, dvs. B 21, Juridiska tjänster eller kategori B 27, andra tjänster.”

NOU beslutade vid nämndsammanträde att avge följande yttrande. Efter redogörelse för vad som anges i direktiv 92/50/EEG och de svenska förarbetena uttalade nämnden: ”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 regeringskansliets förfrågningsunderlag 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. Regeringskansliets upphandling

omfattar en så väsentlig andel av tjänster vilka inte är undantagna att upphandling av dessa omfattas av LOU.

Frågan om tjänsterna rätteligen hör till avdelning A eller B i bilagan till LOU har, med hänsyn till upphandlingens värde på 44 miljoner kronor, betydelse för bedömningen av huruvida regeringskansliet har använt sig av rätt upphandlingsförfarande.

Angående upphandlingar som innehåller olika slags tjänster anges i 5 kap. 3 § LOU följande: En upphandling som avser tjänster enligt såväl avdelning A som avdelning B i bilagan, skall i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som avses i avdelning A om värdet av sistnämnda tjänster överstiger värdet av tjänster enligt avdelning B. Om värdet av tjänster enligt avdelning A understiger värdet av tjänster enligt avdelning B skall upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som avses i bilaga B.

NOU kan inte se att någon större andel av de ovan beskrivna tjänsterna kan hänföra sig till de av regeringskansliet angivna kategorierna B 21, juridiska tjänster eller kategori B 27, andra tjänster. Bedömningen att det inte rör sig om juridiska tjänster stöds av att förfrågningsunderlaget inte innehåller några krav på juridisk kunskap och att ingen av de angivna anbudsgivarna var en juristfirma. Kategorin 'andra tjänster' skall användas endast i undantagsfall om de andra kategorierna inte är tillämpliga. Regeringskansliet har inte visat att det iakttagit efterannonseringsskyldighet i 6 kap. 16 § LOU.

NOU anser mot bakgrund av förfrågningsunderlagets beskrivning att merparten av tjänsternas värde avsåg rådgivning, utredning av lämplig tidpunkt, förslag till bytesrelation och uppläggning av processen. Dessa utgör tjänster uppräknade i avdelning A, sannolikt en blandning av tjänster hänförliga till kategorier 6 (finansiella tjänster), 10 (marknadsundersökning) eller 11 (konsulttjänster för administration och organisation av företag). Värdet av sistnämnda tjänster överstiger värdet av tjänster vilka eventuellt skulle kunna falla under avdelning B. Den aktuella upphandlingen skall därför i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som avses i avdelning A. Det sammanlagda värdet på de tjänster som skall beaktas vid tröskelvärdesberäkningen överstiger med stor sannolikhet det i 5 kap. 4 § LOU angivna tröskelvärdet på 130 000 särskilda dragningsrätter, eller 1 157 000 kronor. Upphandlingen i sin helhet skulle således ha genomförts enligt reglerna i 5 kap. LOU. Regeringskansliet har därför underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt LOU och det bakomliggande direktivet 92/50/EEG bl.a. genom att inte publicera något meddelande om upphandlingen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning och genom att inte tillämpa det upphandlingsförfarande som föreskrivs i 5 kap. LOU."

NOU ansåg slutligen att regeringskansliets utvärdering låg "farligt nära en fri prövningsrätt, vilken enligt Högsta domstolens dom och NOU:s mening inte får förekomma."

## Rättsfall

### Mål i kammarrätt och länsrätt

- I *NOU info december -99* informerades om en dom från Länsrätten i Norrbottens län (mål nr 2028-99 E) och det uppgavs felaktigt att domen hade vunnit laga kraft. Länsrätten underkände kommunens invändning att avtal redan slutits genom en beställningsskrivelse. Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 21 december 1999 (mål nr 3552-1999) haft motsatt uppfattning. Kommunens överklagande bifölls och länsrättens dom upphävdes. Kammarrätten ansåg att avtalet var slutet genom beställningsskrivelsen och att länsrätten därför inte ägt att pröva ansökan. Kammarrättsdomen har vunnit laga kraft.

Kammarrätten anförde följande. ”Avgörande för hur den av avtalsparterna undertecknade beställningsskrivelsen skall tolkas är vad avtalsparterna avsåg när den upprättades.” Domstolen uppger vidare att kommunen avsåg mer än att enbart underrätta vald leverantör om att dess anbud antagits. Kammarrätten uppger vidare att ”Kommunens anmodan till [leverantören] att skriftligen godkänna och returnera skrivelsen talar för att kommunen, vilket kommunen också gjort gällande i målet, eftersträfvade att få till stånd ett bindande avtal om att nämnda bolag åtog sig att på i anbudet och kompletteringarna angivna villkor svara för driften av Gällivare flygplats under aktuell tidsperiod. [Leverantören] får antas ha haft motsvarande avsikt med sitt skriftliga godkännande. Enligt kammarrättens mening får beställningsskrivelsen därmed anses utgöra ett för kommunen och [leverantören] civilrättsligt bindande avtal.” Kommunens överklagande bifölls av kammarrätten och länsrättens dom upphävdes. Kammarrättsdomen har inte överklagats.

*NOU:s kommentar.* Med hänsyn till att andra domstolar har kommit till delvis andra slutsatser, se t.ex. Kammarrätten i Stockholm i mål nr 3657-1999 där avtal inte ansågs ha kommit till stånd enbart genom en beställning, måste rättsläget idag bedömas som oklart. NOU har i en skrivelse 99-08-27 till regeringen ansett det angeläget att ”regeringen uppmärksammar denna problematik och i kommande förslag till lagändringar eller uttalanden i förarbetena undanröjer de tveksamheter som för närvarande råder om tidpunkten för ett upphandlingsavtals ingående och upphandlingens avslutande”.

- Domen som meddelats av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3859-1999) som refererades i *NOU info oktober -99*, sid. 16-17 avseende definitionen av begreppet byggentreprenad har vunnit laga kraft.
- Domen som meddelats av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 5691-1999) och som refererades i *NOU info december -99*, sid. 25-26 vari konstateras att ett på givet sätt villkorat anbud inte utgör ett före anbudstidens utgång inkommet anbud i civilrättslig bemärkelse, har vunnit laga kraft.
- Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 31 januari 2000 (mål nr 3905-1999) prövat om en anbudsgivare, som utan framgång deltagit i en upphandling av arbetsmarknadsutbildning, hade rätt att ta del av allmän handling. Den antagne leverantören begärde att handlingarna skulle sekretessbeläggas avseende bl.a. lärarkompetens. Den upphandlande enheten kom fram till att handlingar som

redovisade lärarkompetens inte skulle offentliggöras. Kammarrätten ansåg att kompetensen hos de lärare som bedriver utbildning var ett konkurrensmedel. Mellan olika företag som bedriver utbildning kan vidare råda konkurrens om kompetenta lärare. Rätten gjorde därför den bedömningen att det av särskild anledning kunde befaras att den antagne leverantören kunde lida ekonomisk skada om de begärda uppgifterna röjdes.

- I *NOU info dec-99* informerades om en dom från Länsrätten i Dalarna (mål nr 2593-99 E) gällande Landstingets i Dalarna upphandling av beställningscentral för sjukresor. Länsrätten anger att kommunerna har ett betydande utrymme för att lägga delar av sin verksamhet på kommunala bolag utan att därigenom träffas av reglerna om offentlig upphandling.

Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 3480-1999) har i dom den 22 december 1999 prövat överklagandet av länsrättens dom. I domen anges att: "LOU reglerar inte frågan om en offentlig verksamhet skall bedrivas i egen regi eller utföras av annan juridisk person. Ej heller regleras i LOU i vilka former som kommuner kan samarbeta. Det förhållandet att en kommun bildar ett bolag i syfte att bolaget skall tillhandahålla kommunen en vara eller tjänst innebär, enligt Nämnden för offentlig upphandling, likväl inte att kommunen utan upphandling kan upphandla direkt av detta bolag. Av 5 kap. 2 LOU framgår dock att undantag får göras för det fall att bolaget har ensamrätt att utföra tjänsten. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 LOU, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Rom-fördraget." Kammarrätten ansåg utrett att landstingets beslut att ingå avtal med uppdrag för trafikhuvudmannen att bedriva beställningscentral åt landstinget "... i princip är att betrakta som en tjänsteupphandling. Att trafikhuvudmannen skall ha en ensamrätt att utföra denna tjänst framgår inte av lagen eller dess förarbeten." Kammarrätten beslutade att landstingets upphandling av beställningscentral skulle göras om.

Regeringsrätten har sedermera beslutat att meddela prövningstillstånd i målet. NOU återkommer när det finns ytterligare information i målet.

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen (HD) har den 30 november 1999 beslutat att inte meddela prövningstillstånd (mål nr T 1039-99) i ett mål från Svea hovrätt (mål nr T 1009-98) som avser drift och underhåll av vägar, parker, fastighetsmark m.m. i Danderyds kommun. Domarna från tingsrätt och hovrätt refererades i *NOU info mars -99*. Varken tingsrätt eller hovrätt ådömde kommunen att utge skadestånd. Tingsrätten konstaterade att kommunen brutit mot LOU, men att den klagande inte var att anse som leverantör enligt LOU eftersom företaget var underleverantör till det företag som ingivit anbud till kommunen. Hovrätten nöjde sig med att konstatera att den klagande inte var att anse som leverantör enligt LOU och prövade inte om kommunen brutit mot LOU.
- I *NOU info mars -97* informerades om en dom från Falu tingsrätt (mål nr T 122-95) avseende upphandling av färdtjänst. Tingsrätten ansåg att kommunen inte handlat felaktigt när den i sin bedömning enligt 1 kap. 22 § LOU också lagt in omständigheter hänförliga till t. ex. leverantörens yrkesutbildning och ekonomi.

Käromålet ogillades och något skadestånd dömdes inte ut. Svea hovrätt (mål nr T 1694-96) fastställde tingsrättens dom. Högsta domstolen (mål nr T 756-98) har beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet. Tingsrättens dom står därmed fast.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- Hovrätten för Övre Norrland har meddelat dom (T 6/97) i ett skadeståndsmål avseende en upphandling av en samordnad generalentreprenad avseende byggnadsarbeten för en ombyggnad genomförd av Överkalix kommun. Tingsrätten lämnade talan utan bifall och hovrätten fastställde tingsrättens domslut. Det klagande bolaget gick miste om generalentreprenaden därför att det inte godkände en antagen målerifirma och skall enligt domen ersätta Överkalix kommun dess rättegångskostnader. Domen har vunnit laga kraft.

Av hovrättens domskäl framkommer följande. Målet avser en upphandling av en s.k. samordnad generalentreprenad. Denna entreprenadtyp kännetecknas av att byggherren genomför upphandling såsom vid delad entreprenad, d.v.s. inforrar anbud på samtliga delar av entreprenaden, varefter en av entreprenörerna - vanligtvis byggentreprenören - förutsätts utses till generalentreprenör. Entreprenaden samordnas sedan på så sätt att kontrakten med övriga entreprenörer överförs till generalentreprenören, varefter byggherren endast kommer att stå i avtalsförhållande till den sistnämnda.

Hovrätten uppger vidare att Byggnads- och Kontraktsskommitté (BKK) som ansvarar för de i branschen allmänt tillämpade avtalsvillkoren har meddelat följande rekommendationer för tillvägagångssättet vid upphandling av samordnad generalentreprenad. Byggherren bör tidsmässigt planera upphandlingen så att avtal först träffas med generalentreprenören varefter upphandlingar av övriga entreprenörer bör ske i visst samråd med den utsedde generalentreprenören, som därigenom ges tillfälle att framföra synpunkter på blivande underentreprenörer eller tilltänkta avtalsvillkor. Av förfrågningsunderlagen till blivande underentreprenörer skall enligt BKK framgå att dessa entreprenader kommer att överföras till generalentreprenören, och att beställningar skall göras med förbehåll att blivande avtalsparter före överförande av avtalen lämnar sina godkännanden.

Hovrätten uppger att annat inte framkommer än att Överkalix kommun har ”valt att upphandla samtliga entreprenader avsedda att ingå i den samordnade entreprenaden samtidigt, vilket inte överensstämmer med det av BKK rekommenderade förfaringssättet. Vad gäller kommunens upphandling av generalentreprenör kan således konstateras att något sådant samråd mellan kommunen och bolaget angående övriga aktuella entreprenörer uppenbarligen inte skedde innan kommunstyrelsens arbetsutskott vid sammanträde den 18 september 1995 beslutade anta bolaget som samordnad generalentreprenör.”

Fråga i målet är inledningsvis om bindande avtal uppkommit mellan parterna.

Kommunen hänvisade vid upphandlingen till de administrativa föreskrifterna, AF 1.14, vari uppges att upphandlingen skulle ske genom att byggherren inforrade anbud och träffade avtal om de entreprenader som skulle ingå i generalentreprenaden, varefter samordning till generalentreprenad skulle ske

samt att generalentreprenören förutsattes överta beställarens samtliga rättigheter och skyldigheter som följde av avtalen med övriga entreprenörer. I föreskrifterna angavs vidare att beställningar skulle lämnas med förbehållet att en blivande avtalspart före överförandet av avtalet skulle lämna sitt godkännande.

Möjlighet föreligger att villkora beställningar med den förutsättningen att ett övertagande respektive ett överförande av avtal kommer till stånd och att det i ett sådant fall inte föreligger några slutliga avtal förrän beställningsförutsättningen är uppfylld. Ett sådant villkor innebär alltså att avtalets giltighet varit svävande intill dess villkoret uppfyllts.

Hovrätten uppger ”Bolaget har i sitt anbud till kommunen hänvisat till kommunens förfrågningsunderlag och får sålunda anses ha avgett sitt anbud i enlighet med detta. Härigenom måste bolaget också ha insett att förutsättningen för att bindande avtal skulle komma till stånd med kommunen var att bolaget i enlighet med villkoren i AF 1.14 förklarade sig acceptera att överta kommunens avtal med övriga entreprenader.

I målet är ostridigt att kommun antagit [en leverantör] såsom entreprenör för målnings- och golvlägningsarbeten. I likhet med tingsrätten finner hovrätten att bolagets reservation gentemot entreprenören, får ses som en vägran att överta ett av kommunen träffade avtal med denna entreprenör. Villkoret i avtalet om att generalentreprenören förutsätts överta beställarens samtliga rättigheter och skyldigheter som följer av avtalen med övriga entreprenörer har därmed inte uppfyllts varför bindande avtal inte kommit till stånd.”

Hovrätten lämnade överklagandet utan bifall och det klagande bolaget ådömdes utge ersättning för kommunens rättegångskostnader. Domen har vunnit laga kraft.

- Umeå tingsrätt har meddelat en dom (T 2112-98) avseende en förenklad upphandling av resebyråtjänster genomförd av Västerbottens läns landsting. Tingsrätten ogillade talan och den klagande leverantören ådömdes att ersätta landstinget dess rättegångskostnader. Domen har överklagats.

Tingsrätten uppger att anbudsinfordran inte gärna kan förstås på annat sätt än att utvärderingsformen det mest förmånliga anbudet gällt för upphandlingen. Fråga är i målet om landstinget haft rätt att inleda förhandlingar om priset med anbudsgivarna. Tingsrätten uppger att de vid anbudstidens utgång inkomna anbuden kan ha framstått som oförmånliga och att landstinget får bedömas ha haft affärsmässiga skäl att genomföra prispförhandlingar. Prispförhandlingarna bedömdes således ha varit förenliga med LOU:s regelsystem. Fråga är i målet också huruvida det strider mot LOU att vid anbud som bedöms vara likvärdiga välja den ene anbudsgivaren framför den andre under motivering av tidigare erfarenheter och omställningsproblem, utan att detta framgår av anbudsinfordran. Tingsrätten konstaterar att LOU inte anvisar hur en situation som denna skall lösas och genom att landstingets val av anbud varit affärsmässigt betingat strider det inte mot LOU. Talan ogillades och domen har överklagats till hovrätten.

## Offentlighet och sekretess

### Utlämnande av förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Sundsvall har delvis avslagit en begäran från en icke antagen anbudsgivare att få ta del av en konkurrents förfrågningsunderlag. Beslutet (mål nr 3905-1999) refereras på sid. 16.

## Miljö

*Hos EG-domstolen har anhängiggjorts ett mål (C-513/99), en begäran om förhandsavgörande från Finlands högsta förvaltningsdomstol, angående överprövning av en upphandling avseende busstrafik i Helsingfors.*

Köparen, Helsingfors stad, hade angett tre utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget; totalpriset, vagnparkens kvalitet och trafikidkarens kvalitets- och miljösystem. Kriterierna preciserades närmare i underlaget och beträffande vagnparkens kvalitet angavs bl.a. att anbudsgivare vars bussar släppte ut kväveoxid under vissa gränsvärden premierades extra genom ett angivet poängsystem.

En av anbudsgivarna ansåg att kriteriet angående kväveoxidutsläpp gick för långt med hänsyn till att det finns en tvingande standard (Euro 2-standard) som anger den högsta tillåtna mängden av utsläppet. Att gå utöver standarden skulle gynna några trafikidkare på andras bekostnad och utgöra ett hinder för etablering och den fria rörligheten för produktionsmedel. Vidare menade anbudsgivaren att kravet var oförenligt med direktiven eftersom kravet inte var relevant, såtillvida att de låga kväveoxidutsläppen inte var till fördel för Helsingborgs stad.

Den finska domstolen har därför ställt frågan till EG-domstolen bl.a. om det är förenligt med försörjningsdirektivet (93/38) att ställa krav på lägre kväveoxidutsläpp än den tvingande standarden.

Det är första gången EG-domstolen prövar frågan om miljöhänsyn i offentlig upphandling och målet kan komma att ge ytterligare vägledning där rättsläget för närvarande är oklart. NOU kommer att bevaka målet och återkommer närmast när generaladvokaten avgett sitt yttrande.

## Övrigt

### NOU:s remissvar avseende Upphandlingskommitténs betänkande (SOU 1999:139)

I *NOU info december -99* informerades om Upphandlingskommitténs förslag vad avser tillsynsmyndighetens organisation samt ändringar i 6 och 7 kap. LOU. Kommitténs förslag har remissbehandlats. En proposition om lagändringar kan förväntas överlämnas till riksdagen i maj och beslutas av riksdagen i höst. Lagändringarna beräknas därefter kunna träda i kraft den 1 januari 2001. NOU har i sitt remissvar, som beslutades vid nämndsammanträde 00-03-10 konstaterat att många av de förslag som lagts fram överensstämmer med förslag som NOU tidigare har fört fram.

Kommitténs förslag att NOU ska slås samman med Konkurrensverket och ombildas till en ny myndighet benämnd Konkurrens- och upphandlingsverket är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt underbyggt. NOU anser ”att tillsynsmyndighetens verksamhet även i fortsättningen bör handhas av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Nämnden, såsom mötesplats för ledamöter med olika erfarenhetsbakgrund och kompetens, behövs för att ge verksamhet och regelverk erforderlig förankring.”

Personalorganisationerna vid NOU:s kansli har vad gäller organisationsavsnittet redovisat uppfattningen att verksamheten vid tillsynsmyndigheten bör handhas av en enrådgivningsmyndighet med ett råd knutet till myndigheten. Om en nämndmyndighet av insynsskäl skulle anses lämpligast även framdeles, anser de att nämnden bör bestå av representanter för de organisationer från vilkas sida insyn bedöms lämplig. Motsvarande uppfattning har även uttryckts av kansliledningen i en avvikande mening till nämndens beslut.

Bland Upphandlingskommitténs uppdrag enligt direktiven ingick att definiera begreppet tillsyn. Eftersom det enligt NOU:s uppfattning inte har föreslagits någon definition i betänkandet har NOU lämnat ett förslag. I yttrandet föreslår NOU följande definition av begreppet tillsyn: ”Tillsynen utgörs av kontroll av regelefterlevnad”.

Möjligheten att väga in samhällspolitiska mål i upphandlingsprocessen begränsas av både LOU och gemenskapsrätten. Begreppet effektivitet bör i fråga om offentlig upphandling enligt NOU:s uppfattning ställas i relation till de traditionella, strikt ekonomiska målen. Sverige bör därför enligt NOU:s mening invänta EG-kommissionens tolkningsdokument, innan slutliga beslut tas om lagstiftning.

NOU välkomnar resonemanget om krav på ökad öppenhet genom annonsering även under tröskelvärdena. NOU anser emellertid att den obligatoriska annonseringen endast bör gälla när en upphandling beräknas överstiga en viss nivå, förslagsvis 300 000 kr. Hur denna annonsering skall gå till och genom vilka kanaler bör enligt NOU:s förmenande utredas ytterligare. Två ledamöter i nämnden ställde sig inte bakom uppfattningen om den obligatoriska annonseringen i de fall enheten tillämpar förenklad upphandling utan selektivt förfarande.

Förslaget om möjlighet för upphandlande enheter att begränsa antalet anbudsgivare genom att införa ett selektivt förfarande vid förenklad upphandling stöds av NOU.

NOU har avstyrkt förslaget som innebär att enheter vid förenklad upphandling får infordra anbud från endast en leverantör om särskilda skäl föreligger. NOU:s uppfattning är att om förslaget om en marknadsskadeavgift genomförs bör utfallet av denna möjlighet avvaktas innan en lagändring med nu aktuellt innehåll övervägs.

NOU stöder förslaget att något hårdare reglera att riktlinjer för direktupphandling skall finnas och vad de skall innehålla.

NOU delar uppfattningen att LOU bör förses med ett förstärkt sanktionssystem och att tillsynsmyndigheten bör ges ökade befogenheter, framför allt talerätt i överprövnings- och marknadsskademål. Härigenom ökar möjligheterna att komma tillrätta med t.ex. otillåtna direktupphandlingar. NOU tillstyrker förslaget att



branschorganisationer ges talerätt i överprövningsmål men avstyrker förslaget att leverantörer ges talerätt i marknadsskademål. Det finns enligt NOU:s mening ingen rimlig anledning för en enskild att för statens räkning utkräva en marknadsskadeavgift i de fall staten bestämt sig för att avstå från att föra talan om avgiften. Tvärtom kan risken för missbruk inte uteslutas. NOU instämmer i att tillsynsmyndigheten ges möjlighet att medverka till att tvister löses på lägsta möjliga nivå.

NOU tillstyrker förslaget att preskriptionstiden för talan om skadestånd och marknadsskadeavgift i 7 kap. förlängs från nuvarande ett år till två år. Två av NOU:s ledamöter ansåg att preskriptionstiden även fortsättningsvis skall vara ett år.

## Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Utredningen om sjukvårdsupphandling har överlämnat betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (SOU 1999:149). Betänkandet, som inte innehåller några större avvikelser från det som NOU tidigare anfört i sina ärenden och yttranden, anger i huvudsak följande: ”Utredningen har funnit att hälso- och sjukvårdstjänster och andra s.k. B-tjänster inte är uteslutna från EG-direktiv. Dessa tjänster är heller inte uteslutna från tillämpningen av LOU.” Utredningen föreslår att en erinran om upphandlingsreglernas tillämplighet tas in i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) och att lagen skall innehålla definitioner av vårdavtal och samverkansavtal.

*Vårdavtal* är avtal genom vilka parterna fritt kommer överens om verksamhetsinriktning, åtagande, omfattning, lokalisering, ersättningsformer m.m. och vilka skall upphandlas enligt LOU.

*Samverkansavtal* ingås via de statligt reglerade ersättningssystemen för läkarvårdsersättning och ersättning för sjukgymnastik. Dessa ersättningsformer och ersättningsnivåer styrs av lagar och förordningar d.v.s. lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning (LOL) och förordningen (1994:1651) om läkarvårdsersättning resp. lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik (LOS) och förordningen (1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik. Enligt utredningens bedömning får samverkansavtal ”... ses som ett utflöde av en offentligrättslig reglering. Vid tecknande av samverkansavtal föreligger inte någon konkurrenssituation mellan olika vårdgivare eftersom alla erbjuder samma ekonomiska villkor.” I betänkandet görs därför bedömningen att det *inte* föreligger någon upphandlingssituation då landstinget tecknar avtal med enskilda läkare och sjukgymnaster. Det föreligger enligt utredningens bedömning inte någon upphandlingssituation vid ett landstings tecknande av vårdavtal med enskilda vårdgivare *som redan innan avtalet ingås* omfattas av ersättningslagarnas bestämmelser.

Utredningen anser vidare att sjukvårdshuvudmännens anskaffning av tandvårdstjänster och sjukvårdstjänster hos företagshälsovård och av telemedicinska tjänster skall föregås av upphandling.

LOU är enligt utredningen tillämplig vid landstings och kommuners anskaffning från sina *hel- och delägda bolag* och när upphandlande enheter avser att ingå avtal med *avknoppad verksamhet*.

Betänkandet innehåller i övrigt en sammanfattande beskrivning av det aktuella rättsläget vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt olika överväganden om upphandlingsförfarandet, avtalstidens längd och vissa arbetsrättsliga frågor.

## NOU:s nyhetsbrev december 1999

Upphandlingsområdet har fått en mindre smickrande men rejäl uppmärksamhet i massmedia under senare tid. Inga namn nämnda, men jag suckar över hur det brister såväl i om- som föredöme här och var. Det är *inte* vars och ens ensak hur man vill göra bedömningar vid offentlig upphandling. Det finns en lagreglering runt detta. Är det verkligen obekant?

På förekommen anledning måste NOU påpeka att myndigheten *inte* får syssla med rådgivning på upphandlingsområdet utan enbart med allmän information. De myndigheter eller organisationer som inte har egen juridisk kompetens måste således vända sig till advokater eller andra konsulter, när det föreligger behov av att diskutera enskilda upphandlingsärenden.

Detta årtusendes sista nyhetsbrev från NOU innehåller information om *stora förändringar som föreslås på upphandlingsområdet*. Upphandlingskommittén har t.ex. tänkt sig en ökad öppenhet genom betydigt strängare krav på annonsering samt en bättre regelefterlevnad genom flera och tuffare sanktioner än tidigare. En förstärkt tillsyn föreslås förlagd till ”Konkurrens- och upphandlingsverket”, en ny myndighet som skall bestå av ett sammanslaget Konkurrensverk och NOU. Upphandlingskommitténs förslag är föremål för remissförfarande.

EU:s lagstiftningspaket och tolkningsmeddelanden dröjer. Fortfarande diskuteras t.ex. införandet av ”competitive dialogue” (ett förfarande med vissa förhandlingsmöjligheter) och möjligheterna att teckna ramavtal med flera leverantörer. Utlovade tolkningsmeddelanden på miljöområdet och för finansiella tjänster kommer inom något halvår.

En riktigt **God jul och ett Gott nytt upphandlingsår**, bl.a. med hjälp av vår tämligen nya sökmotor på hemsidan, önskar

Margareta Hentze

*Innehåll*

LOU – lagen om offentlig upphandling .....	3
Förslag till strategi för den inre marknaden .....	3
Utredningen om NOU .....	3
Tillsynsmyndighetens organisation.....	3
Tillämpning av LOU .....	4
Upphandling i tredje land.....	4
Kommuns köp från organisation där kommunen är medlem .....	4
Kommuns köp från eget bolag .....	5
Tröskelvärden .....	5
Nya tröskelvärden .....	5
Krav som får ställas på leverantörer.....	5
Rätt att åberopa annat företags kapacitet.....	5
Begära bevis av anbudsgivare.....	6
Förfrågningsunderlaget.....	6
Utlämnande av förfrågningsunderlag.....	6
Tydliga förfrågningsunderlag.....	6
Upphandlingsförfaranden .....	6
Talan om fördragsbrott - pågående mål .....	6
Prövning av anbud.....	7
Villkor i anbud .....	7
Upphandling inom försörjningssektorerna .....	7
Privata företag och LOU .....	7
Prekvalificeringssystem .....	7
Upphandling under tröskelvärdena.....	8
Upphandlingskommitténs förslag till ändringar i 6 kap. LOU .....	8
Förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör .....	9
Statistik .....	9
Upphandlingar över tröskelvärdena .....	10
Upphandlingar under tröskelvärdena .....	12
Rättsmedel .....	13
Upphandlingskommitténs förslag till nya regler i 7 kap. LOU .....	13
Överprövning av beslut om tilldelning av kontrakt.....	14
NOU:s tillsyn.....	14
NOU:s tillsyn över sjukhusens upphandlingar .....	14
NOU:s ärenden och yttranden .....	14
Prekvalificeringssystem .....	14
Upphandling av avfallshantering m.m. för Göteborgs stad.....	15
Direktupphandling av rekrytering av chef.....	16
Rättsfall .....	18
Mål i EG-domstolen.....	18
Mål i kammarrätt och länsrätt .....	24
Skadeståndsmål i Högsta domstolen .....	27
Miljö .....	28
Övrigt.....	28
Frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster.....	28
Utredning om statliga bolag .....	28
Dokumentation.....	28

*NOU info*

ges ut av Nämnden för  
offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer fyra  
gångar per år

Prenumeration: Fritzes,  
Stockholm  
Telefon: 08 - 690 91 80  
Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

*NOU info* finns också på  
NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan, t.ex.  
"*NOU info december -99*"

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Förslag till strategi för den inre marknaden

EG-kommissionen har utvecklat sina idéer om en strategi för den inre marknaden de närmaste fem åren. De två grundläggande målen är att

- - stärka den europeiska ekonomins konkurrenskraft och
- - höja EU-medborgarnas livskvalitet.

Av denna anledning läggs fyra strategiska delmål fram som skall tjäna som referensram för utformningen av politiken. De fyra strategiska målen är:

1. att höja medborgarnas livskvalitet;
2. att göra gemenskapens marknader för produkter och kapital effektivare;
3. att förbättra företagsvillkoren; och
4. att utnyttja den inre marknaden fördelar i en föränderlig värld.

Alla initiativ som berör den inre marknaden kommer att vara knutna till ett eller flera av målen. Regelverk för enskilda sektorer, såsom för offentlig upphandling, skall infogas i den övergripande ramen så det blir tydligt hur de är avsedda att bidra till den inre marknaden grundläggande mål.

I strategiskt mål 2 ingår att undanröja kvarvarande hinder för handel över gränserna med varor och tjänster och se till att nya hinder inte uppkommer. En otillräcklig tillgång till de nationella marknaderna för offentlig upphandling har redan tidigare uppmärksamats. Inom strategiskt mål 3 avser kommissionen att lägga fram förslag för att modernisera och effektivisera regelverket för offentlig upphandling.

Ytterligare framsteg i frihandelsvänlig riktning är ett av unionens viktigaste mål och offentlig upphandling står redan på dagordningen.

En slutlig strategi kommer att utformas som ett meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet.

### Utredningen om NOU

Upphandlingskommittén, som sedan den 12 maj 1999 har en parlamentarisk sammansättning, har nu lagt fram ett delbetänkande ”Effektivare offentlig upphandling. För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt” (SOU 1999:139) med förslag till ändringar av LOU samt ny organisation för tillsyn av offentlig upphandling.

Förändringarna i LOU berör främst 6 kap. och 7 kap. LOU. Förslagen till ändringar i 6 kap. LOU redovisas kort under Upphandling under tröskelvärdena, sid 8 och förslagen till ändringar av 7 kap. (skadeståndsregler och nya rättsmedel) berörs under Rättsmedel, sid 20.

### Tillsynsmyndighetens organisation

NOU är en s.k. nämndmyndighet. Kommittén skulle enligt direktiven utreda bl. a. alternativa styrformer för myndigheten.

Kommittén har föreslagit en sammanslagning av Konkurrensverket och NOU till ett Konkurrens- och upphandlingsverk. Denna myndighet skall ha en tillsynsuppgift på upphandlingsområdet av ungefär samma karaktär som NOU har idag men med den skillnaden att den, förutom att kontrollera regelefterlevnad, även skall *främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling*. Den nya tillsynsmyndigheten kommer enligt förslaget bli kraftigt förstärkt och att få större befogenheter i flera avseenden, t ex genom nya rättsmedel.

## Tillämpning av LOU

### Upphandling i tredje land

Med anledning av en fråga som NOU har fått från en upphandlande enhet vill NOU klargöra att upphandlingar som svenska upphandlande enheter gör avseende projekt i tredje land, d.v.s. land utanför EU, omfattas av LOU utom i de fall som behandlas i 1 kap. 3 § LOU. I de senare fallen styrs upphandlingen oftast av andra upphandlingsregler som överenskommits mellan parterna, t.ex. FN:s upphandlingsregler.

Annonsunderlag för annonsering över tröskelvärdena får även sändas till leverantörer i det aktuella landet, men först efter avsändandet till publikationskontoret i Luxemburg.

### Kommuns köp från organisation där kommunen är medlem

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande (mål C-107/98 Teckal Srl) behandlat en fråga som gällde en kommuns tilldelning av ett tjänstekontrakt till en sammanslutning av kommuner i vilken kommunen i fråga var medlem. Föremålet för tvisten gällde ett köp av produkter och ett uppdrag avseende driften av en värmeanläggning. Kontraktet hade lagts ut utan upphandling.

EG-domstolen förklarade att direktivet gäller för avtal som slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i det fallet att den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla. Direktivet är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet.

Målet gällde tolkning av varudirektivet. Se referat av domen på sid. 20.

NOU har i sin rapport ”Kommuners och landstings köp från sina egna företag m.m.” (dnr 165/97-29), angett att LOU går längre än direktiven och inom den klassiska sektorn inte tillåter kommuns eller landstings köp från egna företag utan att köpet föregåtts av upphandling. För närvarande pågår en utredning inom Justitiedepartementet som skall se över LOU i denna del.

## Kommuns köp från eget bolag

NOU har i ett ärende uttalat att en kommun inte får anskaffa tjänster direkt från ett eget bolag utan föregående upphandling enligt LOU. Detta gäller oavsett om bolaget är helägt eller ägs tillsammans med andra intressenter. Se NOU:s ärende (221/98-26) som refereras på sid. 15.

## Tröskelvärden

### Nya tröskelvärden

EG-kommissionen har fastställt nya tröskelvärden att gälla från och med den 1 januari år 2000. Värdena har dock ännu inte publicerats i EGT, varför de i skrivande stund inte är officiella.

	<i>Tröskelvärdena uttryckta i</i>	
	EURO	SEK
Byggentreprenader	5 000 000	43 900 000
Varor och tjänster		
<i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	400 000	3 512 000
<i>-telesektorn</i>	600 000	5 628 000
<i>Statliga myndigheter</i>	SDR 130 000	1 223 159
<i>Övriga upphandlande enheter</i>	200 000	1 756 000
Förhandsannonsering	750 000	6 585 000

*Andra omräkningstal av intresse:*

80 000 euro motsvarar 702 400 kronor (delkontrakt vid upphandling av tjänster)

1 000 000 euro motsvarar 8 780 000 kronor (delkontrakt vid upphandling av entreprenader)

När tröskelvärdena publicerats (sannolikt i januari år 2 000) kommer de att införlivas i svensk rätt genom en ny tröskelvärdesförordning. När förordningen antagits kommer den att läggas ut på NOU:s hemsida.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Rätt att åberopa annat företags kapacitet

EG-domstolen har meddelat ett förhandsavgörande (mål C-176/98 Holst Italia SpA) gällande frågan huruvida en leverantör i en upphandling äger rätt att åberopa annat företags kapacitet. Tvisten uppkom i en upphandling där ett företag inte kunde för egen del efterkomma de begärda uppgifterna beträffande omsättning och erfarenhet av den typ av verksamhet som upphandlingen gällde.

EG-domstolen förklarade att direktivet ger en leverantör rätt att åberopa andra enheters kapacitet under förutsättning att leverantören kan bevisa att han förfogar över de resurser hos enheten som krävs för att fullgöra kontraktet. Se vidare referat av domen på sid. 21.

## Begära bevis av anbudsgivare

NOU har fått många samtal om hur en upphandlande enhet kan begära att anbudsgivare bevisar att de uppfyller ställda krav i en upphandling. Det kan därför vara lämpligt att återigen hänvisa till förordningen (SFS 1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. I förordningen, vilken trädde i kraft den 1 januari 1999, ges en rad exempel på sådana bevis som en upphandlande enhet kan begära avseende anbudsgivares *ekonomiska och finansiella* ställning. Exempelen är inte uttömmande, utan den upphandlande enheten kan även begära andra typer av bevis. När det däremot gäller bevis avseende anbudsgivares *tekniska förmåga och kapacitet*, är uppräknningen av de typer av bevis som räknas upp i förordningen exklusiv. Den upphandlande enheten är således begränsad i sitt urval. Förordningen återfinns på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se), under rubriken ”upphandlingsregler”. Jämför också annonsblanketterna för upphandling över tröskelvärdena jämte kommentarer.

Observera dock att förordningen endast gäller för den klassiska sektorn, dvs upphandlingar som omfattas av 2, 3 och 5 kap. LOU. För försörjningssektorerna som omfattas av 4 kap. LOU saknas motsvarande regler.

## Förfrågningsunderlaget

### Utlämnande av förfrågningsunderlag

På förekommen anledning vill NOU påpeka att förfrågningsunderlag inte måste beställas skriftligen. Begäran om förfrågningsunderlag omfattas inte av 1 kap. 19 § LOU som stadgar att ansökningar om deltagande i anbudsgivning skall avges skriftligen.

### Tydliga förfrågningsunderlag

Flera domar från länsrätt och kammarrätt pekar på att domstolarna i hög grad lägger vikt vid klara formuleringar av förfrågningsunderlagets krav och kriterier. Se bl.a. länsrätternas i Göteborg och i Södermanlands län domar på sid. 25 och 26.

## Upphandlingsförfaranden

### Talan om fördragsbrott - pågående mål

EG-kommissionen har väckt talan i EG-domstolen mot Tyskland i anledning av en upphandling avseende uppförandet av en dentalklinik och operationsavdelningar vid universitetssjukhuset i Würzburg. Upphandlingen genomfördes som en förhandlad upphandling med föregående annonsering. Kommissionen, som stöder sin talan på att detta förfarande endast får användas i undantagsfall, hävdar att de tyska myndigheterna inte har visat att omständigheterna varit sådana att förhandlat förfarande varit motiverat.

Kommissionen har vidare väckt talan mot Grekland i ett ärende som gäller upphandling av läderbälten. De grekiska myndigheterna använde sig av påskyndat förfarande. Kommissionen menar att förutsättningarna för sådant förfarande inte var



uppfyllda. Vidare hävdar Kommissionen att det har skett en sammanblandning av selekteringskrav och utvärderingskriterier.

NOU återkommer om de båda målen när dessa avgjorts av EG-domstolen.

## Prövning av anbud

### Villkor i anbud

Kammarrätten i Göteborg har i en på sid. 25 refererad dom kommit fram till slutsatsen att ett anbud, som förenats med villkor om styrelsens senare godkännande, kunde förkastas då det inte utgjorde ett före anbudstidens utgång inkommet anbud i civilrättslig bemärkelse.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Privata företag och LOU

Privata företag omfattas inte av reglerna avseende den klassiska sektorn. Däremot finns bestämmelser i 4 kap. LOU (1, 7a §§) vilka innebär att privata företag i vissa fall omfattas av reglerna i försörjningssektorerna. Privata företag, som bedriver sådan verksamhet som beskrivs i 4 kap. 1 § LOU, omfattas av LOU om de bedriver verksamheten med särskilt tillstånd (speciellt eller exklusivt tillstånd). Särskilt tillstånd innefattar enligt 4 kap 1 § 3 st. LOU också de fall då företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning kan utnyttja en rätt att expropriera eller använda egendom, eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, samt även de fall då företag som producerar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme levererar detta till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd.

För mindre, privata, producenter finns vissa undantag. Vad avser producenter av dricksvatten och elektricitet, vilka i första hand producerar för egen verksamhet, undantas om de i genomsnitt under de tre senaste åren inte levererat mer än 30 procent av sin totala produktion ut på nätet (4 kap. 7a § 1 p. LOU).

För producenter av gas eller värme finns ett liknande undantag. Här beräknas dock inte omfattningen av leveransen, utan hur stor del av organisationens omsättning som leveransen utgör. Undantaget innebär att i de fall produktionen av gas och/eller värme är en oundviklig följd av drivandet av annan verksamhet (som inte består av produktion av dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller transport av såna nyttigheter) och syftet med leveransen till ett fast nät är att ekonomiskt utnyttja det uppkomna överskottet, omfattas organisationen inte av LOU. Förutsättningen för att undantaget är tillämpligt är att leveransen till det fasta nätet uppgår till högst 20 procent av organisationens omsättning, beräknat på ett genomsnitt för de senaste tre åren (4 kap. 7a § 2 p. LOU).

### Prekvalificeringssystem

Inom försörjningssektorerna har upphandlande enheter möjlighet att tillämpa s.k. prekvalificeringssystem. Syftet med ett sådant system skall vara att ersätta det första steget, kvalificeringsfasen, vid selektiv och förhandlad upphandling, i vilken den

upphandlande enheten ställer krav på leverantörerna. Reglerna i LOU och EG-direktivet för försörjningssektorerna är inte helt uttömmande vad gäller användningen av prekvalificeringssystem. EG-kommissionen utreder för närvarande hur sådana system skall kunna utformas. NOU har därför avslutat ett ärende avseende prekvalificeringssystemens utformning med endast vissa begränsade synpunkter. Se referat av NOU:s ärende på sid. 14.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Upphandlingskommitténs förslag till ändringar i 6 kap. LOU

6 kap. LOU omfattar upphandlingar under de tröskelvärden som anges i 2 till 5 kap, upphandling av B-tjänster oavsett värde, upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet samt upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning.

Kommitténs syfte med förslagen till ändringar av 6 kap. LOU är att förtydliga reglerna för upphandling under tröskelvärdena och att i vissa fall föra reglerna närmare dem som gäller för upphandling över tröskelvärdena.

Kravet på upphandlande enheter att fastställa *riktlinjer för direktupphandling* har skärpts (6 kap. 2 §). Sådana riktlinjer skall fastställas i alla fall utom då det är uppenbart onödigt, exempelvis om den upphandlande enheten gör så få direktinköp att de totalt sett endast uppgår till mindre belopp. Anledningen till skärpningen är att kommittén anser att i princip alla upphandlande enheter har ett behov av att ha fastställda riktlinjer.

En betydelsefull nyhet i förslaget är en skyldighet för upphandlande enheter att vid förenklad upphandling infordra anbud genom *publicering av annons* i en databas som är godkänd av Konkurrens- och upphandlingsverket (6 kap. 10 §).

Vidare föreslås ett *krav på tvåstegsförfarande* också vid förenklad upphandling efter mönster av bestämmelsen i 1 kap. 20a § (6 kap. 16 §). Dock görs i den föreslagna bestämmelsen undantag för situationer där särskilda skäl föreligger.

En ny upphandlingsform, *förenklad selektiv upphandling*, föreslås också (1 kap. 5 § och 6 kap. 3 §). Formen är en variant av förenklad upphandling som innebär att alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, varefter den upphandlande enheten kan välja ut ett begränsat antal leverantörer som får delta i anbudsgivningen. *Ansökningsinbjudan* vid förenklad selektiv upphandling skall annonseras i en elektronisk databas som godkänts av tillsynsmyndigheten. Den *upphandlande enheten får inte pröva anbud från leverantörer som inte kvalificerat sig i enlighet med de krav som uppställts i förfrågningsinbjudan* (6 kap. 15 §).

Enligt en ny regel i förslaget ges upphandlande enheter möjlighet att, då särskilda skäl föreligger, infordra *anbud från endast en leverantör* vid upphandling under tröskelvärdena (6 kap. 4 §). Av författningskommentaren framgår att med särskilda skäl skall förstås sådana situationer som över tröskelvärdena medger förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vidare har det föreslagits att det skall vara möjligt att ha *formgivningstävlingar vid upphandlingar under tröskelvärdena* (6 kap. 5 §). Även denna regel är skriven efter mönster från reglerna som gäller över tröskelvärdena.

En regel med krav på att *förfrågningsunderlaget skall vara så tydligt som möjligt och krav på vad underlaget bör innehålla* har hämtats från tidigare gällande regelsystem (upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementet) och föreslås införas i 6 kap. 6 §. En viktig förändring beträffande utvärderingskriterierna föreslås (6 kap. 6 § 7 p). De upphandlande enheterna måste sålunda ange *utvärderingskriteriernas angelägenhetsgrad* i förfrågningsunderlaget vid förenklad upphandling. Undantag medges endast om särskilda skäl föreligger.

Även *den juridiska personens företrädare* eller någon som handlar på dennes vägnar föreslås omfattas av grunderna för uteslutning av anbudsgivare på grund av *brott i yrkesutövningen* och på grund av *allvarligt fel i yrkesutövningen* (6 kap. 13 §).

En *skärpning av dokumentationsplikten* föreslås, som anger att samtliga beslut och vad som i övrigt förekommit i upphandlingsförfarandet skall dokumenteras (6 kap. 19 §). Förslaget medför att även direktupphandlingar skall dokumenteras.

Rätten till prövning av för sent inkommet anbud har utvidgats (6 kap. 15 §). *Prövning av för sent inkomna anbud* kommer att kunna göras om det är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande. Sådana situationer är, enligt kommitténs betänkande, omständigheter av force majeure-karaktär.

Nu gällande LOU innehåller inga uttryckliga *regler mot jäv och mutor*. Enligt förslaget rörande jäv skall ett anbud få förkastas om det finns risk för otillbörlig särbehandling. En bedömning av detta skall enligt författningskommentaren göras i varje enskilt fall med iakttagande av affärsmässighetskravet i 1 kap 4 §. Reglerna avseende mutbrott och bestickning återfinns i 20 kap 2 § respektive 17 kap 7 § brottsbalken.

Avslutningsvis har en möjlighet införts som ger den upphandlande enheten rätt att överenskomma med en leverantör att vidta ändringar i avtalade villkor efter det att avtal tecknats (6 kap. 24 §). Enligt författningskommentaren är bestämmelsen avsedd för ”avtal som sträcker sig över en längre tid, t. ex. ramavtal”, där ändrade förutsättningar kan medföra berättigade skäl att vidta justeringar i redan upphandlade avtal. Exempel på sådana skäl är snabb teknisk utveckling under avtalsperioden eller snabbt sjunkande marknadspriser.

## Förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör

Normalförfarandet vid upphandling enligt 6 kap. LOU är förenklad upphandling med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. När dessa är begränsade kan en upphandlande enhet använda sig av förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör. Skillnaden måste dock göras mellan ett sådant fall och reglerna om direktupphandling. Se närmare om NOU:s åsikter om detta och förutsättningarna för direktupphandling i referatet av NOU:s ärende på sid. 16. Se också Kammarrättens i Stockholm dom på sid. 26.

## Statistik

Statistiken över upphandlingar som slutfördes under 1998 är nu klar och en sammanställning av resultaten redovisas nedan.

De värden som redovisas i nedanstående sammanställningar är dock inte helt tillförlitliga. Det finns fortfarande stora brister i efterannonseringen. Andelen efterannonserade upphandlingar har minskat trots att detta är en skyldighet enligt LOU och en av de grundläggande förutsättningarna för att kravet på öppenhet (transparens) skall kunna anses uppfyllt. De upphandlande enheter som har efterannonserat lämnar däremot i allmänhet mer fullständiga uppgifter. Ett antal upphandlingar har dessutom avbrutits utan att detta meddelats till Publikationskontoret.

## Upphandlingar över tröskelvärdena

### *Antal och värde av rapporterade upphandlingar*

En uppdelning av upphandlingen över tröskelvärdena på olika typer av upphandlande enheter ger följande värden i miljoner kronor och antal upphandlingar.

### *Över tröskelvärdena – 1998 med jämförelse 1996 och 1997*

Klassiska	Varor		Tjänster		Entrepr		Totalt	
	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal
Kommuner	8 822	346	5 848	628	631	31	15 301	1 005
Landsting	6 291	303	2 720	101	337	5	9 348	409
Staten	2 052	185	5 406	373	3 755	49	11 213	607
Övriga	661	48	1 298	87	1 043	29	3 002	164
<b>Summa 1998</b>	<b>17 826</b>	<b>882</b>	<b>15 272</b>	<b>1 189</b>	<b>5 766</b>	<b>114</b>	<b>38 864</b>	<b>2 185</b>
Summa 1997	21 297	1 076	11 707	575	7 595	80	40 599	1 731
Summa 1996	14 216	890	9 352	476	3 864	58	27 432	1 424
<b>Försörjn. -98</b>	<b>1 253</b>	<b>74</b>	<b>4 872</b>	<b>108</b>	<b>1 564</b>	<b>72</b>	<b>7 689</b>	<b>254</b>
Försörjn. -97	3 426	108	1 658	77	2 293	55	7 377	240
Försörjn. -96	2 499	95	10 610	60	2 904	49	16 013	204
<b>Totalt 1998</b>	<b>19 079</b>	<b>956</b>	<b>20 144</b>	<b>1 297</b>	<b>7 330</b>	<b>186</b>	<b>46 553*)</b>	<b>2 439</b>
Totalt 1997	24 723	1 184	13 365	652	9 888	135	47 976**)	1 971
Totalt 1996	16 715	985	19 962	536	6 768	107	43 445	1 628

\*) varav c:a 40 % av värdet gäller B-tjänster

\*\*\*) varav c:a 20 % av värdet och 25 % av antalet gäller B-tjänster

*Kommentar:* Ovanstående siffror (liksom siffrorna i övriga tabeller) skall tolkas mycket försiktigt. Skillnaderna mellan två år kan vara mycket stora framför allt på grund av att det träffas många stora avtal som löper på flera år.

### *Tillämpade upphandlingsförfaranden*

En uppdelning på de tre upphandlingsförfarandena visar att det helt dominerande förfarandet inom den klassiska sektorn även under 1998 var öppen upphandling.

Inom försörjningssektorerna, som har ett liberalare regelverk när det gäller val av förfarande, dominerar fortfarande förhandlat förfarande med annonsering men öppen upphandling har ökat.

## Tillämpade förfaranden i procent av antalet efterannonserade upphandlingar

	Klassiska sektorn					Försörjningssektorerna			
	Ö	Sel	Förh	B-tj.	Totalt	Ö	Sel	Förh	Totalt
<b>1998</b>	<b>74</b>	<b>7</b>	<b>5</b>	<b>14</b>	<b>100</b>	<b>33,5</b>	<b>4</b>	<b>62,5</b>	<b>100</b>
1997	79	8	5	8	100	22	2,5	68,5	93 <sup>*)</sup>
1996	81	10	3	6	100	28	4,5	67	99,5 <sup>*)</sup>

<sup>\*)</sup> För åren 1996 och 1997 redovisades andelen efterannonserade upphandlingar där kvalificeringssystem använts. Någon sådan särredovisning har inte gjorts för 1998.

## Vad har upphandlats inom den klassiska sektorn?

## TJÄNSTER, klassiska sektorn

(Siffrorna inom parentes anger placeringen värdemässigt 1997/1996)

Tjänstekategori			Antal	Värde
			upph. (milj.kr)	
1. (3/1)	2	Landtransport utom postbefordran	130	3 190
2. (6/5)	7	Datatjänster	113	1 999
3. (7/-)	27	Övriga tjänster (B-tjänster)	35	1 529
4. (4/6)	14	Fastighetsförvaltning inkl. städning	146	1 446
5. (2/2)	25	Hälso- och sjukvård samt socialtjänst (B-tjänster)	48	1 439
6. (3/7)	24	Utbildning (B-tjänster)	159	1 361
7. (9/-)	12	Arkitekt-, ingenjers-, konstruktörstjänster m.fl.	81	916
8. (8/4)	16	Tjänster för sophantering, sanering o.dyl.	76	908
9. (11/7)	6	Finansiella tjänster (främst försäkringstjänster)	147	708
10.(12/1)	5	Telekommunikation	13	343
11.(-/-)	13	Annonserings och reklamtjänster	8	267
12.(-/-)	20	Resebyråtjänster m.m. (B-tjänster)	12	233
		<b>Totalt 12-i-topp</b>	<b>968</b>	<b>14 340</b>
		Övrigt	221	932
		<b>Totalt</b>	<b>1 189</b>	<b>15 272</b>

*Kommentarer:* Upphandling av B-tjänster, som endast behöver efterannonseras, utgör värdemässigt 30 % av den totala tjänsteupphandlingen (1996 - 23 % och 1997 - 40 %).

Telekommunikationstjänster, som 1996 låg på första plats och 1997 på tolfte, har nu plats nummer 10. Förklaringen kan vara densamma som angivits under tabellen med totalsiffrorna ovan: några stora avtal som sträcker sig över flera år.

Det kan också konstateras att kategori 4 postbefordran, som hade tredubblats från 1996 till 1997 nu inte finns bland de tolv största tjänstekategorierna (plats 14).

Det näst största antalet upphandlingar gäller finansiella tjänster men värdemässigt ligger dessa först på nionde plats. De flesta av dessa upphandlingar gäller försäkringstjänster och värdemässigt är var och en av dessa inte så stor.

## VAROR, klassiska sektorn

*(Siffrorna inom parentes anger placeringen värdemässigt 1997/1996)*

CPV-avdelning			Antal	Värde upph (milj.kr)
1. (2/2)	15	Livsmedel och dryck	54	2 277
2. (11/3)	23	Raffinerade petroleumprodukter m.m.	39	2 265
3. (1/1)	33	Medicinska och optiska instrument mm	170	1 984
4. (9/6)	30	Kontorsmaskiner och datorer	59	1 770
5. (3/4)	24	Kemikalier, kemiska produkter och konstfibrer	75	1 711
6. (5/7)	21	Papper och pappersvaror	91	1 692
7. (12/8)	40	El, gas, ånga och hetvatten	34	1 276
8. (8/9)	36	Möbler; diverse andra tillverkade varor	58	811
9. (4/13)	29	Maskiner och utrustning	34	507
10.(10/11)	1	Jordbruksprodukter	8	418
11.(-/-)	22	Tryckta media och ljudmedia	29	409
12.(6/14)	34	<u>Motorfordon</u>	32	396
<b>Totalt 12-i-topp</b>			<b>688</b>	<b>14 912</b>
<u>Övrigt</u>			194	2 901
<b>Totalt</b>			<b>882</b>	<b>17 825</b>

*Kommentarer:* De 12 största tjänstekategorierna och varuområdena svarar för 87 respektive 84 % av det totala värdet.

Beträffande antalet upphandlingar är bilden likartad för 1998 men helt annorlunda jämfört med 1997. De 12 största tjänstekategorierna och varuområdena svarar nu för nära 80 % av det totala antalet upphandlingar medan motsvarande siffror för 1997 var för tjänster 30 % och för varor 80 %.

*Försörjningssektorerna*

Försörjningssektorernas andel av den offentliga upphandlingen utgör värdemässigt 17 % av den totala upphandlingen över tröskelvärdena. 1996 var andelen hela 37 % men 1997 sjönk den till 15 %.

Försörjningssektorernas andel av den totala varu-, tjänste- och entreprenadupphandlingen uppgick till (siffrorna för 1997/1996 inom parentes)

6 % (14/15) av varuupphandlingen,

24 % (13/53) av tjänsteupphandlingen samt

21 % (23/43) av entreprenadupphandlingen.

*Kommentar:* NOU noterar de stora variationerna mellan åren men har inte analyserat sifferuppgifterna. Se även kommentaren på sid. 10.

## Upphandlingar under tröskelvärdena

*Statliga myndigheter*

För statliga myndigheter kan inte någon statistik av verkligt intresse presenteras beroende på den bristande inrapporteringen av uppgifter. 11 högskolor och

universitet har inte svarat trots påminnelse. Samma sak gäller 5 länsstyrelser och några myndigheter såsom Riksskatteverket, Regeringskansliet, Invandrarverket, Kammarkollegiet, Glesbygdsverket och SCB. Svarefrekvensen har i år försämrats.

	<u>1998</u>	<u>1997</u>	<u>1996</u>
Varor	25 301	28 626	26 507
Tjänster	9 332	16 575	18 152
Entreprenader	2 366	4 129	4 233
<b>Totalt</b>	<b>37 005</b>	<b>47 331</b>	<b>48 892</b>

### *Försörjningssektorerna*

Nedanstående tabell visar värdet (i miljoner kronor) av inköp av varor, tjänster och entreprenader fördelade på de olika sektorerna.

<b>Område</b>	<b>1998</b>	<b>1997</b>	<b>1996</b>
1. Vatten	686	602	1 194
2-3. El + Värme	11 006	11 248	11 723
4. Prosp. gas	17	-	-
6. Järnväg	1 401	3 857	3 602
7. Transport	535	1 702	1 050
8. Flygplats	1 585	1 481	1 483
9. Hamn	747	392	492
<b>Totalt</b>	<b>15 976</b>	<b>19 282</b>	<b>19 544</b>

## Rättsmedel

### Upphandlingskommitténs förslag till nya regler i 7 kap. LOU

Det nya Konkurrens- och upphandlingsverket föreslås få rätt att föra talan i länsrätt om att förelägga en upphandlande enhet att betala en *marknadsskadeavgift*, om den uppsåtligt eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot bestämmelserna i LOU, såsom otillåten direktupphandling. Marknadsskadeavgift skall kunna utkrävas vid uppenbara regelöverträdelser eftersom sådana överträdelser kan skada marknaden och tilltron offentlig upphandling. Syftet med marknadsskadeavgiften är primärt att förhindra regelöverträdelser som är svåra att komma till rätta med under det nuvarande regelverket.

I de fall då tillsynsmyndigheten bedömer att förutsättningarna för marknadsskadeavgift inte är uppfyllda, trots att överträdelse av lagens regler skett, får den möjlighet att föra talan vid länsrätt om att *förelägga upphandlande enheter att inte upprepa ett beteende* som står i strid med LOU (7 kap. 10a §). Ett sådant föreläggande föreslås kunna förenas med vite (7 kap. 10b §).

Leverantörer har i förslaget givits rätt att föra talan rörande båda dessa typer av rättsmedel i länsrätt, om Konkurrens- och upphandlingsverket beslutat att inte göra det (subsidiär talerätt).

Förslaget innehåller även en rätt för Konkurrens- och upphandlingsverket att förena ett föreläggande, om att *tillhandahålla myndigheten sådana upplysningar* som är nödvändiga för att kunna utöva tillsyn, med *vite*. Förhoppningen är att denna ändring av lagen skall underlätta för myndigheten att genomföra tillsyn av upphandlande enheter.

*Talan om skadestånd*, som enligt gällande lag skall väckas inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts, skall enligt förslaget kunna *väckas under två år*.

## Överprövning av beslut om tilldelning av kontrakt

EG-domstolen har behandlat en begäran om förhandsavgörande (mål nr C-81/98 Alcatel Austria m. fl.) rörande tillämpningen av rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn (89/665/EEG) i sådana situationer där upphandlande enheter tecknar avtal med vinnande leverantör samtidigt som beslut i upphandlingen fattas. Domstolen förklarade att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande som ger en klagande möjlighet att få valet av leverantör prövat *innan* den upphandlande enheten ingår kontrakt. Se vidare referat av domen på sid. 22.

## NOU:s tillsyn

### NOU:s tillsyn över sjukhusens upphandlingar

Svaren på NOU:s enkät till landstingsägda sjukhus för övergripande kontroll av regelefterlevnaden har sammanställts och kommer att redovisas i en rapport, om möjligt före årsskiftet.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Prekvalificeringssystem

*Användningen av prekvalificeringssystem inom försörjningssektorn (NOU:s dnr 1999/0041-29)*

NOU påbörjade under 1999 en granskning av användningen av prekvalificeringssystem inom försörjningssektorerna. Under ärendets gång framkom att även EG-kommissionen har påbörjat en utredning, vilken kan leda till att riktlinjer för hur upphandlande enheter inom försörjningssektorerna kan använda sådana system kommer att utarbetas. NOU avslutade därför sitt ärende, men lämnade vissa allmänna synpunkter.

NOU ansåg i ärendet att ”Det är av vikt att ett prekvalificeringssystem inte tas i bruk förrän så många leverantörer av en viss typ av vara eller tjänst finns upptagna i systemet att befintlig konkurrens kan sägas ha utnyttjats i enlighet med 1 kap. 4 § LOU”. NOU ansåg även att ”Så länge en presumtiv anbudsgivare är kvalificerad vid tidpunkten då han lämnar sitt anbud, har den upphandlande enheten rätt att antaga ett anbud från en sådan leverantör.”

NOU noterade att det förekommer att upphandlande enheter tillämpar s.k. stegvis kvalificering. ”Enligt Bjarke List vid EG-kommissionen kan prekvalificering av leverantörer i ett prekvalificeringssystem inte tidsmässigt delas upp i olika etapper.



Som huvudregel kan den upphandlande enheten inte ställa ytterligare krav avseende en leverantörs ekonomiska och tekniska kvalifikationer vid upphandlingstillfället än de som ställts vid prekvalificeringen. En upphandlande enhet skulle således endast i undantagsfall kunna ställa sådana ytterligare krav i samband med att ett förfrågningsunderlag skickas till de utvalda anbudsgivarna." NOU konstaterade att rättsläget förefaller vara oklart. NOU skrev därför att den såg fram emot att EG-kommissionen nu utreder frågan om hur prekvalificeringen av leverantörer i ett prekvalificeringssystem skall ske.

NOU skrev vidare att "Ett flertal leverantörer har kontaktat NOU avseende det förhållandet att leverantörer måste betala för att få vara med i ett prekvalificeringssystem." NOU konstaterade att regler om upphandlande enheters möjlighet att ta betalt av leverantörer saknas både i LOU och i EG-direktiven. NOU hänvisar emellertid till reglerna i avgiftsförordningen (1992:191), vilken reglerar statliga myndigheters möjlighet att ta ut olika avgifter.

Avseende användandet av prekvalificeringssystem vid upphandling enligt 6 kap. LOU skrev NOU "Regler om prekvalificeringssystem återfinns i 4 kap. LOU. Motsvarande regler återfinns ej i 6 kap. LOU, vilket bl.a. reglerar upphandlingar under tröskelvärdena. Det innebär att en upphandlande enhet endast kan använda ett befintligt prekvalificeringssystem vid upphandling enligt 6 kap. LOU som ett leverantörsregister. Ett sådant leverantörsregister kan användas som underlag för anbudsinfordran vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU, så länge som den upphandlande enheten även tillåter andra leverantörer att delta i upphandlingar på samma villkor som de leverantörer som är upptagna i prekvalificeringssystemet. Om ett prekvalificeringssystem utnyttjas som ett leverantörsregister vid upphandling enligt 6 kap. LOU, i synnerhet ett avgiftsbelagt sådant, kan det synas naturligt att de leverantörer som finns upptagna informeras om samtliga pågående upphandlingar inom området. Om så inte är avsett att ske, bör detta tydligt klargöras för varje leverantör som avser att ansöka om att bli upptagen i systemet."

## Upphandling av avfallshantering m.m. för Göteborgs stad

*NOU har i ett ärende behandlat frågan om köp av avfallshantering m.m. från ett kommunalt bolag som ägs av bl.a. köparkommunen (NOU:s dnr 1998/221-26)*

NOU har vid nämndsammanträde beslutat om yttrande angående Göteborgs stads upphandling av avfallshantering och avfallsbehandling från ett kommunalt bolag, Renova AB (tidigare GRAAB), vilket ägs av flera kommuner gemensamt. Göteborgs stad äger majoriteten av aktierna i bolaget.

Mellan Renova AB:s ägarkommuner (Göteborgs stad, Ales, Härrydas, Kungsbackas, Kungälv, Lerums, Mölndals, Partilles och Öckerös kommuner) fanns sedan 1996 ett konsortialavtal (även Stenungsunds och Tjörns kommuner har enligt uppgift gått in som delägare). Avtalet förhandlades om och Göteborgs stads fullmäktige beslöt i oktober 1997 att godkänna det nya avtalet. I avtalet förbinder sig staden att till Renova AB leverera avfall i egenskap av leverantör. Göteborgs stad skulle betala en fastställd avgift per inlämnad viktenhet.

Vid samma tillfälle beslutade Göteborgs stad att godkänna ett överlåtelseavtal mellan staden och Renova AB, där staden överlät den personal och de tillgångar som fanns i dåvarande Renhållningsverket till Renova AB. I ett senare avtal, daterat 29

juni 1998, uppdrog Göteborgs stad åt Renova AB att fr.o.m. 1998-01-01 insamla, transportera och omhänderta det avfall som Göteborgs stad vid varje tillfälle var ansvarigt för och som vid utgången av 1997 inte utfördes inom ramen för ett annat entreprenadavtal.

NOU konstaterade att LOU inte reglerar frågan om en offentlig verksamhet skall bedrivas i egen regi eller utföras av annan juridisk person och att LOU inte heller reglerar om och i vilka former som kommuner kan samarbeta. NOU ansåg således inte att beslutet i Göteborgs stad att bilda Renova AB och att godkänna det konsortialavtal som slutits mellan ägarkommunerna avseende avfallsbehandling omfattades av reglerna i LOU.

NOU har tidigare, bl.a. i rapporten till regeringen angående kommuners köp från egna bolag m.m. (dnr 165/97-29) konstaterat att det inte är möjligt för en kommun att anskaffa tjänster från ett eget bolag utan att följa reglerna i LOU. NOU har även i ett ärende avseende upphandling av renhållningstjänster i Halmstads kommun (dnr 227/96-26) och i ett ärende avseende upphandling av renhållning i Kungälv kommun (dnr 1999/103-21) fastslagit samma regel.

I den i detta nummer av NOU Info refererade domen från EG-domstolen, (C-107/98, Teckal Srl), konstaterade domstolen att en upphandlande enhet endast i undantagsfall och under vissa angivna förutsättningar kan anskaffa varor direkt från en annan juridiskt fristående person, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande enhet. Rättsfallet torde analogt gälla vid upphandling av tjänster.

NOU ansåg att det avtal som tecknats mellan Göteborgs stad och Renova AB den 29 juni 1998 omfattades av reglerna om offentlig upphandling. Göteborgs stad borde därför ha upphandlat tjänsterna avseende avfallshantering och avfallsbehandling i enlighet med reglerna i LOU. NOU anmärkte dessutom på att Göteborgs stad tecknat avtal för delvis förfluten tid.

## Direktupphandling av rekrytering av chef

*Frågan om synnerliga skäl och tidsaspekten vid direktupphandling (NOU:s dnr 1999/0156-26)*

NOU har vid nämndsammanträde den 15 december 1999 uttalat sig om Region Skånes direktupphandling av tjänsten att rekrytera en ny regiondirektör. Regionen uppger att regiondirektörens uppsägning redan första månaden i organisationens existens utgjorde en sådan omständighet som den inte kunde förutse. Inte heller berodde uppsägningen på regionen. Det var synnerligen angeläget att inleda ett rekryteringsförfarande för att kunna återbesätta tjänsten snarast möjligt. Det anlitate företaget hade unik kompetens för uppdraget. Vid en samlad bedömning utgjorde dessa omständigheter, enligt regionens mening, synnerliga skäl för en direktupphandling.

NOU uppgav i yttrandet följande: "Direktupphandling får användas i stället för förenklad upphandling om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. NOU anser att synnerliga skäl för direktupphandling förutsätter oftast att det inträffat någonting som kan jämföras med en force majeure-liknande omständighet. En sådan undantagsregel får således inte användas som lösning av någon allmänt 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.

Normalförfarandet vid upphandling enligt 6 kap. LOU är förenklad upphandling med utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter. I vissa fall kan konkurrensmöjligheterna vara så begränsade på grund av t.ex. ensamrätt, leverantörens unika kompetens eller tidigare nedlagt arbete, att den upphandlande enheten får använda sig av förenklad upphandling med endast en tillfrågad leverantör. En skillnad måste dock göras mellan ett sådant fall och reglerna om direktupphandling. Valet av upphandlingsförfarande vid direktupphandling avgörs av om upphandlingen gäller lågt värde eller om det föreligger några synnerliga skäl och vid förenklad upphandling av huruvida det föreligger en sådan konkurrenssituation att särskilda skäl finns för att tillfråga endast en leverantör. Inte heller i detta fall får kravet på affärsmässighet och objektiv behandling åsidosättas. Det finns flera motiv till att tillämpa förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en anbudsgivare jämfört med att tillämpa direktupphandling. Leverantören är vid formell anbudsinfordran bl.a. osäker om huruvida konkurrens föreligger och anstränger sig därför att åstadkomma ett förmånligt anbud. Dessutom har andra leverantörer möjlighet att lämna anbud med stöd av 6 kap. 6 § LOU. Kravet på skriftligt förfrågningsunderlag och skriftligt anbud vid förenklad upphandling tillgodoser öppenhet och möjliggör även en efterhandskontroll från konkurrerande leverantörers, revisionens eller tillsynsmyndighetens sida."

Region Skåne uppger att regionen bildades den 1 januari 1999. Regiondirektören sade upp sin anställning den 26 januari och uppsägningen godkändes av regionstyrelsen den 16 februari 1999. Region Skåne tog en direktkontakt med ett rekryteringsföretag. Företaget lämnade den 2 mars 1999 ett anbud på uppdraget. Efter det att priset för tjänsten bedömts som skäligt beställdes tjänsten i enlighet med anbudet den 9 mars 1999.

"NOU anser att den tid som förflöt mellan regiondirektörens uppsägning och anbudets inlämnande visar att det inte fanns sådan synnerlig brådska som gjorde det omöjligt att utnyttja befintlig konkurrens enligt reglerna för förenklad upphandling. Tiden som förflöt mellan uppsägningens godkännande och anbudets antagande var tjugutvå dagar. Varken den faktiskt använda tiden eller rekryteringsens uppskattade angelägenhetsgrad styrker att regionen haft skäl för att avstå från att genom annons eller skrivelse (med iakttagande av skälig anbudstid) inhämta anbud från flera leverantörer. Tjänstens värde på en halv miljon kronor (enligt uppgift i tidningsartikeln, vilken inte motsagts av regionen) utesluter direktupphandling på grund av lågt värde och har ytterligare bidragit till uppfattningen att en konkurrensutsättning av rekryteringstjänsten borde ha skett.

Även om Region Skåne inte gör gällande att den utfört en förenklad upphandling med endast en tillfrågad anbudsgivare, vill NOU påpeka att det som regionen anfört inte visar att det valda företagets kompetens och förutsättningar i övrigt varit sådana att de kunnat motivera ett sådant förfarande.

NOU anser inte att någon av de anförda grunderna utgör ett godtagbart skäl för Region Skåne att frångå reglerna för förenklad upphandling i 6 kap. LOU. Regionens anskaffningen av konsultfirman för rekrytering av regiondirektören har därför inte skett i enlighet med bestämmelserna i LOU."

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Upphandling av varor av en organisation som inte är en upphandlande enhet men som givits särskilda rättigheter*

EG-domstolen har i en dom den 18 november 1999, mål C-275/98 Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, behandlat frågan om upphandling av en annan enhet än en upphandlande myndighet. Frågan uppkom i en tvist mellan å ena sidan Unitron Scandinavia A/S (nedan kallat Unitron) och 3-S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (nedan kallat 3-S) och å andra sidan Ministeriet for livsmedel, jordbrug og fiske (nedan kallat ministeriet) gällande en offentlig upphandling av öronmärken för svin.

Tvisten fördes till danska Klagenämnden som begärde förhandsbesked av EG-domstolen beträffande tolkningen av artikel 2.2 i direktiv 93/36/EEG.

Öronmärkning av svin skall ske enligt ett visst EG-direktiv. Enligt dansk lag skall märkena, efter det att de godkänts av Veterinärstyrelsen, som lyder under ministeriet, levereras av Danske Slagterier (nedan kallad DS), som är ett privat företag. För att begränsa antalet godkända märken för svin genomförde Veterinärstyrelsen och DS en upphandling, varigenom anbud infordrades från några företag utan föregående annonsering, trots att upphandlingens värde översteg tröskelvärdet. Avtal tecknades därefter med två företag om leverans av märken under tre års tid.

Unitron och 3-S, som båda tillverkar öronmärken för svin, gjorde i Klagenämnden gällande i första hand att DS tjänar allmänna intressen och uppträder på ministeriets vägnar på sådant sätt att DS måste jämföras med en upphandlande enhet och i andra hand att DS borde ha följt reglerna i artikel 2.2 i 93/36/EEG (varudirektivet). Enligt denna artikelbestämmelse skall en upphandlande enhet som tilldelar någon annan en särskild rättighet att utöva en allmän *tjänst* tillförsäkra att denna därvid iakttar icke-diskrimineringsprincipen vid tilldelning av kontrakt med tredje man (se 2 kap. 19 § LOU).

Klagenämnden konstaterade att överlåtelsen av administrationen av systemet för öronmärkning till ett företag rätteligen borde ha föregåtts av upphandling, men fann att denna fråga inte omfattades av processen. Vidare fann nämnden att DS faktiskt var köpare av märkena och att DS inte var en upphandlande enhet enligt direktivet, varför förstahandsyrkandet inte bifölls. Beträffande andrahandsyrkandet rörande art. 2.2 i varudirektivet konstaterade Klagenämnden att denna bestämmelse överförts från det tidigare gällande varudirektivet (77/62/EEG) och att den tidigare bestämmelsen antogs vid en tidpunkt då det inte fanns något tjänstedirektiv. Med hänsyn till den osäkerhet om bestämmelsens tillämpningsområde som uppstått i och

med tillkomsten av tjänstedirektivet, ställde Klagenämnden frågan till EG-domstolen om artikelbestämmelsen i fråga har en självständig betydelse sedan tjänstedirektivet antagits.

EG-domstolen konstaterade att direktiv 93/36 antagits efter direktiv 92/50 och att det framgår av ingresserna till varudirektivet, att detta har till syfte bl. a. att samordna bestämmelserna om offentlig upphandling av varor med bestämmelserna i direktiv 92/50. Vidare framhöll domstolen att bestämmelsen i art. 2.2 inte omfattar situationer på vilka direktiv 92/50 är tillämpliga. Tjänstedirektivet har därför inte betagit bestämmelsen i fråga dess föremål och den har således en självständig ställning i förhållande till direktivet.

Vidare frågade Klagenämnden om bestämmelsen - för det fall den skulle ha den självständiga ställning som efterfrågades ovan - innebär, att en upphandlande enhet som överlåter administrationen av ett system för märkning av svinöron till ett privat företag som inte är en upphandlande enhet skall föreskriva *dels* att företaget skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet vid inköp av varor från tredje man och *dels* att inköpen av varor för systemet skall ske enligt varudirektivet om tröskelvärdet överskrids.

EG-domstolen fann att DS inte utgjorde en upphandlande enhet i direktivets mening och att art. 2.2 endast innebär att, när en annan enhet än en upphandlande enhet givits speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, i den rättsakt genom vilken rättigheten ges föreskrivs att rättighetsinnehavaren vid köp av varor med tredje man inom ramen för den verksamheten skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet. Domstolen påpekade i sammanhanget att principen om icke-diskriminering inte får tolkas restriktivt. Principen innebär bl.a. en skyldighet att lämna insyn så att den upphandlande enheten kan försäkra sig om att principen iakttas.

### *Fördragsbrott på grund av underlåten annonsering m.m.*

EG-domstolen har i en dom den 28 oktober 1999 (mål C-328/96 EG-kommissionen mot Republiken Österrike) förklarat att Österrike på ett flertal punkter underlåtit uppfylla sina förpliktelser enligt direktiv 93/37/EEG (bygg-och anläggningsarbeten), 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet) samt artikel 30 i EG-fördraget (artikel 28 EG i ändrad lydelse).

Processen föranleddes av att delstaten Niederösterreich beslutat flytta sitt säte från Wien till Sankt Pölten. Flytten innefattade uppförande av nya regerings- och förvaltningsbyggnader samt ett nytt kulturcentrum, vilka påbörjades 1992 och beräknades vara klara 1996 inför Österrikes tusenårsjubileum. Upphandlingen, som enbart annonserats i en delstatstidning, stred enligt Kommissionen i flera avseenden mot gemenskapsrätten. Från Österrikisk sida anfördes det att reglerna skulle ändras så, att alla gemenskapsdirektiv skulle tillämpas på alla upphandlingar. Från och med den 6 februari 1996 hade alla påbörjade förfaranden avbrutits för att genomföras enligt gemenskapsrätten. Vissa kontrakt som ingåtts före detta datum till ett värde om 360 miljoner ATS kunde dock inte sägas upp eller hävas. Med hänsyn till att dessa kontrakt ingåtts i strid med gemenskapsrätten väckte Kommissionen talan beträffande de upphandlingar, vars kontrakt ingåtts före den 6 februari 1996, men som den 7 mars 1996 ännu inte hade genomförts eller som, så långt det var möjligt, skulle ha kunnat hävas.

EG-domstolen slog fast att Österrike brutit mot gemenskapsrätten i flera hänseenden. I strid med reglerna i byggdirektivet hade upphandlingen endast annonserats nationellt, hade de anbudsgivare vars anbud förkastats inte meddelats om detta samt hade den upphandlande enheten förbehållit sig fri prövningsrätt av inkomna anbud. Genom att i förfrågningsunderlaget ange att det centrala driftssystemet i det nya administrativa centret skulle vara en Unix-produkt hade Österrike brutit mot direktivet och uppställt ett hinder för den fria rörligheten för varor i strid mot artikel 30 i EG-fördraget. Att förfrågningsunderlaget hade angett företräde för material eller företag från delstaten i de fall teknisk kvalitet och pris var desamma som i andra anbud, förklarades också stå i strid mot artikel 30 i EG-fördraget. Vidare hade underlaget angett att den upphandlande enheten förbehållit sig rätten att välja ut eller avslå varje anbud utan att detta skulle grunda någon rättighet för anbudsgivarna, särskilt på grund av utebliven vinst. Detta villkor förklarades strida mot rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG).

### *Kommuns köp av tjänst från sammanslutning av kommuner i vilken kommunen deltar*

I en dom den 18 november 1999 (mål C-107/98 Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia) har domstolen meddelat ett förhandsbesked i en fråga gällande en kommuns tilldelning av ett tjänstekontrakt till en sammanslutning av kommuner i vilken kommunen i fråga var medlem.

AGAC var en sammanslutning av flera kommuner, bl. a. Vianos kommun, för förvaltning av energi och miljö. Enligt stadgarna var det en juridisk person med självständig förvaltning.

Kommunstyrelsen i Viano kommun hade utan föregående upphandling anförtrott AGAC uppvärmningen av vissa kommunala byggnader för ett år mot en ersättning av 122 miljoner ITL, varav 86 miljoner utgjorde värdet av bränsleleveransen. Avtalet innehöll en förlängningsperiod om tre år, som kunde utlösas under vissa förutsättningar. Ytterligare en förlängning föreskrevs.

Teckal, ett privat företag inom uppvärmningsbranschen, väckte talan mot beslutet och menade att kommunen skulle ha upphandlat uppdraget. Den nationella domstolen vände sig till EG-domstolen med begäran om besked huruvida tjänstedirektivet (92/50/EEG) skulle tillämpas i en situation som den förevarande.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att värdet av de produkter som omfattades av kontraktet översteg värdet av tjänsterna, varför frågan måste gälla huruvida varudirektivet (93/36/EEG) var att tillämpa. Vidare förklarade domstolen att de undantag från direktivet som medges är uttömmande angivna och att det undantag som anges i art. 6 i tjänstedirektivet (jämför 5 kap. 2 § LOU) beträffande köp från en annan upphandlande enhet som enligt lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten inte har någon motsvarighet i varudirektivet.

Vidare konstaterade domstolen att Vianos kommun var en upphandlande enhet. Beträffande frågan huruvida ett avtal förelåg mellan två skilda personer anförde domstolen att det enligt direktivet var tillräckligt att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i det fallet att den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen

förvaltning, och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

Frågan som ställts till domstolen besvarades därför så, att direktivet är ”tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.”

### *Bevis om leverantörs kapacitet – fråga om annat företags kapacitet kan åberopas*

EG-domstolen har i en dom den 2 december 1999 behandlat en begäran om förhandsbesked (mål C- 176/98 Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari i närvaro av Ruhrwasser AG International Water Management) beträffande rätten för en leverantör att åberopa annat företags kapacitet i en upphandling.

Frågan hade uppkommit i en tvist mellan Holst Italia Spa (nedan kallat Holst) och Cagliari kommun i anledning av att kommunen tilldelat Ruhrwasser AG International Water Management (nedan kallat Ruhrwasser) ett kontrakt avseende drift av reningsverk och avloppspumpverk under en tid av tre år.

I annonsen om upphandlingen hade kommunen föreskrivit bl. a. att sökandena skulle bevisa dels att deras genomsnittliga årsomsättning uppgått till minst 5.000.000.000 ITL under tiden 1993-1995 avseende driften av renings- och avloppspumpverk och dels att de handhaft den faktiska driften av minst en anläggning för rening av avloppsvatten från tätbebyggelse under två år i följd under de närmaste tre föregående åren.

Ruhrwasser kunde inte förete de begärda uppgifterna eftersom bolaget registrerats under 1996. Ruhrwasser åberopade därför uppgifter rörande ett företag som till 100 % ägde ett bolag som tillsammans med fem andra bolag ägde en sjättedel vardera av Ruhrwasser. Ruhrwasser, som var ett tyskt bolag, hade bildats i syfte att kunna erhålla kontrakt utomlands beträffande insamling och rening av avloppsvatten.

Holst, vars anbud förkastades, väckte talan om ogiltigförklaring av kommunstyrelsens beslut att tilldela Ruhrwasser kontraktet under åberopande att det bolaget inte företett begärda handlingar.

Domstolen vände sig till EG-domstolen med begäran om förhandsbesked i frågan om tjänstedirektivet (92/50/EEG) medger att ett företag visar att det uppfyller de tekniska och finansiella kraven i en upphandling genom att åberopa referenser till ett annat rättssubjekt som ensamt äger ett av de företag som är delägare i det förstnämnda.

EG-domstolen förklarade inledningsvis att direktivet har till syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten inom sektorn offentlig upphandling anger därför möjlighet att lägga ut en del av kontraktet på underleverantörer (art. 25; se 1 kap. 18a § LOU) och en möjlighet för grupper av tjänsteleverantörer att lämna in anbud samtidigt som de inte får åläggas att anta någon särskild juridisk form för att lämna anbud (art. 26; se 1 kap. 23a § LOU). Vidare har reglerna för kvalitativt urval i avdelning VI, kapitel 1, i direktivet som enda syfte att definiera regler för objektiv bedömning av anbudsgivarnas kapacitet, i synnerhet i fråga om dennes finansiella

och ekonomiska ställning och tekniska kapacitet. Enligt dessa regler får anbudsgivaren dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning på varje sätt som den upphandlande enheten finner lämpligt (art. 31.3; se 1 kap. 18 § LOU och förordning [1998:1364] om bevis vid offentlig upphandling 6 § 2 st) och motivera sin tekniska kapacitet med uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas för att utföra tjänsten, även om de inte direkt tillhör företaget (art. 32.2 c; se 1 kap. 18 § LOU och nämnda förordning 7 § 1 st. 2 p).

Domstolen konstaterade att det framgår såväl av bestämmelsernas syfte som deras ordalydelse att en person inte kan uteslutas ur en upphandling endast på grund av att denne avser att ta medel i anspråk för att genomföra kontraktet som inte är dess egna, utan tillhör en eller flera andra enheter. Domstolen hänvisade här till en tidigare meddelad dom, *Ballast Nedam Groep*<sup>1</sup>, vari domstolen förklarat att en upphandlande enhet inte ägt rätt att från en lista av godkända leverantörer avseende bygg- och anläggningsarbeten diskvalificera ett holdingbolag på grund av att det inte drev egen rörelse, eftersom det hade två helägda rörelsedrivande bolag.

Domstolen förklarade således att det är tillåtet för en leverantör, som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i en upphandling, att åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om han erhåller kontraktet.

Domstolen förklarade dock vidare att externa referenser inte får åberopas villkorslöst, eftersom det ankommer på den upphandlande enheten att kontrollera leverantörens lämplighet enligt art. 23 (se 1 kap. 20a § LOU). Denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera att anbudsgivaren kommer att kunna använda de medel av olika slag som åberopas.

Företag som hänvisar till ett annat företag som det är knutet till, oavsett bandens rättsliga beskaffenhet, måste visa att det faktiskt förfogar över resurser hos detta andra företag som är nödvändiga för att uppfylla kontraktet. Huruvida den åberopade bevisningen är relevant skall bedömas av den nationella domstolen.

EG-domstolen meddelade följande förhandsbesked. Tjänstedirektivet skall tolkas så, ”att det tillåter att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbuds förfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om detta har bevisats i förevarande fall.”

### *Prövningsförfarande*

EG-domstolen har den 28 oktober 1999 meddelat beslut i ett mål om förhandsbesked (mål nr C-81/98 Alcatel Austria m.fl, Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr) i en

---

<sup>1</sup> C-389/92 *Ballast Nedam Groep*, REG 1994 sid. 1289



fråga som rörde överprövning av en upphandling där beslut om tilldelning av kontraktet fattats samtidigt som avtal tecknats.

Frågan hade uppkommit i en tvist mellan Alcatel Austria (nedan kallad Alcatel) och övriga ovan angivna företag å ena sidan och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (nedan kallat Bundesministerium) å andra sidan gällande tilldelningen av ett kontrakt efter en genomförd upphandling avseende varor och bygg- och anläggningsarbeten. Upphandlingen, som genomfördes som en öppen varuupphandling, avsåg köp och installation av ett elektroniskt system för automatisk överföring av vissa data på de österrikiska motorvägarna.

Kontraktet tilldelades bolaget Kapsch AG och ingicks samma dag. De andra anbudsgivarna, som fick kännedom om detta genom ett pressmeddelande, begärde prövning hos Bundesvergabeamt. Sedan Bundesvergabeamt fattat interimistiskt beslut att genomförandet av kontraktet skulle avbrytas, överklagades beslutet till Verfassungsgerichtshov, som gav uppskov med verkställigheten, vilket innebar att det interimistiska beslutet från Bundesvergabeamt tillfälligt skulle sättas ur spel.

Bundesvergabeamt förklarade i sin begäran om förhandsbesked att tilldelningen av kontraktet enligt österrikisk rätt och tecknandet av avtalet som regel inte sammanfaller. I praktiken är den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut ett beslut som fattas internt och inte blir känt för tredje man. Eftersom en utomstående som regel inte – åtminstone inte lagligen – får kännedom om tilldelningsbeslutet, kan detta således inte angripas. Vidare förklarade domstolen att ett skadeståndsyrkande i allmän domstol kan tas upp till sakprövning endast om det har föregåtts av en fastställelse i Bundesvergabeamt.

Domstolen ställde i sin begäran om förhandsbesked frågan till EG-domstolen om medlemsstaterna är skyldiga när de införlivar direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet) att i samtliga fall tillhandahålla ett förfarande genom vilket anbudsgivaren, om förutsättningarna för detta är uppfyllda, kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet.

EG-domstolen påpekade inledningsvis att rättsmedelsdirektivet har till syfte att på såväl det nationella planet som på 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 iakttas. Bestämmelsen avser beslut som har åsidosatt gemenskapsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivande av denna gemenskapsrätt, utan att det anges någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll.

Domstolen konstaterade vidare att den tolkning Bundesministerium gör – att förfarandet inför Bundesvergabeamt är förenligt med direktivet – skulle kunna få den effekten att den upphandlande enhetens viktigaste beslut, tilldelningen av kontraktet, på ett systematiskt sätt undkommer de åtgärder om undanröjande av olagliga åtgärder som enligt direktivet skall vidtas för att garantera den prövning som avses i art. 1 i samma direktiv.

En invändning från österrikisk sida att det inte anges i direktivet hur lång tid som skall förflyta mellan tilldelningsbeslutet och tecknandet av kontraktet förklarar domstolen sakna betydelse. Den omständigheten att det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i detta avseende kan inte berättiga en tolkning av direktivet som skulle medföra att besluten om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt på ett systematiskt sätt skulle undkomma de åtgärder som enligt direktivet skall vidtas för att garantera den prövning som avses i art. 1.

Domstolens svar blev att bestämmelserna skall tolkas så, ”att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilket den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.”

Den österrikiska domstolen frågade också om direktivets bestämmelser om överprövning och interimistiska beslut skall tolkas så, att de organ som i medlemsstaterna är behöriga att pröva förfaranden för offentlig upphandling har rätt att företa en prövning på de villkor som anges i dessa bestämmelser, när dessa bestämmelser inte fullständigt har införlivats med nationell rätt.

EG-domstolen svarade att bestämmelserna inte kan tolkas så, att de organ som i medlemsstaterna är behöriga att pröva förfaranden för offentlig upphandling har rätt att företa en prövning på de villkor som anges i bestämmelserna i fråga, även när det inte finns ett beslut om tilldelning av ett kontrakt som kan bli föremål för en talan om undanröjande. Domstolen erinrar dock om att i de fall de nationella bestämmelserna inte kan tolkas på ett sätt som är förenligt med direktivet, de berörda kan begära ersättning för den skada de har lidit på grund av att direktivet inte har införlivats inom den föreskrivna fristen.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Norrbottens län har i en dom den 9 november 1999 (mål nr 2028-99 E) beslutat att Gällivare kommuns upphandling av driften av Gällivare flygplats skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Länsrätten har underkänt kommunens invändning att avtal redan slutits genom en beställningsskrivelse. Avtalet skulle översändas snarast möjligt. I domen anges vidare: "Kommunens beslut den 1 november 1999 är omotiverat och kommunen har menat att den enligt kommunallagen inte behöver motivera sina beslut. Lagen om offentlig upphandling utgör emellertid en speciallagstiftning som också gäller för kommunen. Denna har därför haft att dokumentera 'de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen'. Det är emellertid klart att kommunen inte på något sätt gjort så." Länsrätten anser att kommunen därmed brutit mot LOU och att det klagande bolaget kan komma att lida skada till följd av kommunens förfarande.

*Kommentar:* Domen ligger i linje med Kammarrättens i Stockholm beslut (mål nr 3657-1999), vari fastställdes att avtal inte kommit till stånd endast genom skriftlig accept. Se *NOU-info okt. -99*, sid 8.

- Länsrätten i Göteborg har i en dom den 22 november 1999 (mål nr 6153-99 E) avslagit ansökan om överprövning av Göteborgs stads och Mölndals kommuns öppna upphandling av rullstolstaxiresor för färdtjänst, flexlinjetrafik och skolresor. Domen har vunnit laga kraft.

Upphandlingen var indelad i flera "paket". Klaganden, som antagits som leverantör på endast en del av dessa "paket", gjorde gällande att staden och kommunen borde ha antagit hans anbud på hela paketet. Länsrätten fann mot bakgrund av förfrågningsunderlagets formuleringar att även anbudsgivare som inte hade kapacitet att åta sig hela trafikvolymen i något eller flera s.k. paket hade möjlighet att lämna anbud på efterfrågade tjänster. "Länsrätten finner därför inte utrymme för annan bedömning än att förfrågningsunderlaget ger klart uttryck för att anbud kan lämnas på delar av s.k. paket (separata resor) och att dessa delar följaktligen kan fördelas på flera anbudsgivare/leverantörer. Enligt länsrättens bedömning står dessa villkor inte i strid med vare sig LOU:s grundläggande krav på affärsmässighet eller övriga bestämmelser."

*Kommentar:* Om den upphandlande enheten avser att anbud skall kunna lämnas på delar av en upphandling bör enheten i förfrågningsunderlaget ange att anbud kan lämnas på hela eller delar av förfrågningsunderlaget. De delar på vilka anbud kan lämnas måste vara tydligt angivna.

- Kammarrätten i Göteborg har i en dom den 25 november 1999 (mål nr 5691-1999) upphävt en dom i länsrätten i Göteborg (mål nr 4239-99). Tiden för överklagande har inte löpt ut.

I domarna anges att en anbudsgivare har lämnat in ett anbud som bl.a. innehöll ett villkor om att bolaget förbehöll sig rätten att fram till viss datum (23 dagar senare) återkalla anbudet, i det eventuella fall styrelsen ej godkände den offererade lösningen. Länsrätten ansåg att villkoret varit av "formellt slag som inte sällan torde förekomma i affärsmässiga sammanhang när anbud lämnas. Med hänsyn till att fråga är om en förhandlad upphandling där det kan förutsättas att det först efter ingående förhandlingar kan bli aktuellt med att teckna avtal, kan länsrätten inte finna att Göteborgs Stads Upphandlings AB haft saklig grund för att inte pröva /klagande bolagets/ anbud. Ej heller kan det anses framgå av LOU och tillämpliga direktiv att en sådan uteslutning är möjlig." Länsrätten har beslutat att upphandlingen inte får avslutas förrän även det klagande bolagets anbud har prövats på sakliga grunder. Kammarrätten utgår i sina domskäl från avtalslagens reglering att "anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare efter ty här nedan i 2-9 §§ sägs bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret." Kammarrätten finner att bolagets anbud inte kunde anses bindande för bolaget förrän den dag då villkoret upphört att gälla (23 dagar efter anbudstidens utgång). Anbudet utgör därför enligt kammarrättens mening inte "ett före anbudstidens utgång inkommet anbud i civilrättslig bemärkelse". Göteborgs Stads Upphandlings AB har därför haft fog för sitt beslut att inte pröva anbudet.

*Kommentar:* Domen föranleder en jämförelse med 9 § avtalslagen, enligt vilken gäller att meddelande med uttryck "utan förbindelse, utan obligo" eller liknande uttryck i anbud endast är en uppfordran till mottagaren att avge anbud. En handling

som innehåller ett sådant uttryck är således inte ett anbud i avtalslagens mening och kan därför inte prövas enligt LOU.

- Länsrätten i Dalarnas län har i dom den 23 november 1999 (mål nr 2593-99 E) gjort en tolkning av direktivet 92/50/EEG (tjänstedirektivet) och EG-domstolens dom den 10 november 1998 i mål nr C-360/96 (Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV). Länsrätten, vars tolkning anges bygga på ett kortfattat referat av domen i Svensk Juristtidning, anger att kommunerna ges ett betydande utrymme för att lägga delar av sin verksamhet till kommunala bolag utan att härigenom träffas av reglerna om offentlig upphandling. Länsrätten anser därför att landstinget i Dalarna därmed har ett betydande utrymme för att med stöd av lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik överlämna uppdrag att sköta trafiken till ett landstingsägt bolag. Målet har överklagats till Kammarrätten i Sundsvall som förordnat att länsrättens dom i avvaktan på kammarrättens avgörande inte skall gälla.

*Kommentar:* Det bör observeras att länsrättens tolkning av EG-domstolens dom avviker från den som NOU har gjort i bl.a. *NOU info dec. -98 sid. 18 f.* Även i yttranden beslutade vid nämndsammanträden 1998 och 1999 avseende rapport "Kommuners och landstings köp från sina egna företag m.m." (dnr 165/97-29) och sophantering i Halmstad och Göteborg anges att kommun/landsting inte får sluta ett avtal med ett kommunalt bolag utan mellankommande upphandling. Se referaten i detta nummer av *NOU info - ärendet dnr 1998/0221-21 och info juni -98.*

Samma fråga som den ovanstående har varit föremål för bedömning i en dom av länsrätten i Västernorrlands län (mål nr 2103-99E, 2105--2111-99E). Länsrätten avslag ansökan och upphävde sitt tidigare interimistiska beslut. Även denna dom är överklagad till kammarrätten i Sundsvall.

Se också rättsfall från EG-domstolen (mål nr C-107/98 Teckal Srl), sid 20.

- Länsrätten i Södermanlands län har i en dom den 18 november 1999 (mål nr 2299-99) förklarat att Flen Bostads AB (FBAB) skall göra om sin upphandling av värmeleverantörer. Domen har vunnit laga kraft.

Av intresse i domen är vad länsrätten anser om att FBAB inte rangordnat utvärderingskriterierna och har förbehållit sig "rätten att först vid urvalet av anbud bestämma prioriteringsordningen" av kriterierna. Länsrätten anger: "Detta är en allvarlig brist i underlaget. Den av FBAB först i efterhand gjorda viktningen av värderingskriterierna är också sådan att den starkt kan ifrågasättas. Detta får till följd att de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skall tillmätas betydelse inte överensstämmer med dem som tillmätts betydelse vid utvärderingen av anbuderna. De sålunda redovisade bristerna i förfrågningsunderlaget är i sig av sådan art att de är ägnade att försvåra en rättvis jämförelse av anbuderna." Länsrätten anser att detta kan komma att medföra skada för det sökande bolaget. Eftersom anbudsproceduren redan avslutats var det inte möjligt för FBAB att göra rättelse. Ansökan bifölls därför på det sättet att upphandlingen skulle göras om.

- Kammarrätten i Stockholm har i dom den 8 december 1999 (mål nr 8196-1999) prövat överklagandet av länsrättens i Stockholms län dom i mål nr 10556-99. Målen gäller Svenska Nationalkommitténs för världsutställning EXPO 2000 i

Hannover (kommitténs) arkitekttävling rörande utformningen av den svenska paviljongen och utställningen. Tvisten gäller om utformningen av utställningsidé till den svenska paviljongen vid världsutställningen skulle tilldelas arkitektgruppen bakom det "vinnande" förslaget eller i vilken form denna utställningsidé skulle upphandlas. Sökandena (några arkitekter ur gruppen) yrkade i första hand att arkitektgruppen bakom förslaget skulle tilldelas uppdraget att utforma utställningen i enlighet med de förutsättningar som dikteras i tävlings- och upphandlingsvillkoren. I andra hand yrkade sökanden att upphandlingen skulle göras om. Kommittén invände att det av tävlingsbestämmelserna klart framgår att en eventuell vinnare inte med säkerhet får genomföra utställningskonceptet. Inga inlämnade arkitektförslag kunde läggas till grund för arbetet med utformningen av utställningen. P.g.a. tidsbrist och ett redan påbörjat arbete med utställningsidén ansåg kommittén att det fanns en enda möjlig leverantör, en reklambyrå som på sponsorernas uppdrag tagit fram ett utställningskoncept. - Länsrätten ansåg att det förhållandet att sökandena inte representerar hela arkitektgruppen i sin helhet inte utesluter deras rätt att få sin ansökan prövad. Länsrätten kunde inte lagligen pröva yrkandet om att arkitektgruppen skall tilldelas uppdraget att utforma utställningen och avvisade yrkandet härom. I fråga om tilldelningen av uppdraget att utforma utställningsidén anser länsrätten att kommittén, genom att inleda samarbete med reklambyrån i fråga om utformningen, får anses ha påbörjat ett nytt upphandlingsförfarande. Förutsättningarna för att detta kunde ske genom en direktupphandling saknades. Sökandena har därmed lidit skada och upphandlingen av utställningsidén skulle göras om. - Arkitekterna överklagade domen till kammarrätten och yrkade bifall till sitt förstahandsyrkande. Kammarrätten konstaterar att länsrätten inte kan besluta att en viss leverantör skall tilldelas ett uppdrag och slår fast att upphandlingen som avser utformningen av utställningen skall göras om.

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen (HD) har den 7 december 1999 beslutat att inte meddela prövningstillstånd (mål nr T 4602-99) i ett mål från Hovrätten över Skåne och Blekinge den 7 oktober 1999, mål nr T 311-98 som avser en upphandling av leverans av skolmåltider. Hovrättens dom står därför fast. Målen avser frågan om fastställelse av skadeståndsskyldighet. Den kärende anbudsgivaren ansåg att hans anbud hade varit lägst, om denne haft tillfälle att avge anbud på samma förutsättningar som den antagne leverantören. Kommunen lämnade till den sedermera antagne leverantören under anbudsproceduren en kompletterande upplysning att kostnad för serveringspersonal inte skulle inräknas för barnomsorgsenheten. Uppgiften avsåg 105 portioner av totalt 1 738 per dag. Denna uppgift hade inte lämnats till den kärende anbudsgivaren, vars anbud utgått från det skriftliga förfrågningsunderlaget. Sölvesborgs tingsrätt har i dom mål nr T 11/97 funnit att "det får anses visat att det är anbudspriset som varit avgörande när kommunen bestämt vilken anbudsgivare som kommunen skulle sluta avtal med". Tingsrätten utgick från att huvudregeln enligt LOU är att det lägsta anbudet skulle antas. Tingsrätten ansåg att den uteblivna informationen inte kunde anses "sakna betydelse vid bedömningen av om kommunen följt reglerna" enligt LOU och biföll talan. Hovrätten, som räknat på ett annat sätt än

tingsrätten, har i domen inte funnit det visat att den käre andudsgivaren hade lämnat det lägsta andudspriset. Någon annan omständighet än att leverantören på grund av det under felaktiga förutsättningar beräknade andudspriset skulle ha gått miste om avtalet har inte åberopats som grund för kommunens skadeståndsskyldighet. Fastställelsetalan har därför lämnats utan bifall.

## Miljö

### Tolkningsdokument om miljöhänsyn i offentlig upphandling

EG-kommissionens sedan länge utlovade tolkningsdokument om miljöhänsyn i offentlig upphandling har blivit ytterligare försenat. I NOU-info okt. -99 angavs att dokumentet troligen skulle skickas ut i november 1999. Kommissionen har därefter förklarat att dokumentet är försenat till februari-mars år 2000.

## Övrigt

### Frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster

Regeringen har genom kommittédirektiv (1999:13) tillsatt en utredning som, mot bakgrund av den förstudie om jämställdhetsmärkning som presenterades hösten 1998, bland annat skall pröva om en frivillig jämställdhetsmärkning av varor och tjänster skulle innebära problem i förhållande till LOU eller lagen (1994:615) om otillbörligt upphandlingsbeteende. Enligt uppdraget syftar denna jämställdhetsmärkning till att utveckla kvaliteten på produkter och tjänster på ett sådant sätt att könsaspekter beaktas. En märkning skall visa att den aktuella produkten eller tjänsten har utformats så att den är anpassad till både kvinnors och mäns behov och önskemål eller genom att tillverkaren tillhandahåller produktvarianter för båda könen. Uppdraget skall redovisas senast den 31 december 2000. NOU återkommer när ytterligare information finns.

### Utredning om statliga bolag

NOU har under 1998 haft i uppdrag från regeringen att utreda i vilken utsträckning företag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter. NOU har i början på november 1999 fått ett uppdrag att fördjupa denna utredning. Utredningen skall redovisas till regeringen senast den 1 februari 2000.

### Dokumentation

En kommun skall enligt en länsrättsdom motivera sina beslut i upphandlingsärenden även om kommunallagen inte uttryckligen kräver detta. Se Länsrättens i Norrbottens län dom på sid. 24.

## NOU:s nyhetsbrev oktober 1999

Upphandlingskommittén har kommit med en hel del idéer och förslag under utredningstiden som man kan ta fasta på framöver, oavsett vad som kommer att finnas kvar i delrapporten (dec. 1999) och slutrapporten (dec. 2000). Vilka förslag kommittén kommer att enas om avseende organisationen av den fortsatta tillsynsverksamheten återstår dock ännu att se. Det är väl knappast obekant eller ens svårförståeligt att NOU önskar se en självständig myndighet även i fortsättningen. Ett starkt konkurrerande alternativ är att överföra uppgiften till Konkurrensverket som i begränsad utsträckning redan idag arbetar även med upphandlingsfrågor (LIU). Det enda riktigt säkra ställtippet hittills är väl att en framtida tillsynsorganisation föreslås få betydligt vassare tänder samtidigt som sanktionssystemet föreslås bli förstärkt. Önskemålen om att man vid offentlig upphandling skall ta samhällsekonomiska eller samhällspolitiska hänsyn i olika avseenden kommer att hanteras av utredningen först nästa år.

EG-kommissionens utlovade tolkningsdokument på miljöområdet förefaller inte distribueras förrän fram i november. Kommissionens förslag till ändringar av direktiven på olika områden bollas nu fram och tillbaka (upphandling med elektroniska hjälpmedel, ramavtal och ökade möjligheter till förhandling inom den klassiska sektorn m.fl.). Närmast skall respektive medlemsstat reagera på det senaste utkastet.

I dagens *NOU Info* behandlas flera intressanta domar. Vi har ambitionen att under lämplig huvudrubrik även hänvisa till referaten längre bak så att den som är intresserad av en viss frågeställning, och inte av samtliga domar, lättare skall kunna hitta.

Har ni läst vår vägledning till 6 kap. LOU? Den kan vara till hjälp för alla dem som sysslar med upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster som inte måste utannonseras på Europa-marknaden. Den finns att beställa hos Fritzes och kostar 150 kr.

NOU har tänkt sig en konferens/seminarium på upphandlingsområdet under nästa vår. Tyck gärna till om angelägna ämnen att behandla genom att fylla i enkäten på vår hemsida!

Slutligen. Vi saknar vår pigga miljöupphandlingsexpert, Johan Svedberg, som övergett NOU till glädje för Sjukvårdsleverantörernas förening och Marie-Louise Falck som ska stötta regeringskansliet i upphandlingsfrågor under ett par års tid.



Margareta Hentze

## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling	3
Ändringar i LOU den 1 januari 2000	3
Förslag till ändring av EG-direktiven	3
Tillämpning av LOU	3
Statliga bolag som anses vara upphandlande enheter	3
NOU måste kunna fastställa vilka organisationer som är upphandlande enheter	4
Omfattas utseendet av en konkursförvaltare av LOU ?	4
Krav som får ställas på leverantörer	5
Sociala hänsyn	5
Förfrågningsunderlaget	5
Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare	5
Utvärderingskriterier och sociala hänsyn	6
Upphandlingsförfaranden	6
Över tröskelvärdena	6
Annonsering över tröskelvärdena	6
NOU:s länkar till blanketter och kommentarhäften	6
Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning	6
Skälig anbudstid vid förenklad upphandling	6
Prövning av anbud	7
Antaget anbud måste uppfylla samtliga krav	7
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena	7
Definition av bygg- och anläggningskontrakt	7
Avtal, avtalstider m.m.	8
Upphandlingens avslutande och avtalets ingående	8
Statistik	9
Över tröskelvärdena	9
Under tröskelvärdena	10
NOU:s tillsyn	10
NOU:s tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag	10
NOU:s ärenden och yttranden	10
Skälig anbudstid vid förenklad upphandling	10
Järfälla kommuns upphandling av takreovering - utvärderingskriterier	12
Yttrande avseende etniska och andra sociala hänsyn vid offentlig upphandling	13
Rättsfall	14
Mål i EG-domstolen	14
Mål i kammarrätt och länsrätt	15
Skadeståndsmål i Högsta domstolen	17
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt	19
Miljö	21
Offentlighet och sekretess	21
Övrigt	21
Yttrande över betänkandet Invandrare som företagare	22
NOU:s mässhedtagande	22
Nytt på NOU:s hemsida ( <a href="http://www.nou.se">www.nou.se</a> )	22

### NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012, 103 11 Stockholm

Telefon 08 - 454 44 40

Telefax 08 - 791 72 81

Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på

NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info

Glöm inte att ange källan, t.ex.

"NOU info oktober -99"



## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Ändringar i LOU den 1 januari 2000

Den 1 januari 2000 kommer Svenska kyrkan inte längre att ha någon särställning bland trossamfunden i Sverige. En konsekvens blir att Svenska kyrkan, med vissa undantag, inte längre faller inom definitionen upphandlande enhet och kommer således inte heller att omfattas av LOU (prop. 1998/99:38, Staten och Trossamfunden m.m. se sid. 253). De organisatoriska delar av Svenska kyrkan som kommer att ansvara för begravningsverksamheten, och därmed handha en allmän samhällsfunktion, kommer emellertid att omfattas av LOU också efter lagändringen. För vidare information, se ovan nämnda proposition.

### Förslag till ändring av EG-direktiven

Som NOU informerade om i *NOU info juni -99* har EG-kommissionen arbetat fram förslag till ändringar av EG-direktiven. Förslagen har sedan dess behandlats i rådgivande kommittén, där medlemsstaterna är representerade.

Inför det senaste sammanträdet tillkom ett ändringsförslag utöver de som tidigare aviserats, nämligen att ersätta kravet på att om möjligt rangordna utvärderingskriterierna med ett krav på att i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange viktning av kriterierna. Kravet skall enligt förslaget således gälla endast när utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet valts.

Kommissionen motiverar förslaget med att det handlingsutrymme som nuvarande regler ger de upphandlande enheterna, nämligen att dessa enbart behöver ange och "om möjligt" rangordna kriterierna, också ger visst utrymme att frångå övriga regler i direktiven, som är avsedda att tillförsäkra anbudsgivare sina rättigheter framför allt likabehandling och transparens.

## Tillämpning av LOU

### Statliga bolag som anses vara upphandlande enheter

NOU överlämnade i december 1998 en rapport till regeringen i vilken det angivits att ett antal statliga bolag enligt NOU:s bedömning borde följa LOU. NOU har under innevarande år behandlat några inkomna frågor och därvid vidhållit sin uppfattning att Samhall AB med dotterbolag, Svenska Spel AB, Posten AB och Systembolaget AB är upphandlande enheter enligt LOU.

NOU kan konstatera att Svenska Spel AB i två överprövningsmål inte inkommit med invändningen att det vid sina upphandlingar inte skulle behöva följa LOU. Enligt ett beslut i Kammarrätten i Stockholm (den 14 september 1999, mål nr 7016-1999) har Svenska Spel AB angivit att "...upphandling enligt LOU skulle komma att ske inom kort".

Rapporten om statliga bolag finns i sin helhet på NOU:s hemsida.

NOU förväntas få ett nytt uppdrag från regeringen att fortsätta dialogen med de bolag, vars bedömning att de inte behöver följa LOU kan ifrågasättas.

## NOU måste kunna fastställa vilka organisationer som är upphandlande enheter

NOU har till regeringen överlämnat en skrivelse från Göteborgs stad som har tillställts NOU som en följd av den pågående utredningen om kommunala bolags tillämpning av LOU. I skrivelsen ifrågasätts att vissa kommunala bolag är upphandlande enheter i LOU:s mening (dnr 1999/0187-29).

I följebrevet till regeringen har NOU anfört följande. "NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. För närvarande saknar NOU befogenhet att vidta några åtgärder för att fastställa eller genom annan få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter. Även Sveriges internationella åtaganden kräver att de upphandlande enheterna kan identifieras. NOU hänvisar också till vad som härom anges i rapporten från NOU avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar LOU. Rapporten har överlämnats till finansdepartementet den 1 december 1998."

## Omfattas utseende av en konkursförvaltare av LOU ?

Konkurstillsynsutredningen har av NOU begärt ett yttrande huruvida utseende av konkursförvaltare omfattas av LOU.

I yttrandet anförde NOU som sin mening att utseende av konkursförvaltare torde vara undantaget från LOU. I EG-fördraget görs i artikel 45 (förut art. 55) och art. 55 (förut art. 66) undantag för verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt vad gäller etableringsrätt respektive tjänster. Enligt NOU:s mening talar mycket för att utseende av konkursförvaltare är att betrakta som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt enligt art. 55, särskilt det förhållandet att förvaltaren utses av allmän domstol efter att tillsynsmyndigheten hörts enligt bestämmelser i konkurslagen. Visserligen är det fråga om en undantagsbestämmelse och skall därför tolkas snävt, men utseende av förvaltare enligt konkurslagen förefaller ha ett sådant direkt och specifikt samband med utövandet av offentlig makt som enligt EG-domstolens praxis krävs för att art. 55 skall vara tillämplig.

På fråga från utredningen uppgav NOU vidare att det enligt NOU:s mening inte var fråga om s.k. tredjemansupphandling med hänsyn till att staten i vissa fall får stå för kostnaden.

Utredningens förslag att teckna ramavtal för konkursförvaltartjänster enligt 1 kap. 5 § LOU tillstyrktes av NOU. Med hänsyn till att förvaltartjänsten torde vara undantagen på grund av art. 55 och i vart fall skulle vara att anse som en B-tjänst, kan ramavtal användas även om sådana för köparsidan icke bindande avtal skulle komma att förklaras oförenliga med EG-direktiven (och därmed LOU) för den klassiska sektorn vid upphandlingar över tröskelvärdena.

NOU:s yttrande har inte blivit föremål för beslut i NOU:s nämnd.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Sociala hänsyn

NOU:s kansli har i ett yttrande till Integrationsverket (dnr 1999/0075-21) uttalat sig om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid upphandling. NOU angav bl. a. att man måste skilja mellan sociala hänsyn som används som

1. *uteslutningsgrunder* (1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU),
2. *kvalifikationskrav* (1 kap. 18 § 2 st. LOU) och
3. *utvärderingskriterier* (1 kap. 22 § eller 6 kap. 12 §),  
vilka styrs av olika regler men samtliga läggs till grund för valet av leverantör och
4. tillkommande utförarvillkor under kontraktstiden, dvs. villkor som varken är kvalifikationskrav eller utvärderingskriterier och som inte påverkar valet av leverantör. Även de sistnämnda måste vara kända i förväg och vara förenliga med gemenskapsrätten och svensk lagstiftning.

NOU påminde även om att 1 kap. 4 § LOU och andra bestämmelser i lagen betonar *affärsmässighet*. Begreppet affärsmässighet som överförts till LOU från tidigare regelsystem (Upphandlingsförordningen och Upphandlingsreglementet) skulle markera att myndigheterna i sina upphandlingar inte skulle ta industripolitiska, sysselsättningspolitiska eller försörjningspolitiska hänsyn utan endast se till den enskilda upphandlingens värde i det specifika fallet (se närmare *NOU info oktober -98*).

Se referaten (dnr 1998/0166-26 och dnr 1997/0001-26) angående förfrågningsunderlagets utformning vad gäller utvärderingskriterier sid. 10 och sid. 12 samt avsnittet om NOU:s yttrande till Integrationsverket avseende etniska och sociala hänsyn på sid. 13. Angående vikten av att hålla isär kvalifikationsfas och utvärderingsfas se Svea hovrätts dom på sid. 20-21.

## Förfrågningsunderlaget

### Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare

Enligt en lagakraftvunnen dom har en upphandlande enhets beslut att *förkasta ett anbud från ett företag som deltagit i förberedelsearbetet inför upphandlingen* godtagits av domstolen i ett skadeståndsmål. Tingsrättens dom refereras på sid. 19.

Falu tingsrätt uppgav "Självfallet kan inte varje beröring med ett kommande projekt medföra att presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar föreligger. I detta fall har emellertid [leverantören] upprättat kontrollprogram och beskrivningar av fyllnadsarbeten samt har dessutom mer eller mindre på egen hand utarbetat den föreslagna lösningen av grumlingsproblematiken i punkt 5. I ljuset av det ovan anförda råder enligt tingsrättens uppfattning ingen tvekan om att en presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar förelåg vid upphandlingstillfället. Detta gäller så

mycket mer som anbudstiden inte var lång." Leverantören kunde sedan inte visa att den inte på något sätt erhållit fördelar av sitt arbete inför upphandlingen, varför tingsrätten inte utdömde något skadestånd.

## Utvärderingskriterier och sociala hänsyn

Se avsnittet om sociala hänsyn under rubriken Krav som får ställas på leverantörer.

## Upphandlingsförfaranden

### Över tröskelvärdena

Av en dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 9204-1997) framgår att Riksförsäkringsverket betraktat *en utökning av ett projekt* till samtliga försäkringskassor som en komplettering av en tidigare genomförd upphandling. Kammarrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om, bl.a. eftersom det inte av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framkom att syftet var att utöka projektet till samtliga försäkringskassor. Läs ett utförligare referat av domen på sid. 15.

En upphandlande enhet som inte är verksam inom försörjningssektorerna får inte tillämpa reglerna i 4 kap. LOU, se referat av en dom från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2365-1999) på sid. 16.

## Annonsering över tröskelvärdena

### NOU:s länkar till blanketter och kommentarhäften

NOU:s hemsida innehåller f.n. två länkar till blanketter för annonsering av upphandlingar över tröskelvärdena. Den ena länken finns under ikonen "Blanketter m.m." vilken leder till Anbudsjournalens blankettarkiv. Den andra finns på sidan "Länkar" under rubriken SIMAP och därefter via "CPV, Standards and Best practice" till "Forms for notification". Där finns blanketterna på samtliga officiella EU-språk, bl.a. svenska.

Blanketterna är formellt sett likvärdiga, dvs. innehållet i båda arkiven överensstämmer med direktivens krav på uppgifter vid annonsering och NOU:s kommentarhäften går att använda till båda. Det förefaller dock som om SIMAP:s blanketter vid utskrift får ett annat utseende än på bildskärmen. Grafik, text och sidbrytning stämmer sällan överens med den elektroniska förlagan. Förändringarna är alltför stora för att anses acceptabla. NOU har påtalat bristerna för EG-kommissionen.

## Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning

### Skälig anbudstid vid förenklad upphandling

En stiftelse har genom skrivelse infordrat anbud från tre arkitektkontor angående arkitektuppdrag för ombyggnad av ett våningsplan m.m. vid en herrgård. Vid an-

budsöppningen en vecka senare hade det inkommit två anbud medan en anbudsgivare hade avstått från att avge anbud. NOU har uttalat att en anbudstid på sju dagar i detta fall inte uppfyllde lagens krav på skälighet. Se NOU:s ärende (dnr 1998/0166-26) som refereras på sid. 10.

## Prövning av anbud

### Antaget anbud måste uppfylla samtliga krav

NOU har handlagt några ärenden i vilka den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget inte hade angivit några utvärderingskriterier. I ett ärende (dnr 1998/0166-26) har den upphandlande enheten angivit att den vid förenklad upphandling tillskrivit endast utvalda anbudsgivare sedan man i förväg bedömt att alla inbjudna anbudsgivarna "i allt väsentligt" uppfyllt enhetens kravprofil och därefter antagit den anbudsgivare som lämnat det lägsta anbudet. NOU har i ärendet betonat att förfrågningsunderlaget måste vara utformat på ett sådant sätt att presumtiva anbudsgivare får kännedom om de utvärderingskriterier som gäller och att ett kontrakt inte får tilldelas någon som inte uppfyllt samtliga ställda krav för att vara förenligt med LOU:s regler om anbudsprövning och kraven på likabehandling av leverantörer och förutsebarhet (transparens).

Se även NOU:s ärende Järfälla kommuns upphandling av takreovering (dnr 1997/0001-26) på sid. 12. Även i detta fall antog enheten uppenbarligen anbud som inte uppfyllde samtliga ställda krav, vilket är ett brott mot likabehandlingsprincipen, jfr EG-domstolens mål (C-243/98 Kommissionen mot Danmark, REG 1993, sid. 3353) angående Storebæltsförbindelsen (se *Sammanställning NOU info 1996*, sid. 56). Jmf Svea hovrätts dom på sid. 20-21.

## Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### Definition av bygg- och anläggningskontrakt

Definitionen av bygg- och anläggningskontrakt i 1 kap. 5 § LOU överensstämmer inte helt till sin ordalydelse med definitionen i det bakomliggande direktivet 93/37/EEG, som dessutom innefattar uttrycket "utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven" (art. 1 a, i den engelska versionen: the execution, *by whatever means*, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority).

Kammarrätten i Göteborg har i en dom (mål nr 3859-1999) funnit att ett arrangemang, varigenom Torsby kommun hyr ut ett markområde till en grupp företag i syfte att där uppföra en simhall som hyrs ut till kommunen för att användas av allmänheten och som kommunen skall överta efter hyrestidens utgång, omfattas av uttrycket "the execution by whatever means..." Byggnationen bedömdes omfattas av LOU. Se referat av domen på sid. 16.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Upphandlingens avslutande och avtalets ingående

NOU har tillskrivit regeringen med anledning av att det i rättstillämpningen fortfarande råder osäkerhet avseende tiden för upphandlingens avslutande och upphandlingsavtalets ingående (dnr 1999/0169-29).

NOU har anfört: "Av juridiska och praktiska skäl är det viktigt att denna tidpunkt kan fastställas exakt. Förutom vikten av att avtalsparter och tredje man vet när ett avtal är juridiskt bindande kan avtalstidpunkten i upphandlingssammanhang ha betydelse främst för fastställande av sista tidpunkten för överprövning i länsrätten eller skadeståndtalans väckande i tingsrätten men har också betydelse för bl.a. reglerna för annonsering efter avslutad upphandling och underrättelser till anbudsgivarna om avbruten upphandling samt sekretessfrågor.

Frågan har uppkommit om ett avtal är ingånget genom att anbud möts av en ren skriftlig accept (t.ex. en beställningsskrivelse som motsvarar anbudsgivarens anbud) eller om det krävs att ett formellt upphandlingsavtal ingås.

Kammarrätten i Stockholm har i ett lagakraftvunnet beslut (mål nr 3657-1999), med hänvisning till Regeringsrättens refererade avgörande RÅ 1996 ref. 50 gjort tolkningen att något avtal enligt LOU *inte har kommit till stånd enbart genom accepten av anbudet* varmed överprövning tilläts efter tidpunkten för överlämnande av beställningen (accepten).

En annan tolkning av Regeringsrättens avgörande än den ovanstående har tidigare gjorts av flera andra allmänna förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar, vilka som giltig accept godtagit även muntliga bekräftelser och konkludent handlande (se vidare bifogad PM). Även NOU har flera gånger angivit att Regeringsrättens avgörande RÅ 1996 ref. 50 kan tolkas så att ett skriftligt anbud och en skriftlig accept som överensstämmer helt med anbudet får anses uppfylla kravet på skriftlig form. I andra fall kan accepten utgöras av en skriftlig beställning från den upphandlande enheten. (jfr *Sammanställning NOU info 1996 sid. 59, NOU info december 1998, sid. 21* och Vägledning till 6 kap. LOU, sid. 60). Av praktiska skäl har frågan mycket stort intresse eftersom ett stort antal upphandlingar under tröskelvärdena avslutas genom att den upphandlande enheten överlämnar en beställning."

NOU har i samma skrivelse pekat på bristande överensstämmelse mellan definitionerna av upphandlingskontrakt och direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU. Definitionerna tycks tala för att även en direktupphandling, som i många fall utgör mindre köp över disk, kräver skriftlig form.

NOU anser det angeläget att regeringen uppmärksammar denna problematik och i kommande förslag till lagändring eller uttalanden i förarbetena undanröjer de tveksamheter som för närvarande råder om tidpunkten för ett upphandlingsavtals ingående och upphandlingens avslutande och fortsätter: "Det som främst bör klargöras är om upphandlingen kan avslutas på annat sätt än genom en skriftlig kontraktshandling underskriven av båda parter och om sådant avtals slutande styrs av huvudregeln i 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på

förmögenhetsrättens område (AvtL) eller om det skall anses utgöra ett formalavtal som är undantagen från ovannämnda huvudregel. Därvid bör beaktas även de kommande formerna för elektronisk handel som förutsätter att anbud möts av en accept/beställning på elektronisk väg.

Vidare bör klarläggas om även direktupphandling måste avslutas genom ett skriftligt avtal. Definitionerna av upphandlingsavtal och direktupphandling bör därvid bringas i överensstämmelse, t.ex. genom att ange att definitionen av upphandlingskontrakt inte omfattar direktupphandling."

Den i yttrandet åberopade PM, i vilken återges ett utdrag ur *NOU info december -98*, finns på NOU:s hemsida.

## Statistik

### Över tröskelvärdena

Enligt uppgift från SCB saknas fortfarande många efterannonseringar. SCB samlar på NOU:s uppdrag in de uppgifter som sammanställs årligen på grundval av dels upphandlingsavtalet inom WTO (GPA) och dels EG:s upphandlingsdirektiv.

Om de upphandlande enheterna efterannonserar på ett korrekt sätt kan den för Sverige obligatoriska statistikinsamlingen till stor del ske genom att uppgifterna hämtas direkt ur databasen TED.

NOU vill återigen betona att det är obligatoriskt att annonsera avslutade upphandlingar över tröskelvärdena. Alla upphandlande enheter som ännu inte efterhandsannonserat upphandlingar över tröskelvärdena, som avslutats under 1999 uppmanas därför att omgående göra det. Observera att efterannonsering skall ske även om upphandlingen har avbrutits, om upphandlingen tilldelats egenregiverksamheten, vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdet och även i det fall ingen annonsering skett inför upphandlingen ifråga. De enheter som senast under mars 2000 gjort en *fullständig* efterhandsannonsering kommer inte att behöva lämna några uppgifter för statistikändamål vad gäller upphandlingen över tröskelvärdena. *I de fall uppgifter saknas måste dessa lämnas separat till NOU efter anmodan.* För att efterannonseringen skall ske på ett fullständigt och korrekt sätt är det lämpligt att använda standardblanketterna.

I *Sammanställning NOU info 93-95* avsnitt 16.4 och *Sammanställning NOU info 1996* avsnitt 16 finns bl. a. en redogörelse för vilka uppgifter som behövs för statistikändamål. NOU vill här ytterligare understryka och kommentera vikten av vissa uppgifter:

- *Datum för kontraktstilldelning* - statistiken gäller upphandlingar som avslutats under 1999.
- Kontraktets totala uppskattade värde under kontraktets hela löptid inklusive eventuella optioner och förlängningsklausuler. Det kan av konkurrensskäl ibland vara känsligt att uppge värdet på delkontrakt - det är för statistikändamål tillräckligt med det totala värdet. Sammanställningen av statistiken visar inte heller några detaljer.

- *Upphandlingsannonsens nummer*, som finns i databasen TED under beteckningen TD-ref.
- *CPV-nummer*. Varje upphandling ges ett CPV-nummer i TED vare sig enheten angett det eller ej - det är f.ö. mindre risk för fel om numret anges av den upphandlande enheten. Det är utifrån CPV-numren som uppgifterna hämtas ur TED och sammanställs i en rapport på 2- eller 3-siffernivå.

Annonsen om tilldelade kontrakt skall givetvis dessutom innehålla alla övriga uppgifter som krävs enligt direktiven och som återspeglas i blanketterna.

## Under tröskelvärdena

Statistikuppgifter om upphandlingar *under tröskelvärdena* samlas in manuellt och de enheter som berörs gör klokt i att skaffa sig rutiner för att på ett enkelt sätt tillgodose detta statistikkrav. Enheterna skall efter uppmaning, lämna uppgift om det totala värdet av sin upphandling under tröskelvärdena fördelat på varor, tjänster och entreprenader. För närmare information se *Sammanställning NOU info 93-95* och *Sammanställning NOU info 1996*.

## NOU:s tillsyn

### NOU:s tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag

Slutrapporten avseende tillsynsprojektet över kommun- och landstingsägda bolag beräknas offentliggöras i slutet av året och publiceras på NOU:s hemsida.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Skälig anbudstid vid förenklad upphandling

*NOU:s kansli har i ett ärende uppgivit att en anbudstid på sju dagar vid en förenklad upphandling genomförd av Stiftelsen Baldersnäs var för kort (dnr 1998/0166-26).*

För upphandlingar under tröskelvärdena finns inga lagstadgade tidsfrister, utan anbudsgivare skall ges skälig tid att lämna anbud. Anbudstiden skall beräknas med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av den allmänna huvudregeln om affärsmässighet.

I det aktuella yttrandet hänvisas till några tidigare uttalanden om vad som avses med skälig anbudstid vid förenklad upphandling, bl.a. *Sammanställning NOU info 1996* avsnitt 14.2. (bl.a. två länsrättsavgöranden i vilka det angavs att en anbudstid på 15 dagar var tillräcklig i en upphandling av arbetsmarknadsutbildning respektive att en upphandling med en anbudstid på tre veckor fick göras om.)

NOU har vidare i ett yttrande som beslutats vid nämndsammanträde (dnr 1998/0160-26, se referat i *NOU info mars -99*) avseende upphandling av färjetrafik enligt reglerna för förenklad upphandling uttalat att den angivna anbudstiden på en och en halv månad, med mellankommande helger, med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte kunde anses som skälig. Stadsrevisionen i Göteborg har vid bedömningen av samma ärende kommit till samma slut-



sats. Den korta anbudstiden fick vidare ses som en otillbörlig fördel för den leverantör som tidigare skötte trafiken. NOU ansåg att detsamma gällde även kravet att påbörja färjetrafiken bara några månader efter upphandlingens avslutande.

Regeringsrätten har i en dom (mål nr 6017-1997) avseende upphandling av barn- och ungdomstandvård inom tio geografiskt begränsade områden uttalat att rätten "i likhet med NOU" funnit att "anbudstiden med hänsyn till upphandlingens omfattning [har] varit för kort". NOU har i sitt yttrande till Regeringsrätten angivit "Om landstinget inte kunde tillåta anbudsgivare att lämna anbud på delar av entreprenaden borde landstinget ha lämnat dessa en reell möjlighet att förbereda och formera en samverkan. Enligt NOU:s uppfattning fordras en avsevärd längre anbudstid för att möjliggöra detta."

NOU:s kansli har i det nu aktuella yttrandet (dnr 1998/0166-26) framfört följande:

"Huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU anger 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. Huvudregeln gäller vid all upphandling och innebär att konkurrensen inte får begränsas med oskäligt kort anbudstid. I det aktuella fallet har ett tillskriivet arkitektkontor, måhända till följd av den korta anbudstiden eller förfrågningsunderlagets utformning i övrigt, avstått från att lämna anbud. Det kan därför ifrågasättas om två inkomna anbud, vid en upphandling som den förevarande, uppfyller LOU:s krav på "utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns".

Vid upphandling av rena katalogvaror, enkla kombinationer av standardvaror eller enkla rutintjänster kan anbudstiderna vara kortare än vid en sådan upphandling som den förevarande, vilken förutsatte att anbudsgivarna skulle kunna kontakta underleverantörer, inhämta prisuppgifter och eventuellt göra ett eller flera besök på projekteringsplatsen. En anbudstid på sju dagar kan vid sådana omständigheter inte betraktas som skälig.

Den omständigheten att ingen av de inbjudna anbudsgivarna begärt en förlängning av anbudstiden inverkar inte på NOU:s bedömning att anbudstiden på en vecka var oskäligt kort. En upphandlande enhet bör inte förlänga anbudstiden enbart för att någon anbudsgivare begär det.

NOU menade vidare att det dock enligt allmänna principer får anses åligga en anbudsgivare eller leverantör att agera så att han försöker eliminera skadan eller begränsa dess omfattning. I Sverige kan det innebära att den skadelidande, om möjligt genast, påtalar felet hos den upphandlande enheten eller ansöker om överprövning i länsrätten. Även utgången av en eventuell framtida skadeståndstalan kan vara beroende av om det kan visas, att den skadelidande försökt förhindra skadans uppkomst eller begränsa skadans omfattning (jfr Högsta domstolens dom mål nr T 1441-97). Anbudsgivaren får då agera mycket snabbt. Länsrätten i Östergötlands län kunde t.ex. inte pröva huruvida en anbudstid på endast tre arbetsdagar kunde anses skälig. Upphandlingskontraktet ansågs nämligen ha slutits genom att den upphandlande enheten dagen efter sista anbudsdagen genom en beställning accepterat ett inlämnat anbud (mål nr 2031-98 E).

NOU:s kommentar: En bedömning av vad som kan anses utgöra behövlig förberedelsestid tills leveranserna eller tjänsten skall påbörjas får göras från fall till fall.

Ett exempel på detta är det i *NOU info mars -99* omnämnda rättsfallet från länsrätten i Vänersborg (mål nr 467-99). Länsrätten fann det inte utrett att det behövdes längre förberedelsetid än 1,5 månad från upphandlingens avslutande för att anpassa fordon för skolskjutsar. Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2309-1999) ändrade inte länsrättens dom.

## Järfälla kommuns upphandling av takrenovering - utvärderingskriterier

*NOU har efter ett klagomål från en leverantör prövat utvärderingskriterierna i en förenklad upphandling genomförd av Järfälla kommun (dnr 1997/0001-26)*

NOU har i yttrandet anfört: "Angivelse av "kvalitet och andra liknande omständigheter", utan någon ytterligare precisering, uppfyller inte lagens krav då leverantören inte rimligen kan veta vad som avses med "liknande omständigheter". Uttrycket inbjuder till att vid utvärderingen felaktigt beakta andra kriterier än de angivna. Motiveringen att den valde leverantören hade bästa pris inom önskad materialkategori tyder på godtycklig bedömning, eftersom det av förfrågningsunderlaget klart framgår att anbudsgivare får föreslå typ av material och arbetsmetod och några önskemål eller antydningar om preferenser inte framgår av de vid anbudstiden kända handlingarna. Anbudsgivarna skall inte tvingas spekulera i vad den upphandlande enheten efterfrågar och hur anbuden kommer att utvärderas. Det är inte heller tillåtet att till grund för beslut om leverantör lägga ett för anbudsgivarna i förväg okänt kriterium, såsom att kommunen först efter anbudstidens utgång bestämmer sig för eller preciserar vad som avses med "önskad materialkategori". NOU anser inte heller att det för Järfälla kommun varit omöjligt att ange utvärderingskriterierna i inbördes ordning.

Samma resonemang kan i allt väsentligt tillämpas även avseende de inte närmare preciserade kriterierna av "färdigställandetid" och "miljöpåverkan". Om tiden varit väsentlig borde det åtminstone ha angivits inom vilken tidsrymd arbetet borde påbörjas och avslutas samt hur den upphandlande enheten tänkte värdera ett tidigt färdigställande. Att ange ungefärlig tidpunkt för arbetets påbörjande hade varit särskilt angeläget mot bakgrund av kravet på att "arbetet skall starta snarast efter beställning och enligt överenskommelse med beställaren". Vad som avses med "miljöpåverkan" hade inte heller närmare angivits i förfrågningsunderlaget.

Järfälla kommun har enligt NOU:s uppfattning inte på ett tillfredsställande sätt förklarat på vilka grunder den antagne leverantörens anbud ansågs mest fördelaktigt med hänsyn till att anbudspriset var högre än flera andra konkurrenters och det erbjudna materialet inte halksäkert. Materialets miljövänlighet är dessutom omtvistad (PVC). Av utvärderingsprotokollet framgår inte alls på vilket sätt, om något, kommunen beaktat eller värderat färdigställandetiden.

NOU vill för Järfälla kommun betona vikten av att kommunen vid kommande upphandlingar i annons och/eller förfrågningsunderlag anger *samtliga* och så långt möjligt mätbara utvärderingskriterier. NOU vill vidare påminna om att det enligt LOU inte är tillåtet vare sig att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav eller att grunda valet av leverantör på andra krav och kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget."

## Yttrande till Integrationsverket avseende etniska och andra sociala hänsyn vid offentlig upphandling

*Kansliet vid NOU har lämnat ett yttrande till Integrationsverket (dnr 1999/0075-21) med synpunkter bl.a. på vilka krav som upphandlande enheter får ställa på leverantörens personalsammansättning m.m. vid upphandling och i vilken mån en antidiskrimineringsklausul får tas med i avtalet.*

I yttrandet framför kansliet sammanfattningsvis följande:

- Det har inte på senare tid skett någon ändring i regelverket på upphandlingsområdet beträffande möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.
- En riktig och konsekvent tillämpning av grundprinciperna bakom offentlig upphandling kan sannolikt i längden ge ett gott resultat även avseende etnisk mångfald. Det är angeläget att inte belasta ett redan nu komplicerat regelverk med nya avancerade överväganden.
- Ett införande av sociala hänsyn får inte innebära att olika typer av icke-ekonomiska/sociala hänsyn i verkligheten används till att rättfärdiga eller dölja en i grunden fri prövning av anbuderna eller äventyra förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och lika och rättvis behandling av leverantörerna.
- De praktiska svårigheterna och förmodade kostnadsökningarna förknippade med etniska hänsyn synes kunna bli så betydande att en standardiserad, generell och utbredd användning av etniska krav och klausuler i samband med offentlig upphandling inte kan rekommenderas.
- Krav på sociala hänsyn bör ställas endast om myndigheten mot bakgrund av en analys av svensk lag och gemenskapsrätten med hög grad av sannolikhet kan anse att det ställda kravet i det enskilda fallet är proportionellt, lagligt och inte på ett otillåtet sätt hindrar den fria rörligheten eller snedvrider konkurrensen.
- Resultatet av flera pågående utredningar bör avvaktas och den återstående osäkerheten om den rätta eller tillåtna användningen av reglerna bör inte utgöra anledning till att pröva gränserna.

EG-kommissionen har för avsikt att i ett s.k. tolkningsmeddelande förtydliga gällande principer som tillåter beaktande av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. Tolkingsmeddelandet tillsammans med upphandlingskommitténs slutsatser väntas ge viss vägledning framöver.

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Avbruten upphandling på grund av bristande konkurrens*

EG-domstolen har den 16 september 1999 avkunnat en dom i ett mål som gällde avbruten upphandling på grund av bristande konkurrens<sup>1</sup>.

Domen föranleddes av en fråga från en österrikisk domstol med anledning av en tvist mellan två bolag<sup>2</sup> å ena sidan och en upphandlande enhet<sup>3</sup> å andra sidan. Tvisten uppkom efter det att enheten annonserat en upphandling enligt öppet förfarande gällande ett skyddsräcke längs en del av Autobahn. Sedan enheten i selekteringsfasen valt bort samtliga anbud utom ett, ett från bolagen gemensamt anbud, beslutade enheten att avbryta upphandlingen med hänsyn till den bristande konkurrensen. Enheten stödde sig därvid på en regel i den österrikiska lagen som gav den upphandlande enheten rätt att återkalla en anbudsinfördran om det efter selektering av lämpliga anbudsgivare endast kvarstod ett anbud.

Bolagen vände sig till domstol och ansökte om ogiltigförklaring av beslutet och menade att kontraktet skulle tilldelas dem.

Domstolen ställde en tolkningsfråga till EG-domstolen ang. art. 18.1 i byggdirektivet, som anger att upphandlingen skall ske i ett tvåstegsförfarande: först en selektering av lämpliga anbudsgivare och därefter utvärdering av anbudet. Frågan som ställdes gällde om regeln innebar att den upphandlande enheten var skyldig att godta ett anbud, även om det var det enda som återstod. Bolagen hade hävdade att möjligheten att avstå från tilldelning av kontraktet måste inskränkas till undantagsfall och enbart kan användas i allvarliga fall.

EG-domstolen förklarade att direktivets regel (art 8.2), som anger att den upphandlande enheten skall meddela anbudssökandena och anbudsgivarna vid återkallelse av anbudsinfördran, inte föreskriver att sådan återkallelse kan ske enbart i undantagsfall eller i övrigt enbart i allvarliga fall.

EG-domstolen erinrade vidare om ingressen till direktivet, vari anges bl. a. att direktivet har till syfte att utveckla effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Domstolen hänvisade också till reglerna i direktivet, som anger att antalet anbudsgivare vid selektivt förfarande måste vara tillräckligt stort för att uppnå verklig konkurrens och vid förhandlat förfarande minst 3 i den mån det finns tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare.

Vidare anförde EG-domstolen att utvärdering av anbud skall göras enligt kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därav följer enligt domstolen, att direktivet, för att uppfylla syftet att utveckla konkurrensen, organi-

---

<sup>1</sup> Mål C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten.

<sup>2</sup> Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH.

<sup>3</sup> Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten

serar tilldelningen av kontrakt på ett sådant sätt att den upphandlande enheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier. Om det endast återstår ett anbud kan den upphandlande enheten inte göra en sådan jämförelse.

EG-domstolen förklarade därför att den upphandlande enheten inte var skyldig att tilldela kontraktet till den ende anbudsgivare som ansetts vara lämplig anbudsgivare.

Den österrikiska domstolen hade också ställt frågan om den aktuella bestämmelsen (art. 18.1) hade direkt effekt, dvs. om enskilda kunde åberopa den vid nationella domstolar.

EG-domstolen hänvisade till Beentjes-målet (mål 31/87, Beentjes, REG 1988 sid. 4635, punkt 43), där samma fråga ställts beträffande motsvarande bestämmelse i förutvarande byggdirektiv (71/305), och förklarade att, eftersom inga särskilda genomförandeåtgärder är nödvändiga för att uppfylla de krav som anges i bestämmelsen, är de skyldigheter som följer av artikeln ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas av enskilda vid nationell domstol.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- NOU har tidigare informerat om att Länsrätten i Stockholms län (Ö 16217-97) beslutat att Riksförsäkringsverkets (RSV) upphandling av talsvarssystem skall göras om (*NOU info mars -98*, sid. 20). Länsrätten meddelade sin dom den 4 december 1997 och RSV överklagade denna till kammarrätten. Kammarrättens i Stockholm dom (mål nr 9204-1997) meddelades den 29 juni 1999 (1 ½ år senare) och överklagandet avslås.

Av länsrättsdomen framkommer bland annat följande. "Huvudregeln är att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Undantag från konkurrensregeln kan göras i vissa särskilt i lag angivna fall. Riksförsäkringsverket har i sitt yttrande bl.a. anfört att de har sett utökningen av projektet som en komplettering av den tidigare upphandlingen. Av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framgår dock inte att syftet var att utöka projektet till samtliga försäkringskassor. Vid en samlad bedömning av utredningen i målet finner länsrätten att aktuell utökning inte kan betraktas som en komplettering till tidigare upphandling. Det saknas därmed laglig grund för att frångå ovannämnda huvudregel."

Kammarrätten instämmer enligt domen i länsrättens bedömning och avslår överklagandet. Upphandlingen skall således göras om.

Kansliet vid NOU har konstaterat på grundval av det nu nämnda målet att "Även om processen i förvaltningsdomstol ofta är jämförelsevis relativt snabb så lever knappast processen i exemplet ovan upp till direktivets krav på snabba och effektiva rättsmedel. Tidsutdräkten är till stor nackdel både för den upphandlande enheten och leverantören. Enheten har ett behov av det som är föremål för upphandlingen och kan givetvis inte avvakta en längre domstolsprocess." Se NOU:s rapport till upphandlingskommittén Kartläggning av fel

och brister vid offentlig upphandling (dnr 1999/0052-28, sid. 34) som i sin helhet finns inlagd på NOU:s hemsida.

- Kammarrätten i Göteborg har meddelat dom (mål nr 2365-1999) efter att ha inhämtat yttrande från NOU (dnr 1999/0102-29). NOU uppgav i yttrandet att den upphandlande enheten, Grums kommun, inte var verksam inom försörjningssektorerna och därför skulle ha använt sig av öppen eller selektiv upphandling om inte något annat upphandlingsförfarande kunde tillämpas enligt 2 kap. 10 eller 11 §§ LOU. Kammarrätten har godtagit NOU:s resonemang och funnit att kommunen "inte haft rätt att använda sig av förhandlad upphandling. Upphandling har alltså skett i strid med LOU." Det saknades dock skäl för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU eftersom det "inte framkommit något som ger vid handen" att det klagande bolaget, trots att kommunen använt fel upphandlingsform, inte kunnat konkurrera på samma villkor som övriga anbudsgivare i ärendet. Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd i målet, varvid kammarrättens avgörande står fast.

NOU:s kommentar: Avgörandet inskräper det som NOU påpekat i *NOU info juni -99*, sid. 4 f, att en enhet utanför försörjningssektorerna inte får använda sig av reglerna i 4 kap. LOU. Av avgörandet kan vidare utläsas ett mycket långtgående krav på bevisning av den lidna skadan.

- Kammarrätten i Göteborg har i dom den 8 oktober 1999 (mål nr 3859-1999) avgjort ett mål som gäller definitionen av byggtreprenad. Domen har inte vunnit laga kraft. Genom ett anläggningsarrande upplät Torsby kommun ett markområde till en grupp företag på orten för en tid om 11 år. Av avtalet framgick att syftet med upplåtelsen var att gruppen skulle uppföra en simhall för allmänheten. Byggnationen skulle finansieras genom att gruppen upptog ett lån från kommunen om 20 miljoner kr, genom ett bidrag från länsarbetsnämnden om 4 miljoner kr och genom av företagsgruppen insamlade medel om 8 miljoner kr. Vidare hade ett hyresavtal slutits, enligt vilket kommunen av företagsgruppen skulle hyra simhallen för en hyrestid av 10 år för 1 miljon kr per år jämte ränta. Efter hyrestidens utgång skulle kommunen vara skyldig att lösa in simhallen jämte inventarier för 10 miljoner kr genom att företagsgruppens restskuld till kommunen skulle avskrivas.

Sedan ett byggbolag begärt överprövning och Länsrätten i Värmlands län (mål nr 803-99E) avslagit ansökan, överklagades ärendet till Kammarrätten i Göteborg, som begärde in ett yttrande av NOU (dnr 1999/0145-22).

NOU anförde i huvudsak följande. Definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU återger inte ordagrant samtliga de situationer som återfinns i den bakomliggande bestämmelsen i art. 1 (a) i byggdirektivet (93/37/EEG), som inkluderar även "the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority;" Bestämmelsen torde dock med hänvisning till en dom från EG-domstolen<sup>4</sup> ha direkt effekt. Bl. a. av EG-kommissionens Guidelines framgår att det ovan citerade uttryck-

---

<sup>4</sup> C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998 sid. 5357, (se *NOU info oktober -98*)

et *by whatever means* har till syfte att i direktivets tillämpningsområde "fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande enheter för att tillgodose dessas särskilda behov." Byggnationen omfattades därför av reglerna i 3 kap. LOU. Med hänsyn till att definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU är gemensam för 3 kap. och 6 kap. i LOU, ansågs byggnationen omfattas av LOU även om dess värde skulle beräknas understiga tröskelvärdet.

Kammarrätten fann att byggnationen av simhallen skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU, med hänsyn framför allt till att finansieringen skulle ske till största delen med kommunala medel och att en slutlig äganderättsövergång till kommunen var avgörande för affären. Tiden för att överklaga domen har ännu inte löpt ut. NOU återkommer när det finns ytterligare information i målet.

- Länsrätten i Örebro län har i en dom (mål nr 2057-99 E) prövat en upphandling med vissa miljörelaterade krav och förordnat att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Örebro läns landsting har annonserat en öppen upphandling gällande leasing, hyra eller köp av kopiatorer. Klagandebolaget har anfört att vissa s.k. skalkrav och börkrav var diskriminerande eller otydligt formulerade.

Länsrätten fann att kravet, att kopiatorerna *skall* ha miljömärkning typ Svanen, Blå Ängeln eller likvärdig märkning, strider mot LOU. "Länsrätten anser att en hänvisning till ett nationellt miljömärke är diskriminerande. Ett angivande av flera nationella märken samt möjligheten att uppvisa att produkten är likvärdig ur miljösynpunkt kan inte godtas. Anbudsgivarna kan inte härigenom klart utläsa vilka miljökrav som uppställs. Landstinget bör i stället klart ange vilka gränsvärden som inte får överskridas." Kravet att produkten *bör* innehålla några aktivt tillsatta miljöfarliga ämnen enligt Kemikalieinspektionens författningssamling är "otydligt och bör preciseras genom angivande av högsta tillåtna gränsvärden för de olika avsedda substanserna."

Kravet, att demonteringsanvisningar/skrotanvisningar/avfallsanvisningar *bör* finnas, strider inte mot LOU. Kravet, att produkten *bör* vara konstruerad för att vara energisnål, är för otydligt formulerat. Landstinget "bör därför ange gränsvärden för produkternas energieffektivitet."

Kravet, att PVC inte bör ingå i produkten, kan inte fullt ut uppfyllas. Landstinget medger att fullständig frihet från PVC inte kan uppfyllas av dagens produktutbud. Landstinget "bör därför ange ett gränsvärde för hur mycket PVC produkterna högst tillåts innehålla."

Kravet, att förpackningar *bör* vara märkta med materialsymboler i enlighet med gällande DIN-standard, ISO-standard eller enligt kommissionsbeslut 97/129/EG, strider inte mot LOU. Kravet har betydelse för landstingets avfallshantering och kan uppfyllas av samtliga leverantörer.

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen (HD) har meddelat prövningstillstånd (T 1683-99) i ett mål från Göta hovrätt (mål nr T 189/96) som avser en upphandling av svenskundervisning genomförd av Lindesbergs kommun. NOU har tidigare informerat om domen meddelad av Lindesbergs tingsrätt, se *Sammanställning NOU info 1996 sid. 67-68*. Tingsrättens dom förpliktigade kommunen att utbetala skadestånd men hovrätten som ändrade utgången i målet, uppgav att de regler som nu gäller på upphandlingsområdet inte medför någon rätt till skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi.

Se vidare *NOU info juni -99* sid. 15 för utförligare referat av hovrättens dom och NOU:s kommentar till denna. HD kommer att avgöra om kommunen genom att avbryta upphandlingen ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU gentemot den vars anbud inte har antagits. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

- HD har också meddelat prövningstillstånd (T 370-99) i ett mål där Svea hovrätts dom den 22 december 1998 (T 20-98) överklagats. Målet avser en upphandling av budbilstransporter genomförd av Stockholms läns landsting. Landstinget valde att inte fullfölja en öppen upphandling av budbilstransporter, utan i stället låta en egen enhet sköta transporterna. Svea hovrätt uppger i domen: "LOU innehåller inga regler som förbjuder den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen. Som tingsrätten har konstaterat innehåller LOU heller inte någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts. Frågan har, vilken tingsrätten också har påpekat, varit föremål för överväganden som inte har lett till lagstiftning. Av det sagda kan någon annan slutsats inte dras än att gällande lagstiftning inte ger stöd åt [leverantörens] i andra hand gjorda påståenden att Landstinget har ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU genom att avbryta upphandlingen på det sätt som skedde." HD ska avgöra om landstinget genom att avbryta upphandlingen ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot den vars anbud ej antagits. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.
- HD har i ett beslut (T 4651-98) uppgivit att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd avseende en öppen upphandling av färdtjänst genomförd av Lunds kommun. Beslutet innebär att domen från Hovrätten över Skåne och Blekinge (T 382-97) står fast.

NOU har refererat domen från Lunds tingsrätt i *NOU info oktober -97* och hovrättsdomen i *NOU info december -98*. Kommunen ådömdes av tingsrätten att utge, förutom rättegångskostnader, skadestånd med 3 852 000 kr till leverantören. Hovrätten ändrade tingsrättens dom och ogillade käromålet, varpå leverantören ådömdes att betala kommunens rättegångskostnader både i tingsrätten och i hovrätten. Av hovrättsdomen framkommer "att upphandlingsförfarandet varit behäftat med så väsentliga och allvarliga brister att Lunds kommun uppenbarligen inte uppfyllt det krav på affärsmässighet som ställs upp i 1 kap. 4 § LOU."



Att något skadestånd sedan inte utdömdes beror på att leverantören inte kunde visa att prövningen enligt 1 kap. 22 § LOU skulle ha lett till att kommunen bort anta dennes anbud.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- I *NOU info mars -98* och *december -98* informerades om domen från Stockholms tingsrätt (4-446-96) respektive domen från Svea hovrätt (T212-98) avseende en av Socialstyrelsen genomförd upphandling. Tingsrätten ådömde staten genom Socialstyrelsen att betala tio miljoner kr till leverantören. Hovrätten har fastställt tingsrättens domslut och beslutat att vardera parten skall stå för sina rättegångskostnader.

Hovrätten uppger att den upphandlande enheten kan "...ställa upp krav på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning. Om några sådana krav inte har ställts upp, kan det i och för sig te sig naturligt att anta att den upphandlande enheten ändå kan kräva att anbudsgivaren skall ha sådan teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning att anbudet kan fullgöras". Hovrätten uppger vidare att "I det underlag som socialstyrelsen har presenterat är det då närmast begreppen genomförande och leverantörsbedömning som kan uppfattas ta sikte på anbudsgivarnas kvalifikationer. Det måste emellertid samtidigt konstateras att nämnda begrepp är så allmänt hållna att de knappast ger någon vägledning utöver vad som allmänt sett skulle kunna krävas vad avser anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning". Socialstyrelsen har enligt hovrätten "...vägt in faktorer som måste anses som ovidkommande i den mening som avses i 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling. Man har beaktat kostnader för byte av leverantör. Man har beaktat att det är tryggt med nuvarande leverantör. Man har också beaktat regionalpolitiska skäl. Det har varit fel av Socialstyrelsen att väga in omständigheter av detta slag." Domen överklagades till Högsta domstolen men sedan båda parterna återkallat sin talan har HD avskrivit målet.

- Falu tingsrätt har meddelat en dom (mål nr T 1758-96) avseende en förenklad upphandling av konsulttjänster genomförd av Vägverket. Tingsrätten utdömde inget skadestånd och leverantören ådömdes att ersätta Vägverket för sina rättegångskostnader. Domen har vunnit laga kraft.

I målet prövades en upphandling av konsulttjänster och enligt domen är det ostridigt att den skadeståndsyrkande leverantören i och för sig lämnade det mest fördelaktiga anbudet och dessutom ensam lämnade anbud beträffande viss del i upphandlingen. Fråga i målet är enbart om Vägverket gjorde rätt i att utesluta leverantören med stöd av 1 kap. 4 § LOU, eftersom presumtion förelåg att denne genom att ha deltagit i utarbetande av kontrollprogram m.m. erhållit konkurrensfördelar framför andra anbudsgivare.

Tingsrätten hänvisar till avsnittet 5.7 "Konsult för kravspecifikation - Anbudslämnare?" i *Sammanställningen NOU info 1996* och anger följande:

"En konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete bör inte delta i därpå följande anbudsgivning, om det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att

den på ett eller annat sätt anpassas till konsultens produktion av varor eller tjänster. Konsultmedverkan får inte leda till att konsulten ges *otillbörliga* konkurrensfördelar genom information som andra anbudsgivare inte får.

Omvänt är det således möjligt att använda en konsult i upphandlingen om det kan anses att konsulten inte fått en otillbörlig konkurrensfördel i tidigare led".

NOU:s kommentar: Tilläggas kan som NOU också framförde i avsnittet ovan, att i de fall den upphandlande enheten bedömer att en konsult inte kan få delta i upphandling av slutprodukten eller tjänsten, bör detta klargöras redan inför den inledande upphandlingen.

I domen uppges att "Självfallet kan inte varje beröring med ett kommande projekt medföra att presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar föreligger. I detta fall har emellertid [leverantören] upprättat kontrollprogram och beskrivningar av fyllnadsarbeten samt har dessutom mer eller mindre på egen hand utarbetat den föreslagna lösningen av grumlingsproblematiken i punkt 5. I ljuset av det ovan anförda råder enligt tingsrättens uppfattning ingen tvekan om att en presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar förelåg vid upphandlingstillfället. Detta gäller så mycket mer som anbudstiden inte var lång.

Således åvilar det [leverantören] att visa att man inte på något sätt erhållit fördelar av sitt förarbete till upphandlingen, en bevisbörda som är tung att bära. Visserligen har många av kraven i kontrollprogrammet grundats på myndighetsbud och debiteringen varit rörlig, men det är ändå så att [leverantören] deltagit i diskussioner med berörda myndigheter innan deras krav framlades och inte ens timdebitering utesluter att fördelar gives vid framräkning av anbudspris. Mot bakgrund av den mycket starka presumtion för otillbörlig konkurrensfördel som föreligger i målet, finner tingsrätten att [leverantören] inte förmått styrka att sådan fördel inte förelegat. På grund härav skall käromålet i sin helhet ogillas."

NOU:s kommentar: Att företaget inte kunde delta i upphandlingen borde ha klargjorts redan i samband med att företaget anlidades första gången för det arbete som sedan leder till att deras anbud förkastas i den aktuella upphandlingen. Av domen framkommer tvärtom att Vägverket skickade ut underlaget till bland annat den leverantör som sedan ansågs jävig. För att leverantören inte skulle lägga ner tid och arbete på att ta fram ett anbud borde Vägverket åtminstone här ha klargjort för konsulten att företaget inte kunde delta såsom anbudsgivare.

I det tidigare redovisade målet i Kammarrätten i Göteborg (mål nr. 2365-1999) har kammarrätten funnit att det inte strider mot LOU att en konsult, som haft en av anbudsgivarna som klient, medverkat vid utvärderingen.

- Svea hovrätt har i dom (mål nr T 522-98) med ändring av Solna tingsrätts dom förpliktat staten (Riksskatteverket) att utge en miljon kr till en leverantör. Tiden för att överklaga domen har ännu inte löpt ut. NOU återkommer när ytterligare information finns. Rätten anger att "reglerna för offentlig upphandling innebär att den upphandlande enheten skall göra två provningar, nämligen

dels en kvalifikationsprövning och dels en anbudsprövning". Rätten går i sina domskäl igenom de olika ställda kraven och finner att det inte fanns något som kunnat diskvalificera det klagande bolaget. Enligt hovrätten talade mycket för att balans- och resultaträkningar, vilka inte kunde hittas hos den upphandlande enheten, verkligen bifogats bolagets anbud. Ifråga om kravet på leverantörens samlade kompetens anger rätten att den antagne leverantörens kompetens vida översteg den kompetens som det klagande bolaget hade. "Det som kan tillmätas betydelse i förevarande fall är dock bara den kompetens som kan ha relevans för den aktuella upphandlingen." Utredningen visade enligt hovrätten inte att bolaget inte skulle ha erforderlig kompetens. Bolaget uppfyllde därför "de krav på kvalifikationer som kan utläsas av underlaget för upphandlingen". Hovrätten anger vidare att den antagne leverantören och bolaget i fråga om flera andra krav ansågs likvärdiga eller att det "inte kommit fram någonting av betydelse för anbudsutvärderingen". Sådana faktorer som att den antagne leverantören "är ett tryggt och säkert val" ansågs ovidkommande. Enligt hovrättens mening var det därför "tydligt att en affärsmässig och även i övrigt korrekt genomförd upphandling skulle ha lett till att" det klagande bolagets anbud valts. Bolaget är därför berättigat till ersättning för liden skada vilken "i vart fall uppgått till en miljon kronor".

## Miljö

Länsrätten i Örebro län har prövat en upphandling av kopiatorer genomförd av Örebro läns landsting där olika miljökrav ställts, bl.a. krav på miljömärkning typ Swanen, Blå ängeln eller likvärdig märkning. Länsrätten har förordnat att upphandlingen skall göras om. Se vidare referat ovan sid. 17.

## Offentlighet och sekretess

- Kammarrätten i Stockholm har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 1543-1999) inte godkänt Stockholms läns landstings resonemang om att utlämnandet av anbud, utvärderingar och avtal skulle kunna påverka utfallet av en andra upphandlingsdel. Kammarrätten betonade i sina domskäl att det i förarbetena (prop. 1979/80:2 Del A sid. 148) angående 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen sägs att det finns ett betydande intresse av insyn i myndigheternas handläggning av de ärenden som regleras i lagrummet, dock att insynen inte bör sträcka sig så långt att det allmänna därigenom lider ekonomisk skada. Kammarrätten anför vidare att "sådana allmänt hållna uttalanden om skaderisken utgör – – – inte tillräcklig grund för att anta att ett utlämnande av de begärda handlingarna skulle medföra ekonomisk skada för färdtjänsten." Sekretess gällde därför inte på grundval av 6 kap. 2 § sekretesslagen. Kammarrätten (som självmant prövade även om sekretess kunde råda för enskilda affärs- eller driftförhållanden på grund av 8 kap. 10 § sekretesslagen) fann att handlingarna skulle lämnas ut.

## Övrigt

## Yttrande över betänkandet Invandrare som företagare

NOU har efter beslut vid nämndsammanträde lämnat ett yttrande (dnr 1999/0111-22) över betänkandet Invandrare som företagare (SOU 1999:49). Yttrandet finns på NOU:s hemsida.

## NOU:s mässdeltagande

NOU deltog som utställare på mässan "Elektroniska affärer" i Sollentuna den 6-7 oktober. Mässan presenterade olika möjligheter till elektronisk kommunikation mellan affärspartners. NOU svarade på frågor om upphandling och elektronisk handel. NOU:s monter hade ett hundratal besökare varav flera passade på att registrera sig som e-postprenumeranter på NOU:s hemsida.

NOU har även deltagit som utställare på Ekonomistyrningsverkets mässa "ESV-dagarna" i Stockholm den 29-30 september. NOU fanns representerat på Myndighetstorget där ett antal statliga myndigheter presenterade sin verksamhet.

## Nytt på NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se))

### *Nya rapporter*

NOU:s skrift Vägledning till 6 kap. LOU går nu att beställa från Fritzes direkt från NOU:s hemsida till en kostnad av 150 kr exklusive moms. Som angivits i missivet till nyhetsbrevet så finns det två nya rapporter inlagda på hemsidan.

"Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling" grundas på en omfattande undersökning av främst rättsfall, tidningsartiklar och klagomålsärenden till NOU. Rapporten redovisar bl.a. de vanligaste felen vid upphandling.

"Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater" är en jämförande studie mellan EU:s medlemsstaters införlivning och tillämpning av rättsmedelsdirektivens regler om skadestånd.

### *E-postprenumeration*

NOU:s hemsida innehåller numera en möjlighet för besökare att registrera sig som e-postprenumerant. Tjänsten är kostnadsfri och innebär att den som registrerat sig får ett e-postmeddelande varje gång sidan tillförs en rapport, ärende, *NOU info* m.m. Välkommen att registrera Dig som prenumerant!

### *Enkät om konferens angående offentlig upphandling*

NOU avser att arrangera en endagskonferens om offentlig upphandling under våren 2000. För att få en uppfattning om lämpliga ämnen och nivån för dessa har NOU utformat en enkät som kan nås från NOU:s hemsida. Den går att fylla i direkt på skärmen och skicka elektroniskt till NOU. Ytterligare information om konferensen lämnas i *NOU info december -99*.

## NOU:s nyhetsbrev juni 1999

Nu när sommaren kommit och semestrarna står för dörren har NOU-utredningen tillförts nya direktiv och blivit en parlamentarisk kommitté. Ett tiotal politiker har sålunda utsetts att ingå i kommittén vid sidan om de "gamla" experterna. Direktiven som har nummer 1999:34 innehåller sammanfattningsvis följande. Kommittén skall

- bedöma vilka närmare avvägningar som en upphandlande enhet bör göra när enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (senare i texten nämns svårigheten att förena reglerna om offentlig upphandling med målen för andra samhällssektorer, t.ex. miljömål och regional- och sysselsättningspolitiska mål. Även utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning omnämns i sammanhanget)
- ta fram riktlinjer för det svenska arbetet med upphandlingsfrågor i Europeiska unionen
- följa det arbete som bedrivs i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling
- behandla frågan om möjligheten att upphandla lokalt, dvs. utreda i vilken utsträckning och på vilket sätt den offentliga sektorn kan upphandla lokalt utan att komma i konflikt med LOU, upphandlingsdirektiven och gemenskapsrätten
- analysera möjligheterna för en upphandlande enhet att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal.

Kommittén ska redovisa resultatet av tilläggsdirektiven senast i december år 2000, men i enlighet med gällande tidsplan avlämna ett delbetänkande som omfattar de ursprungliga direktiven (1998:58) senast den 31 december 1999. Senast vid årets utgång skall således ev. förändringar av 6 kap. (upphandlingen under tröskelvärdena) och skadestandsreglerna föreslås. Ett förslag till ny tillsynsorganisation kan också förväntas, alternativt till ett inordnande av NOU:s verksamhet i någon redan existerande större myndighet.

NOU har tillfälligt blivit 20 % mindre (Marie-Louise Falck är tjänstledig och Åsa Edman har slutat), vilket givetvis påverkar verksamheten och fördröjer vissa uppgifter. Men *Kort om LOU och NOU* finns i alla fall uppdaterad i *engelsk version* och NOU:s *Vägledning för upphandling* under tröskelvärdena är färdig för tryck. Vi informerar på hemsidan så snart vi vet när och var ni kan beställa den.

En riktigt trevlig sommar önskar NOU genom



Margareta Hentze

## Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling	3
Förslag till ändring av EG-direktiven	3
Krav som får ställas på leverantörer	3
Referenser angående leverantör vid upphandling över tröskelvärdena	3
Krav på att anställda inte skall vara pensionärer	4
Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena	4
Användning av reglerna i 4 kap. LOU	4
Annonsering över tröskelvärdena	5
Upphandling inom försörjningssektorerna	5
Telekommunikation undantas från LOU	5
Upphandling under tröskelvärdena	6
Förenklad upphandling av ramavtal eller upprepade direktupphandlingar?	6
Anbudslämnande	6
Tid för inlämnande av anbud	6
NOU:s tillsyn	6
NOU:s tillsyn över sjukhusens upphandlingar	6
NOU:s tillsyn över kommunal- och landstingsägda bolag	7
NOU:s ärenden och yttranden	7
Avbrutna upphandlingar	7
Förenklad upphandling av ramavtal eller upprepade direktupphandlingar vid anskaffning av juridiska tjänster ?	9
Arrende eller byggtreprenad	10
Krav på att anställda inte skall vara pensionärer	11
Rättsfall	13
Mål i Regeringsrätten	13
Mål i kammarrätt och länsrätt	13
Skadeståndsmål i Högsta domstolen	14
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt	14
Övrigt	15
Danmarks Konkurrencestyrelse - boknyheter	15
TED:s nya hemsida	16
Mässa för elektroniska affärer 6 - 7 oktober	16
Elektronisk upphandling/handel	17
Krav på elektronisk affärskommunikation mellan leverantörer och upphandlande enheter under avtalsperioden	17

### NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
 Box 2012, 103 11 Stockholm  
 Telefon 08 - 454 44 40  
 Telefax 08 - 791 72 81  
 Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80  
 Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info  
 Glöm inte att ange källan, t.ex. "NOU info juni -99"

## LOU – lagen om offentlig upphandling

### Förslag till ändring av EG-direktiven

EG-kommissionen har arbetat fram några förslag till ändring av direktiven för offentlig upphandling inom den klassiska sektorn. Förslagen gäller dels ett nytt förfarande, ”competitive dialogue”, dels bestämmelser om ramavtal. Beträffande förslaget om elektronisk handel se sid. 17 f.

”Competitive dialogue” är ett mer flexibelt upphandlingsförfarande avsett att ge den upphandlande enheten möjlighet att inom ramen för upphandlingen diskutera med anbudsgivare vilka tekniska lösningar som står till buds när det gäller enhetens specifika behov.

Förslaget om ramavtal innehåller bl.a. bestämmelser om hur tilldelning av kontrakt skall ske i de fall ramavtal slutits med flera leverantörer.

EG-kommissionen har konsulterat medlemsstaterna via den rådgivande kommittén. NOU har lämnat synpunkter till regeringskansliet som framfört Sveriges syn på förslagen. Dessa kommer att behandlas vidare av Kommissionen som skall återkomma med förnyade förslag innan de eventuellt föreläggs EU-parlamentet.

## Krav som får ställas på leverantörer

### Referenser angående leverantör vid upphandling över tröskelvärdena

En hos NOU ofta återkommande fråga är i vilken utsträckning en upphandlande enhet inför kvalificeringen av anbudsgivare kan infordra referenser beträffande anbudssökandena och vad sådana referenser får innehålla.

Enligt 1 kap. 18 § LOU skall enheten, vid upphandling över tröskelvärdena, ange i annonsen om upphandling vilka bevis den vill ha för kvalificeringen av anbudssökandena. I förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling anges *för upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU* att:

- 1) Bevis kan begäras in beträffande leverantörens finansiella och ekonomiska ställning. Uppräkningen av bevis i förordningen är *inte uttömmande* utan anbudssökanden kan, om han har skäl för att inte förete det begärda beviset, visa sin finansiella/ekonomiska ställning på något annat sätt som den upphandlande enheten kan godta.
- 2) Bevis kan begäras in beträffande leverantörens tekniska förmåga och kapacitet. Uppräkningen av dessa bevis är däremot *uttömmande*, dvs. endast de bevis som anges i förordningen får begäras in.

I förordningstexten anges vidare att som bevis för leverantörens tekniska förmåga/kapacitet skall den upphandlande enheten även godta en förteckning över de viktigaste leveranser (arbeten, tjänster) som tillhandahållits under de senaste 3 åren (de senaste 5 åren vad gäller byggentreprenader). Förteckningen skall innehålla uppgifter om belopp och tidpunkt samt om mottagaren var en upphandlande enhet eller inte.

Har leveranserna gällt varor eller tjänster till en upphandlande enhet skall bevis lämnas i form av intyg som utfärdats eller attesterats av denna. Har

leverans skett till annan än en upphandlande enhet skall tillhandahållandet bekräftas av mottagaren eller, om detta inte är möjligt, av leverantören.

Har det gällt en byggentreprenad skall intyget ange var arbetena utförts, om de utförts enligt gällande branschnormer samt slutförts på ett riktigt sätt. Om det är nödvändigt skall den som utfärdat intyget sända detta direkt till den upphandlande enheten.

Vid upphandling av tjänster kan leverantören i vissa fall, bl.a. om tjänsterna är av mer komplex natur, visa sin tekniska förmåga och kapacitet genom ett bevis om kontroll av sin produktionskapacitet, sina resurser för undersökningar och forskning samt åtgärder för kvalitetssäkring. Kontrollen skall utföras antingen av den upphandlande enheten eller av ett behörigt officiellt organ i det land där leverantören är etablerad, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke.

Förordningen anger vilka bevis som i upphandlingar över tröskelvärdena kan införas beträffande anbudssökandenas och anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet. Referenser som går utöver vad som anges i förordningen beträffande teknisk förmåga och kapacitet är således inte tillåtna vid upphandlingar av varor, tjänster eller byggentreprenader över tröskelvärdena.

I upphandlingar inom försörjningssektorerna och vid förenklade upphandlingar är reglerna något friare. Under alla omständigheter skall de införda uppgifterna dock vara motiverade med hänsyn till vad som skall upphandlas samt stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Jämför också vad NOU tidigare skrivit om hänsyn till egna erfarenheter, NOU info mars -98.

## Krav på att anställda inte skall vara pensionärer

Under rubriken NOU:s ärenden (se sid.12) och yttranden refereras ett uttalande med innebörden att en upphandlande enhet endast får ställa krav som står i proportion till det som upphandlas och inte utan anledning ställa mera långtgående krav än de som framgår av speciallagstiftning på området.

## Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena

### Användning av reglerna i 4 kap. LOU

Reglerna i 4 kap. LOU ger den upphandlande enheten större valfrihet än vad som gäller för annan upphandling över tröskelvärdena. NOU vill understryka vikten av att en upphandlande enhet kontrollerar att den verkligen har rätt att följa reglerna i 4 kap.

För tillämpning av reglerna i 4 kap. LOU krävs både

- a) att upphandlingen sker för sådan verksamhet som anges i 4 kap. och
- b) att den aktuella upphandlande enheten *själv bedriver* sådan verksamhet som anges i 4 kap.

NOU har yttrat sig till kammarrätten angående en kommunal upphandling av värme



som helt skulle produceras och distribueras av den valde leverantören och således inte bedrivs av kommunen. NOU har därför i yttrandet påtalat att upphandlingen rätteligen skulle ha klassificerats som en varuupphandling och att den upphandlande enheten enligt 2 kap. LOU inte hade rätt att använda sig av förhandlad upphandling. Det valda förfarandet var därför felaktigt. Kammarrätten har ännu inte dömt i målet.

Det bör vidare påpekas att även en upphandlande enhet som vanligtvis använder sig av reglerna i 4 kap. LOU vid inköp för verksamhet inom försörjningssektorn inte får göra det vid inköp som görs för andra verksamheter. Sådana upphandlande enheter som gör inköp för *annan verksamhet* än de som anges i 4 kap. 1§ första stycket LOU skall använda sig av reglerna i 2, 3 eller 5 kap. LOU.

Privata företag omfattas av LOU endast avseende inköp för ovan uppräknade verksamhetsområden. Vid inköp för annan verksamhet än den som anges i 4 kap. 1§ behöver de inte följa LOU.

## Annonsering över tröskelvärdena

NOU har för avsikt att skapa en länk från hemsidan direkt till kommissionens blanketter för annonsering i EGT. Dessa är nu antligen av erforderlig kvalitet och NOU anser sig inte längre behöva känna ansvar för dem. Som en säkerhetsåtgärd kommer dock den länk som går till Anbudsjournalens annonseringsblanketter att ligga kvar under en övergångsperiod. NOU:s kommentarer till de nya, obetydligt förändrade, blanketterna finns redan att tillgå på hemsidan ([www.nou.se](http://www.nou.se)).

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Telekommunikation undantas från LOU

EG-kommissionen har publicerat en lista över de områden inom telekommunikationssektorn i de olika medlemsstaterna som Kommissionen anser vara undantagna från EG:s regler om offentlig upphandling. Listan återfinns på Kommissionens hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg15/en/publproc/general/util.htm>). Företag som bedriver verksamhet inom de aktuella områdena undantas, eftersom de enligt Kommissionen agerar på konkurrensutsatta och avreglerade marknader, se 4 kap. 4 § 2 st. LOU. I praktiken medför listan att de organisationer som erbjuder de aktuella tjänsterna inte längre måste följa LOU vid sin upphandling för dessa verksamheter.

I Sverige har undantagits drift av allmänt telekommunikationsnät, mobiltelefoni, satellittjänster och överföring av data, s.k. "value added services" (telefonkort, Internet och "call-back"-anslutningar).

Kommissionen överväger f.n. att föreslå EU-rådet att lyfta ut reglerna om telekommunikation ur försörjningsdirektivet och samtidigt införa regler om upphandling av telekommunikation i de övriga direktiven. Alla sådana tjänster skulle därmed behöva upphandlas i enlighet med LOU. I dagsläget är dessa tjänster undantagna från upphandling, se 5 kap. 1§ 2 st. 3 p. LOU. Ett beslut i EU-rådet kan dock säkerligen komma att dröja ett eller ett par år.

Kommissionen har även tankar på att föreslå EU-rådet att lyfta ut andra områden inom försörjningssektorerna, under förutsättning att de agerar på helt konkurrensutsatta och avreglerade marknader. Sådana beslut kommer dock troligtvis att dröja ytterligare ett antal år.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Förenklad upphandling av ramavtal eller upprepade direktupphandlingar?

NOU har uttalat sig i ett ärende, avseende en anskaffning av juridiska tjänster, att reglerna om sammanläggning av upphandling över tröskelvärdena lämpligen tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket direktupphandling får tillämpas. En förenklad upphandling i konkurrens enligt LOU:s bestämmelser borde ha genomförts. Se NOU:s ärende (215/98-26) som refereras på sid. 9.

## Anbudslämnande

### Tid för inlämnande av anbud

Efter ett flertal telefonsamtal med frågor avseende vilket klockslag ett anbud skall vara inlämnat, vill NOU göra några förtydliganden om tolkningen av LOU.

Vid förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU har en anbudsgivare rätt att skicka anbud per telegram, telefax eller per e-post, om anbudet på detta sätt inkommer före kl. 24.00 den aktuella anbudsdagen. Detta gäller dock endast under förutsättning att anbudet bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling som skickas omgående. Enligt 6 kap. 3 § skall det senare anges i förfrågningsunderlaget. Med omgående skall förstås att det skriftliga anbudet genast lämnas för postbefordran.

Vid upphandling över tröskelvärdena tillåts idag endast skriftliga anbud. Det innebär att ett egenhändigt undertecknat anbud i original måste vara den upphandlande enheten tillhanda senast kl. 24.00 den aktuella anbudsdagen. Anbud som inkommer efter kl. 24.00 är att anse som för sent inkomna och skall förkastas.

Om en upphandlande enhet vill ange klockslag skall således detta klockslag vara 24.00. Upphandlande enheter som omfattas av förvaltningslagen skall dessutom observera vad som i lagens 10 § anges om inkomna handlingar.

EG-kommissionen utreder möjligheten för anbudsgivare att, vid upphandlingar över tröskelvärdena, kunna lämna anbud per e-post. Det är en del av försöket att införa ett helt elektroniskt upphandlingsförfarande. Ett eventuellt förslag kommer att överlämnas till EU-rådet, men ett beslut där kan dröja ett antal år.

## NOU:s tillsyn

### NOU:s tillsyn över sjukhusens upphandlingar

NOU har med anledning av sin tillsynsuppgift vänt sig till samtliga landstingsägda knutna sjukhus med en enkät för att övergripande kontrollera regelefterlevnaden av LOU samt vilka förutsättningar sjukhusen har att följa lagen. Svaren har sammanställts och kommer redovisas i en rapport som beräknas bli klar under sommaren.

## NOU:s tillsyn över kommunal- och landstingsägda bolag

En skrivelse har skickats till samtliga kommun- och landstingsstyrelser i kommuner och landsting vars bolag inte besvarat NOU:s enkät eller i motsats till NOU hävdar att de inte är upphandlande enheter.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Avbrutna upphandlingar

NOU har vid nämndsammanträde enats om följande yttrande. NOU anser att "upphandling inte får avbrytas utan sakliga skäl, som t.ex. att det inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kunde råda över. Det bör dessutom observeras att avbrytande av en upphandling kan innebära ett brott mot de gemenskapsrättsliga principerna om lika och rättvis behandling av leverantörerna samt om förutsebarhet (transparens).

Att själva avbrytandet av en redan utlyst tävlan sannolikt kan prövas enligt LOU framgår av propositionen 1993/94:35, sid. 53 f. En arbetsgrupp föreslog i promemorian Ds 1994:83 att det skulle införas ett tillägg i LOU som klargjorde att ett beslut att avbryta en upphandling omfattas av lagens huvudregel om affärsmässighet i 1 kap. 4 §. Departementschefen angav dock i propositionen 1994/95:153, sid. 16 att det kunde sättas i fråga om förslaget ledde 'till några förbättringar och klargöranden'.

Finansutskottet har i betänkandet 1998/99:FiU17 avstyrkt motionerna om att en upphandling inte får avbrytas med följande motivering: 'All offentlig upphandling regleras i LOU. Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Avbrytande av en upphandling måste grundas på affärsmässighet.'

Marknadsdomstolen (dom den 5 mars 1996 i mål nr 6-1996) och förvaltningsdomstolarna (Regeringsrätten meddelade inte prövningstillstånd i Kammarrättens i Sundsvall mål nr 3297-1997) har i konsekvens med det ovan anförda funnit att upphandlingens avslutande skall ske i enlighet med LOU. Kammarrätten uppgav i den ovannämnda domen att 'ifrågavarande upphandling ej kan anses avbruten utan avslutad med beslut att anta verksamhetsförvaltningens anbud.'<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Kammarrätten i Stockholm har i beslut den 14 april 1999 uttalat att länsrättens möjlighet till överprövning upphör även då en upphandling avbrutits. Kammarrätten anger att "det inte är möjligt att ålägga en upphandlande enhet att ställa in en redan avbruten upphandling. Inte heller är det möjligt att besluta att en avbruten upphandling skall göras om, eftersom det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en upphandling. Det är således inte möjligt för en anbudsgivare att få rättelse enligt 7 kap. 2 § LOU när upphandlaren valt att avbryta en upphandling. Däremot kan anbudsgivaren utkräva skadestånd i en sådan situation."

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 budet vid en objektiv utvärdering mot bakgrund av i förfrågningsunderlaget angivna, klart definierade och mätbara kvalitetskrav 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 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 enhet 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 och resurser på att kunna lämna in konkurrenskraftiga anbud. De riskerar alltid att någon annan anbudsgivare, inklusive den upphandlande enhetens egen regiverksamhet, inkommer med ett mera förmånligt anbud men skall inte behöva riskera 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 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.

Högsta domstolen har i domen den 23 december 1998 (mål nr T 1441-97) uttalat att det ligger 'nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds'. Det är inte prövat om detta 'kvasikontraktsrättsliga förhållandet' omfattar även uppgifterna i förfrågningsunderlaget att enheten avser att lägga uppdraget på den egna regin endast under förutsättning att denna lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt de angivna utvärderingsgrunderna.

Att frånga förfrågningsunderlagets utvärderingsgrunder och avbryta upphandlingen i syfte att kunna ge uppdraget till den egna regin strider enligt NOU:s mening mot principerna om lika behandling och transparens."

NOU kunde dock inte med säkerhet uttala sig beträffande en leverantörs möjlighet att få skadestånd till följd av att upphandlingen avbrutits på icke-affärsmässiga grunder. NOU angav "Lindesbergs tingsrätt har dömt ut skadestånd i ett mål om

avbruten upphandling och i domskälen uttalat bl.a. att det måste anses som orimligt, för att inte säga stötande, att kommunen, med frångående av regeln om affärsmässighet vid prövning av anbudet, påföljdsfritt kan ge egenregiverksamheten uppdraget att utföra arbetet.

Göta Hovrätt har genom dom den 16 mars 1999 i (mål nr T 189/96) ändrat tingsrättens dom och befriat kommunen från skyldigheten att utge skadestånd och motpartens rättegångskostnader. Hovrätten anser att de föreskrifter som nu gäller på området för offentlig upphandling inte medför någon rätt till skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi.

Svea Hovrätt har intagit en liknande ståndpunkt i en dom den 22 december 1998 (mål nr T 20-98). Hovrättens uppfattning är att LOU inte innehåller någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts. Gällande lagstiftning ger därför enligt hovrättens uppfattning inte stöd för påståendet att en upphandlande enhet har ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU genom att avbryta upphandlingen på det sätt som skedde i det fallet.

De ovannämnda domarna har överklagats till Högsta domstolen. Frågan om skadestånd får därför överlämnas åt rättspraxis."

Svea Hovrätts dom refereras och kommenteras även under rubriken "Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt", sid. 15.

## Förenklad upphandling av ramavtal eller upprepade direktupphandlingar vid anskaffning av juridiska tjänster ?

*NOU har mottagit en skrivelse med begäran om granskning huruvida Landstingets i Jönköping ramavtal avseende juridiska tjänster ingåtts efter en upphandling genomförd i enlighet med LOU (NOU:s ärende dnr 215/98-26).*

Enligt landstingets uppgifter har någon formbunden upphandling inför tecknandet av avtalet aldrig ägt rum. Avsikten har endast varit att leverantören vid kommande behov kan biträda landstinget med kort varsel och i enlighet med de villkor som anges i avtalet.

En beräkning av kontraktets värde på grundval av landstingets kostnader under 1997 för dylika tjänster ger ett kontraktsvärde på drygt 300 000 kr för perioden. NOU har uppgivit att "De upphandlingsförfaranden som kan bli aktuella vid upphandlingar under tröskelvärdena är förenklad upphandling och direktupphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Direktupphandling får endast användas om upphandlingens värde är lågt eller om synnerliga skäl föreligger. Landstinget uppger att kostnader för juridiska uppdrag inte annat än rent undantagsvis kan bedömas komma i närheten av gränsen för när det är tillåtet att direktupphandla. Det sammanlagda beloppet under den tid som ramavtalet är tecknat – sammantaget fyra år – överstiger emellertid avsevärt gränsen för när direktupphandling får användas. NOU vill understryka att anledningen till att direktupphandling är ett undantagsförfarande och endast får användas i särskilt angivna fall är att förfarandet – särskilt om konkurrensen inte alls utnyttjas

– ofta resulterar i för enheten mindre förmånliga och kvalitetsmässigt sämre inköp än om ett förenklat förfarandet använts."

NOU har vidare uppgivit att "Vägledande vid valet mellan att antingen teckna ett ramavtal efter en förenklad upphandling i konkurrens avseende juridiska tjänster eller att genomföra ett antal direktupphandlingar under samma tid skall vara principen om affärsmässighet. NOU:s uppfattning är att enheten skall se till det sammanlagda värdet på förväntat behov under en rimlig avtalsperiod, i detta fall uppenbarligen fyra år. Ett ramavtal har sina fördelar just i den typ av situation som landstinget befinner sig i vad gäller juridiska tjänster, nämligen att ett behov kan komma att uppstå ett antal gånger under avtalsperioden men att volymen vid upphandlingens genomförande är oviss".

I *NOU info dec. -98 sid. 13* har följande anförts avseende tröskelvärdesberäkning för förenklad upphandling. "För att fastställa tröskelvärdet för upphandling enligt direktivstyrda regler i 2 kap. LOU måste en upphandlande enhet vid upphandling av varor beakta reglerna i 4 § att en upphandling avseende en viss kvantitet varor inte får delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Regler om sammanläggning av upphandlingar finns i 2 kap. 3 § LOU. Samma principer bör tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket en direktupphandling får användas."

NOU har i ärendet vidare uppgivit att "NOU kan inte uppfatta landstingets egna uppgifter och formuleringen i /ett av landstinget fört / protokoll på annat sätt än att avtalet borde ha föregåtts av en förenklad upphandling i konkurrens enligt LOU:s bestämmelser. Att avtalet inte innehåller några förpliktelser för landstinget är typiskt för flertalet ramavtal i Sverige och påverkar inte bedömningen av om LOU är tillämplig eller inte. Förhållandet att avtalet har upprättats på landstingets inköpsavdelning borde ha borgat för att avtalet föregåtts av en upphandling och inte som en s.k. otillåten direktupphandling."

NOU har beträffande avtalat pris uppgivit följande. "Enheten borde i avtalet avseende juridiska tjänster rimligen ha fastställt ett timpris eller olika timpriser och eventuellt också takpriser för olika typer av tjänster och inte bara hänvisa till den norm för arvodesdebitering som föreskrivits av Sveriges Advokatsamfund. Landstinget har uppgivit att 'Såvitt landstinget kan förstå innebär Sveriges Advokatsamfunds föreskrifter att prissättningen skall vara skälig'. Om anbud rätteligen hade infordrats genom ett förenklat förfarande skulle förfrågningsunderlaget säkerligen ha innehållit en begäran om prisuppgifter så att anbuden från tänkbara leverantörer hade kunnat jämföras. Att endast komma överens om att prissättningen skall vara skälig är, enligt NOU:s uppfattning, föga affärsmässigt och i strid med LOU och ger leverantören ett alltför stort utrymme för skönsmässiga bedömningar vid debitering av utfört arbete.

En förenklad upphandling hade naturligen inneburit att pris och andra villkor preciserats efter konkurrensutsättning."

## Arrende eller byggentreprenad

*Fråga om ett kommunalt bolag LEIFAB (Lilla Edets Industri och Fastighets AB), genom att arrendera ut mark för byggnation av en lagerhall och skapa en option för bolagets övertagande av hallen, brutit mot LOU genom att inte genomföra en upphandling enligt 3 eller 6 kap. LOU. (NOU:s ärende 65/99-21).*

LEIFAB är ett av Lilla Edets kommun helägt industri- och fastighetsbolag som arrenderat ut mark till ett byggbolag som skulle bygga en lagerhall för uthyrning till bolag A. LEIFAB har även förpliktigt sig att reservera mark för bolag A:s framtida expansion.

Enligt den klagande skulle LEIFAB i ett opublicerat avtal ha förbundit sig att köpa byggnaden av byggbolaget direkt efter färdigställandet.

Enligt LEIFAB har det förts förhandlingar mellan LEIFAB och byggbolaget där byggbolaget erbjudit LEIFAB att efter färdigställandet överta lagerhallen med tillhörande hyresavtal med bolag A för ett pris ej överstigande 30 miljoner kr. Något köpeavtal har dock inte träffats.

LEIFAB framhåller att det är byggbolaget som på egen hand fört förhandlingar med bolag A och på eget initiativ tagit kontakt med LEIFAB. Enligt LEIFAB är inte LOU tillämplig då det endast varit fråga om arrendeavtal mellan LEIFAB och byggbolaget samt att det bara har förts förhandlingar om ett eventuellt köp av den färdiga byggnaden.

Dock uppger LEIFAB att bolaget parallellt med förhandlingarna med byggbolaget har haft diskussioner med bolag A om hyrestid och hyresnivå vid ett eventuellt övertagande av lagerlokalen från byggbolaget. Vidare medges att LEIFAB och bolag A vid dessa diskussioner har kommit överens om villkoren i ett hyresavtal avseende lagerlokalen om LEIFAB övertager densamma.

NOU gjorde följande bedömning: "Om ett bolag vill arrendera mark av en upphandlande enhet för att bygga för en kunds räkning och avsikten är att byggnaden skall kvarstå i bolagets ägo blir det fråga om ett arrendeavtal mellan enheten och bolaget. Detta avtal omfattas av undantaget i 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. LOU.

Om avsikten däremot är att bolaget skall uppföra byggnaden för att därefter sälja densamma till den upphandlande enheten eller att bolaget får option om en sådan försäljning blir det fråga om ett byggentreprenadavtal. Ett sådant avtal skall upphandlas enligt 3 eller 6 kap. LOU.

Avgörande för om det skall anses som en upphandling som skall göras enligt LOU är om LEIFAB genom överenskommelsen själv ges möjlighet att bestämma om ett övertagande skall ske. Om så är fallet måste överenskommelsen anses utgöra en option (rättighet men ingen skyldighet) att köpa byggnaden och därför betraktas som en upphandling som skall genomföras enligt 3 eller 6 kap. LOU.

LEIFAB har medgivit att bolaget parallellt med förhandlingarna med byggbolaget har haft diskussioner med bolag A om hyrestid och hyresnivå vid ett eventuellt övertagande av lagerlokalen från byggbolaget och dessutom kommit överens med bolag A om villkoren i ett hyresavtal för lagerhallen om denna skulle övertas av LEIFAB.

De förda förhandlingarna visar att LEIFAB övervägt att förvärva lagerhallen med option för utbyggnad på den aktuella platsen. Om LEIFAB nu eller senare väljer att genomföra köpet av lagerhallen kan det inte uppfattas på annat sätt än att LEIFAB medvetet bryter mot LOU."

**Krav på att anställda inte skall vara pensionärer**

*NOU:s yttrande avseende kravet på att de av leverantören anställda taxiförarna inte får vara ålders- eller förtidspensionärer. NOU:s ärende dnr 1998/0199.*

NOU har via Justitieombudsmannen fått en förfrågan från två privatpersoner avseende frågan om en kommun vid upphandling av färdtjänst får ställa kravet på att förarna inte skall vara ålders- eller hel förtidspensionär enligt lagen om allmän försäkring. Kommunen har i sitt yttrande hänvisat till Svenska Kommunförbundets pilotprojekt i samarbete med Svenska Taxiförbundet med krav att förare inte får vara ålders- eller hel förtidspensionär. Kravet ansågs berättigat ur trafiksäkerhets-synpunkt då kommunen ansvarar för det lokala trafiksäkerhetsarbetet.

NOU har vid nämnsammanträde anfört bl.a. följande: 'Vad beträffar klagandens grunder kan generellt sägas att den upphandlande enheten vid all upphandling skall ta hänsyn till huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Vid all anskaffning skall den upphandlande enheten dessutom beakta de övergripande principer som kan härledas ur Romfördraget och upphandlingsdirektiven och som inte alltid till fullo går att uttolka ur LOU. NOU har vid nämnsammanträde i ärende dnr 108/96-26 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 med LOU.' /.../' Det torde generellt sett knappast föreligga några hinder mot att ställa trafiksäkerhetskrav vid upphandling av transporttjänster. Ett krav som diskvalificerar en leverantör skall dock vara relevant, proportionellt och rimligen icke av oväsentlig betydelse för den aktuella upphandlingen. Att utesluta de leverantörer som har förare som är ålderspensionärer med motiveringen att dessa generellt utgör en fara för trafiksäkerheten synes, enligt NOU, inte vara ett rimligt krav i upphandlingssammanhang. En möjlighet för en upphandlande enhet att främja trafiksäkerheten kan vara att, i förfrågningsunderlaget, kräva att leverantörens förare vid varje tidpunkt skall uppfylla de krav som ställs på innehav av taxikörkort.' Kommunen har dessutom i det aktuella förfrågningsunderlaget, direkt efter kravet på att föraren inte får vara ålders- eller förtidspensionär, ställt kravet att 'förare skall ha sådan hälsostatus att han/hon bedöms lämplig att köra yrkesmässig trafik. Uppdragsgivaren äger rätt att kräva att förare genomgår hälsokontroll för att säkerställa detta'.

Det kan konstateras att speciallagstiftning såsom körkortslagen (1977:47, upphävd genom 1998:448), yrkestrafiklagen (1998:263, upphävd genom 1998:490), yrkestrafikförordningen (1988:1503, upphävd genom 1998:779) och Vägverkets föreskrifter (VVFS 1996:200, ändrad och omtryckt genom VVFS 1998:89) uppställer sådana krav på taxi- och bussförare som är ägnade att upprätthålla trafiksäkerheten. Därutöver uppställer lagen (1962:381) om allmän försäkring krav på erhållande av förtidspension vad beträffar de medicinska förutsättningarna och graden av arbetsförmåga. NOU uttalar sig inte om dessa författningars tolkning då myndighetens tillsyn endast omfattar LOU.



NOU anser med hänsyn till det ovan sagda att ifrågavarande krav att förare inte får uppbära ålders- eller hel förtidspension inte står i proportion till det som upphandlas och därmed inte är förenligt med LOU."

## Rättsfall

### Mål i Regeringsrätten

- Regeringsrätten har den 3 februari 1999 meddelat dom i ett mål (mål nr 1772-1998) som gällde huruvida ett företag, som hade till uppgift att tillhandahålla ett antal kommuner dricksvatten, vid upphandling av elektricitet för pumpstationerna i vattenledningssystemet ägde rätt att ställa krav på leverantören att denne i egna kraftverk skulle producera minst 50 % av dess totalförsäljning av el. Kravet, som betingades av ett behov att säkra leveranserna av el, hade av länsrätt och kammarrätt ansetts förenligt med LOU. Regeringsrätten däremot, som infortrade yttrande från NOU, förklarade att kravet stred mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

Regeringsrätten hänvisade till reglerna i ellagen om balansansvar och Svenska kraftnäts systemansvar som har till syfte att säkerställa att elsystemet tillför lika mycket el som tas ut för förbrukning. Leveranssäkerheten gentemot köparen av el är betingad av säkerheten i ledningsnätet, vilken inte påverkas av om leverantören har tillgång till egenproducerad kraft eller inte. Att utesluta de leverantörer som inte uppfyllde produktionskravet, innebar att de konkurrensmöjligheter som fanns inte utnyttjades, vilket därför stred mot 1 kap. 4 § LOU. Regeringsrätten förordnade därför att upphandlingen skulle göras om.

### Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Gävleborgs län har meddelat dom (mål nr 131-99) avseende en upphandling av "Ramavtal städkem, redskap samt disk- och tvättmedel" genomförd av Kommunalförbundet Inköp Hälsingland. Länsrätten har beslutat att upphandlingen skall göras om och domen har vunnit laga kraft. Domen omnämndes i *NOU info mars -99* under rubriken "Förbud mot fri provningsrätt".

I domen uppgavs bl.a. följande "De kriterier som angetts har dock inte rangordnats i förfrågningsunderlaget. Kommunalförbundet har därvid inte visat att en sådan viktning och betygsättning inte varit möjlig att genomföra för upphandlingen. Att Kommunalförbundet inte ansett sig kunna rangordna kriterierna har heller inte angetts i anbudsunderlaget. Detta förhållande är ägnat att försvåra en rättvis jämförelse av anbudena, och kan enligt länsrätten komma att medföra skada för bolaget vid provning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet."

Vad avser frågan om rangordning av kriterierna hänvisas i domskälen till *NOU info oktober -96, sid. 8f.* där det bl.a. anges att endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange rangordningen får man avstå från detta. Länsrätten hänvisar vidare till en kommentar till LOU av M. Hentze och H. Sylvén (Offentlig upphandling, Norstedts juridik 1998 sid. 193

och 461) där det anges att det i praktiken torde vara utomordentligt sällan en upphandlande enhet inte kan rangordna kriterierna redan i förfrågningsunderlaget. I sådana fall bör denna osäkerhet framgå av annonsen.

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd (mål nr T 2417-98) i ett mål avseende en upphandling som både tingsrätten och hovrätten ansett strida mot LOU men där den som yrkat skadestånd inte kunnat visa skada.

I målet prövades en upphandling av städtjänster genomförd av Ekerö kommun. Solna tingsrätt (mål nr T 1129/95) har uppgivit i domskälen att kommunen och den tidigare leverantören kommit överens om att ta upp förhandlingar om ett nytt avtal. Resultatet av förhandlingarna har blivit att de löpande avtalen har upphört att gälla samt att nya avtal har ingåtts för en ny avtalstid. Domstolen har vidare uppgivit att den upphandling av städtjänster som kommunen sålunda har gjort har inneburit en ny upphandling, som skett efter den 1 januari 1994 och som därför, då upphandlingen kunde beräknas uppgå till minst 1,6 miljoner kronor exklusive mervärdesskatt, skulle ha skett enligt bestämmelserna i 1 och 5 kap. LOU. Enligt tingsrätten är kommunen skyldig att ersätta leverantören den skada som kan ha uppkommit för bolaget genom att bestämmelserna i LOU inte har följts vid den aktuella upphandlingen. I domskälen hänvisas till LOU:s förarbeten där det uppges att den som yrkar ersättning är bevisskyldig för skadan. För att det skall anses att en leverantör drabbats av skada på grund av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav. Ett sådant beviskrav kan visserligen vara svårt att uppfylla. Tingsrätten har vidare uppgivit att "Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder som detta bör föranleda."

Svea hovrätt (T483-97) har i likhet med tingsrätten funnit att kommunen brutit mot LOU men överklagandet har lämnats utan bifall eftersom leverantören inte styrkt skada. NOU återkommer när det finns mer information i målet.

## Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- Göta hovrätt har meddelat dom (mål nr T 189/96) avseende en upphandling av svenskundervisning genomförd av Lindesbergs kommun. NOU har tidigare informerat om domen meddelad av Lindesbergs tingsrätt, se *sammanställning NOU info 1996 sid. 67-68*. Tingsrättens dom förpliktigade kommunen att utbetala skadestånd men hovrätten som nu har ändrat utgången i målet, uppger att de regler som nu gäller på upphandlingsområdet inte medför någon rätt till skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi. Hovrättens dom har överklagats till Högsta domstolen.

I hovrättens domskäl har bl.a. följande uppgivits. "Som tingsrätten har anfört kan det tyckas orimligt att kommunen påföljdsfritt kan frångå kravet på afärsmässighet och ge egenregiverksamheten uppdraget. Ett sådant förfarande

kan hävdas stå i strid med lagens övergripande syfte, att sätta tryck på offentliga organ och stimulera till ökad konkurrens inom den offentliga sektorn. Å andra sidan kan det ifrågasättas om det verkligen har varit lagstiftarens avsikt att den myndighet som beslutar sig för att inleda ett upphandlingsförfarande utan att vara förpliktigad härtill, verkligen skall bli så bunden av detta beslut att myndigheten inte kan ångra sig och avbryta upphandlingen utan att riskera skadeståndsskyldighet gentemot tredje man motsvarande det positiva kontraktintresset. En sådan tolkning skulle inte stimulera kommunerna att ifrågasätta den egna verksamheten och inbjuda till extern konkurrens. Väl kunde man vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningsskyldig för dessa kostnader. En sådan ersättningsskyldighet har för vissa fall tagits in i 7 kap. 7 § LOU....." Hovrätten konstaterar att det inte finns lagstöd för en sådan tolkning i den situation som är aktuell i målet. Enligt hovrättens dom ådömdes således inte något skadestånd. Eftersom domen har överklagats till HD får NOU återkomma när ytterligare information finns i målet.

*NOU:s kommentar:* Se avsnittet om avbruten upphandling sid. 7f. och lagrådets yttrande i prop. 1992/93:88 bilaga 3, sid. 140f. Lagrådet anger "Kommentaren till de båda paragraferna förmedlar intrycket att det på grundval av rådande skadeståndsrättsliga principer inte skulle kunna komma i fråga att ge skadelidande ersättning enligt 5 § [numera 7 kap. 6 § LOU] för det negativa intresset, t.ex. onyttiga kostnader för anbudsgivning, i andra fall än då han kan visa att han förlorat kontraktet till följd av felet. Det kan nog ifrågasättas om inte kommentaren på denna punkt ger en alltför onyanserad bild av rättsläget. Lagrådet har inte någon erinran mot att en generell skadeståndsregel med den i remissförslaget 5 § föreslagna lydelsen införs. Det får också godtas att en bestämmelse motsvarande remissens 6 §, [numera 7 kap. 7 § LOU] som är direkt hämtad från EG:s andra rättsmedelsdirektiv, införs samtidigt. Hur bestämmelserna i de två paragraferna (i lagrådets förslag 6 och 7 §§) närmare hänger samman och hur de i sina detaljer skall tolkas i bl.a. det nyss berörda hänseendet får emellertid anses vara osäkert och överlämnat till rättstillämpningen att avgöra."

## Övrigt

### Danmarks Konkurrencestyrelse - boknyheter

Den danska Konkurrencestyrelsen har nyligen utkommit med flera publikationer om upphandling varav samtliga är intressant läsning, även för svenska förhållanden, för den som vill lära sig mer om upphandling över tröskelvärdena.

"EU-udbud, checklister for ordregivere og tilbudsgiver, 2 opgave" är en mapp som innehåller tre häften "Checkliste for ordregiver", "Checkliste for tilbudsgiver" samt "Bilag til checklister". Häftena beskriver stegvis upphandlingens gång "från start till mål" och de viktigaste momenten för beställare och anbudsgivare.

"Udbudsregler, Det offentlige udbudsmarked i EU" är en serie om tre böcker, en för varor, en för tjänster och en för byggentreprenader. Böckerna ger flera praktiska råd och tips om hur arbetet bör läggas upp samt många tips om vart man kan

vända sig vid problem. De beskriver också förhållandena på Danmarks viktigaste exportmarknader, bl.a. Sverige. Böckerna är på ca 150 sidor vardera och kostar 100 kr/st.

"Konkurrenceredegörelse 1999" innehåller främst artiklar om konkurrensrättens tillämpning i Danmark men har även en sammanfattning av de viktigaste danska avgörandena inom upphandling.

Samtliga häften och böcker kan beställas via Konkurrencestyrelsens hemsida på adress [www.ks.dk](http://www.ks.dk).

## TED:s nya hemsida

TED (<http://ted.eur-op.eu.int/nojs.htm>) har fått en ny layout och gjorts mer användarvänlig än tidigare. Det går nu att (kostnadsfritt) söka både i den dagsaktuella upplagan av EG:s officiella tidning (EGT) och i tidigare nummer. Idag är dock arkivfunktionen, dvs. sökmöjligheten i äldre nummer, temporärt borttagen. Här följer en kort "bruksanvisning" för TED.

1. På adressens första sida väljs vilket språk som skall användas. Klicka på "SV" för svenska.
2. Därefter visas en hyperlänk till det senaste numret av EGT. Klicka på länken och sök sedan valfritt område: EU, EES, GATT m.fl.
3. Nästa steg blir att välja typ av upphandling (varor, tjänster eller byggentreprenad) och upphandlingsförfarande. Om svenska språket valts som sökspråk presenteras alla annonser med anknytning till Sverige i full text. Övriga länders upphandlingar presenteras endast kortfattat på svenska. Vid sökning efter annonser om upphandlingar i t.ex. Danmark blir det därför nödvändigt att välja det danska språket som "sökspråk" för att få fram den fullständiga texten.

## Mässa för elektroniska affärer 6 - 7 oktober

NOU kommer för fjärde året i rad delta som utställare på mässan "Elektroniska Affärer" som genomförs på Sollentunamässan den 6-7 oktober. NOU kommer att ha sina jurister på plats för att svara på frågor om offentlig upphandling och elektronisk handel.

*(Utdrag ur Mässans pressmeddelande)*

Mässan fokuserar i år bland annat på små och medelstora företag (SME) och innehåller även Sveriges största konferens om elektroniska affärer med cirka 600 deltagare.

Gemenskapen för Elektroniska Affärer (GEA) kommer att presentera sin satsning på SME, vilken förkortas SVEA (Sveriges Elektroniska Affärer). Det är ett tre-årigt projekt som på lokal nivå skall stimulera företagen till elektroniska affärer. Andra projekt för SME är Smelink och Gränslösa affärer. Smelink är en webbplats som skall få små och medelstora företag att växa. Syftet med Gränslösa Affärer kommer att presenteras på mässan av Exporrådet.

Det finns också information på [www.sollfair.se/ea](http://www.sollfair.se/ea).

## Elektronisk upphandling/handel

Kommissionen har lämnat förslag till ändring av upphandlingsdirektiven för att bättre anpassa dem till utvecklingen inom elektronisk handel.

Kommissionen förespråkar en övergripande förändring som anses stimulera elektronisk handel samtidigt som hänsyn kan tas till behovet av förenkling och förkortade tidsfrister. Enligt förslaget skall de direktivartiklar som behöver ändras regelbundet för att hålla jämn takt med teknikutvecklingen, samlas i en särskild bilaga till respektive direktiv. Den juridiska kompetensen att ändra i bilagan delegeras till Kommissionen samt en kommitté bestående av representanter från varje medlemsland.

I korthet föreslås att de upphandlande enheterna på vissa premisser får bestämma tidsfristerna själva. En minimitid på 30 dagar anses rimlig men även denna frist skulle kunna förkortas i vissa fall, främst vid köp av stapelvaror. Förslaget kan bl.a. leda till att man tar bort det påskyndade förfarandet. En särskild förutsättning för de korta tidsfristerna är dock att alla nödvändiga dokument för upphandlingen finns tillgängliga elektroniskt fr.o.m. upphandlingens första dag.

Förslaget lämnar ett stort ansvar till de upphandlande enheterna att själva bestämma tidsfristerna. En minimiregel om tidsfrister måste, enligt NOU:s mening, finnas som skyddsnät för svenska leverantörer. Att förkorta tidsfristerna är rimligt om de minskas i relation till de tidsvinster som uppstår vid elektronisk kommunikation. Ett exempel är tolvdagarsfristen för publicering i EGT som försvinner då annonsen kan publiceras i samma stund som den skickats elektroniskt till EGT och TED.

NOU har påpekat att en stor del av leverantörerna (som enligt NOU:s utredning "Effekter av LOU" ansåg att nuvarande tidsfrister är för korta) önskar se en för längning av anbudstiderna som resultat av den insparade tiden vid elektroniskt förfarande.

## Krav på elektronisk affärskommunikation mellan leverantörer och upphandlande enheter under avtalsperioden

NOU har fått en förfrågan (dnr 112/99-21) om det är möjligt för upphandlande enheter att i förfrågningsunderlaget ställa krav på elektronisk affärskommunikation under avtalsperioden. NOU anförde följande.

Medlemsstaterna (MS) bör enligt ett förslag från Kommissionen (CCO/99/05-EN, 28 jan. 1999) ges möjlighet att införa krav på att vissa eller alla upphandlingar skall genomföras elektroniskt. Denna möjlighet är förknippad med ett förslag på en icke-diskrimineringsprincip beträffande vald teknik.

MS kan enligt NOU:s tolkning av förslaget undvika diskriminering genom att *vid upphandlingen* välja en teknisk lösning/system som inte kan betraktas som unik för det egna landet eller annat begränsat område och som är "SIMAP-kompatibel". (Kommissionen har ej preciserat detta begrepp.)

Vad beträffar elektronisk kommunikation *under avtalsperioden* torde samma princip kunna användas beträffande bedömningen av proportionalitet och likabehandling: en upphandlande enhet som i en upphandling använder en teknik som är förenlig med direktivförslaget borde rimligen kunna använda den även under avtalspe-

rioden.

För den situation att kravet i förfrågningsunderlaget på elektronisk affärskommunikation ställs enligt *nu gällande regler* torde upphandlande enheter inte kunna fällas för diskriminering eller liknande så länge de följer direktivförslagets intentioner. Ju vanligare dataprogram och teknik som förespråkas desto större sannolikhet att kravet är förenligt med gällande huvudprinciper.

Det kan tilläggas att dagens teknik även medger s.k. inscanning av fakturor och andra pappersdokument till en ringa kostnad och arbetsinsats för en upphandlande enhet. Detta system används idag som komplement till direkt elektronisk handel. Ett rimligt undantag från ett kategoriskt krav på elektronisk affärskommunikation torde kunna omfatta de företag som normalt inte har så frekvent fakturering. Som exempel kan nämnas enmans- och fåmansföretag inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst (psykoterapi, tolkuppdrag, barnomsorg m.m.) och reparation- och underhåll (VVS, målning m.m.) vilka även fortsättningsvis bör ha en möjlighet att skicka pappersfakturor som sedan inscannas av den upphandlande enheten.

Enligt NOU:s mening kan således ett alltför strikt krav på elektronisk affärskommunikation i förfrågningsunderlaget innebära att framförallt mindre företag riskerar att diskrimineras.

NOU vill tillägga att enligt nu gällande regler kan däremot inte upphandlingsförfarandet genomföras helt elektroniskt eftersom anbudet enligt LOU 1 kap. 19 § (jfr sid. 6) och 6 kap. 3 § skall vara skriftliga.

NOU:s nyhetsbrev mars 1999

Under våren kommer en vägledning från NOU som behandlar *upphandling under tröskelvärdena*. Likaså kommer en uppdaterad version av *Kort om LOU och NOU på engelska*. Så snart de är klara lämnar vi information på vår hemsida. Vägledningen kan vi tyvärr inte erbjuda kostnadsfritt (priset är ännu inte bestämt!).

Det har börjat röra på sig så sakta beträffande *upphandlingsdirektiven*. Så har det t.ex. börjat cirkulera förslag från kommissionen till direktivförändringar i fråga om ramavtal, elektronisk handel, ”competitive dialogue” (ett nytt upphandlingsförfarande med större möjligheter till förhandlingar även i fråga om varor och bygg-entreprenader inom den klassiska sektorn), att telekommunikationssektorn skall utgå ur försörjningsdirektivet samt vissa andra ändringar i samma direktiv m.m.

Medlemsstaternas synpunkter på kommissionens förslag har dessvärre inte varit samstämmiga. Den tidsplan kommissionen angivit i sitt meddelande kommer därmed i vissa delar vara svår att fullfölja. Vissa andra frågor har samtidigt lagts åt sidan eller av andra skäl blivit fördröjda. Beträffande *miljökrav* vid offentlig upphandling har det dock förespeglats ett tolkningsmeddelande före sommaren. Vi informerar givetvis på hemsidan så snart tolkningsmeddelandet dyker upp.

Nya uppdaterade *blanketter för annonsering* samt kommentarer till hur dessa bör fyllas i finns inom kort på NOU:s hemsida.

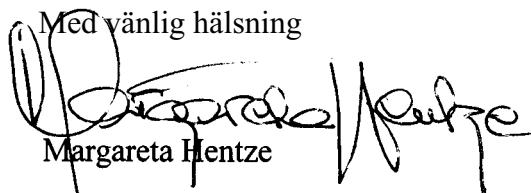
NOU:s tillsynsprojekt avseende *kommunala och landstingsägda bolag* har sammanställts i en första övergripande rapport. Sammanfattningen till rapporten redovisas i nyhetsbrevet. Det bristfälliga uppgiftslämnandet understryker behovet av såväl ökad information till bolagen som bättre maktmedel för NOU; det sistnämnda är något som den sittande utredningen kommer att ta ställning till. NOU har dock ännu inte uttömt sina tillsynsåtgärder i det aktuella projektet. Flera bolag har kontaktats eller kommer att kontaktas för kontroll av eller förklaring till lämnade uppgifter. Även ägarna kommer att kontaktas i viss utsträckning.

Svaren på enkäten till *sjukhusen* har ännu inte sammanställts.

NOU:s rapport om *statliga bolag* har inte föranlett ytterligare uppdrag från regeringen. NOU har i nuläget inte heller ansett sig på eget initiativ kunna prioritera ytterligare tillsynsåtgärder på området.

*Utredningen om NOU och LOU* blir allt större och längre. Finansutskottet har gett regeringen i uppgift (Finansutskottets betänkande 1998/99 FiU:17) att lämna tilläggsdirektiv rörande riktlinjer för den offentliga upphandlingen och det svenska arbetet i EU, miljökrav och miljömärkning samt lokal upphandling. Utredningen som i enlighet med gällande tidsplan, nämligen senast den 31 december 1999, ska avlämna ett delbetänkande som omfattar tidigare ålagda frågor (dir. 1998:58), övergår därefter till att bli *parlamentariskt sammansatt*.

Med vänlig hälsning



Margareta Hentze

## Innehåll

Tillämpning av LOU	3
Arrende/hyra – upphandling av tjänst	3
Krav som får ställas på leverantören	3
Krav på viss omsättning	3
Förfrågningsunderlaget	3
Förbud mot fri prövningsrätt	3
Upphandlingsförfaranden	3
Begreppet ”synnerliga skäl” vid direktupphandling	3
Tidsfrister	4
Anbudstider samt tid mellan beslut och leverans	4
Prövning anbud	4
Anbud med prisuppgift relaterad till övriga anbud	4
Angivna kriterier får inte frångås vid anbudsprövning	4
Produkt som offererats efter anbudstidens utgång	4
Upphandling inom försörjningssektorerna	5
Prekvalificeringssystem inom försörjningssektorn	5
Anbudslämnande	5
Anbud per e-post	5
Avtal, avtalstider m.m.	6
Rättsmedel	7
Ingen talerätt för underleverantörer	7
NOU:s tillsyn	7
Tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag	7
NOU:s ärenden och yttranden	8
Produkt som offererats efter anbudstidens utgång	8
Kan flera leverantörer komma ifråga om ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” skall antas?	9
Avbruten upphandling av gods- och färjetrafik	10
Upphandling av vårdavtal	11
Avtal om drift av sjukhus utan föregående upphandling	11
Rättsfall	12
Mål i EG-domstolen	12
Mål i Regeringsrätten	13
Mål i kammarrätt och länsrätt	14
Skadeståndsmål i Högsta domstolen	15
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt	16
Övrigt	17
Danmarks Konkurrensstyrelse - boknyheter	17
Gränslösa affärer	17

### NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
 Box 2012, 103 11 Stockholm  
 Telefon 08 - 454 44 40  
 Telefax 08 - 791 72 81  
 Webbplats www.nou.se

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm  
 Telefon: 08 - 690 91 80  
 Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

Tryck: Militära servicekontoret, Stockholm

NOU info finns också på NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info

Glöm inte att ange källan, t.ex. "NOU info mars -99"



## Tillämpning av LOU

### Arrende/hyra – upphandling av tjänst

NOU har i flera ärenden behandlat gränsdragningar mellan upphandling av tjänst enligt LOU och arrende och hyra som är undantagna LOU:s tillämpning. Om ett avtal endast avser driften av en verksamhet (t.ex. hyra av lokal för drift av en café-rörelse i ett kommunalt badhus) som nyttjanderättshavaren helt får styra över, anses detta vara ett hyres- eller nyttjanderättsavtal som inte omfattas av LOU:s bestämmelser. Om den upphandlande enheten däremot styr verksamheten mer i detalj och nyttjanderättshavaren skall utföra andra uppgifter åt den upphandlande enheten i samband med driften av verksamheten, så är det troligt att det föreligger en tjänsteanskaffning, som skall föregås av upphandling i konkurrens. Se referat av beslut meddelade av Länsrätten i Göteborg (mål nr 7907-98-E) och Kammarrätten i Göteborg (mål nr 8608-1998) på sid. 14.

## Krav som får ställas på leverantören

### Krav på viss omsättning

Enligt en lagakraftvunnen dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 7443-1998) är det vid selektiv upphandling godtagbart att ställa krav på viss omsättning hos leverantörerna. NOU vill understryka att proportionalitetsprincipen och lika-behandlingsprincipen genom huvudregeln om affärsmässighet måste beaktas vid utformning av dylika krav. Det innebär bl.a. att krav på en viss omsättning måste stå i proportion till upphandlingens värde. Läs vidare i rättsfallsreferatet på sid. 14.

## Förfrågningsunderlaget

### Förbud mot fri provningsrätt

De omständigheter/utvärderingskriterier som en upphandlande enhet tänker beakta vid provning och antagande av det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" måste anges i förfrågningsunderlaget. Att förbehålla sig "fri provningsrätt" är, som NOU påtalat ett flertal gånger, otillåtet. Har inga utvärderingskriterier utöver anbudspriset angivits skall anbudet med det lägsta priset antas. Se referat av Högsta domstolens dom (mål nr T 1441-97) på sid. 15f. (Jämför även en ännu ej lagakraftvunnen dom om krav på rangordning från Länsrätten i Gävleborgs län, mål nr 131-99, en dom som ännu ej refererats i *NOU info*.)

## Upphandlingsförfaranden

### Begreppet ”synnerliga skäl” vid direktupphandling

LOU begränsar möjligheten att använda direktupphandling till inköp av ”lågt värde” eller till situationer där ”synnerliga skäl” föreligger. 6 kap. 2 § LOU exemplifierar synnerliga skäl såsom synnerlig brådskad orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som inte heller beror på den upphandlande enheten. Med begreppet "synnerlig" förstås förhållanden av extraordinär karaktär. Detta innebär att

andra synnerliga skäl än synnerlig brådska sannolikt närmast måste vara en force-majeureliknande händelse för att kunna motivera rätten att direktupphandla.

## Tidsfrister

### Anbudstider samt tid mellan beslut och leverans

En alltför kort anbudstid i komplicerade upphandlingar gynnar ofta tidigare leverantörer och kan därmed vara ett brott mot likabehandlingsprincipen. Se referat av Regeringsrättens dom (mål nr 6017-1997) på sid. 13f. och NOU:s ärenden (dnr 160/98-26 och 167/98-26 ) som refereras på sid. 10.

Samma resonemang kan föras vad gäller tiden mellan beslut och avtal med vald leverantör och tidpunkten för när avtalet skall börja gälla. En alltför kort tid gynnar tidigare leverantörer och strider därmed mot likabehandlingsprincipen. Tiden bör anpassas så att även andra än tidigare leverantör har en reell möjlighet att förbereda sig på lämpligt sätt för det fall de skulle vinna upphandlingen. (Jämför även Länsrättens i Vänersborg dom (mål nr 467-99E), en ej lagakraftvunnen dom avseende upphandling av skolskjutsar som ännu inte refererats i *NOU info*.)

## Prövning anbud

### Anbud med prisuppgift relaterad till övriga anbud

NOU har av en upphandlande enhet fått frågan hur enheten skulle förfara med ett anbud som innehöll en prisuppgift som relaterade till priset i de andra anbuden: Leverantören angav att priset på hans anbud var 10 procent lägre än det lägsta priset i övriga anbud.

Enligt NOU:s mening kan ett sådant anbud inte antas. Anbuden måste kunna uttolkas var för sig. Att denna princip måste tillämpas blir särskilt tydligt i de fall flera leverantörer lämnat anbud relaterade till andras anbud.

### Angivna kriterier får inte frångås vid anbudsprövning

En upphandlande enhet får inte frångå de krav och kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Det är således endast möjligt att anta *ett* anbud om enheten angivit i förfrågningsunderlaget att endast det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas och en uppdelning av uppdraget inte uttryckligen tillåtits. Om däremot enheten i förfrågningsunderlaget angivit att flera leverantörer kan komma att antas (t.ex. därför att en leverantör inte ensam förväntas klara leveransen) kan flera av de bästa leverantörerna antas. Se NOU:s ärende (dnr 168/98-26) som refereras på sid. 9.

### Produkt som offererats efter anbudstidens utgång

Att vid anbudsprövningen värdera en produkt som offererats efter anbudstidens utgång är att jämföra med att pröva ett för sent inkommet anbud. Ett för sent inkommet anbud uppfyller inte kraven i förfrågningsunderlaget och får således inte tas upp till prövning. Att anta ett anbud som inkommit för sent strider mot LOU

och är ett brott mot gemenskapsrätten (likabehandlingsprincipen). Se vidare NOU:s ärende (dnr 81/98-26) som refereras på sid. 8f.

Att vid anbudsprövningen värdera en produkt som offererats efter anbudstidens utgång kan normalt inte heller inrymmas i förtydliganden och kompletteringar av ansökningar och anbud (1 kap. 21 § LOU).

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Prekvalificeringssystem inom försörjningssektorerna

Inom försörjningssektorerna är det möjligt att tillämpa s.k. prekvalificeringssystem, se 4 kap. 23 § LOU. Upphandlande enheter kan på förhand godkänna – prekvalificera – leverantörer och upprätta en lista på dessa. Den upphandlande enheten skall annonsera att den tillämpar ett prekvalificeringssystem i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Detta skall ske en gång per år om systemet tillämpas under längre tid än tre år. Alla leverantörer har rätt att ansöka om att få bli upptagna på listan.

Vid en senare selektiv eller förhandlad upphandling (enligt 4 kap. LOU) kan den upphandlande enheten välja ut ett antal leverantörer från listan och bjuda in dessa att lämna anbud. Antalet inbjudna leverantörer skall i varje upphandling fastställas med hänsyn till huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU. Där stadgas att upphandlingar skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. *Det måste alltså finnas tillräckligt många prekvalificerade anbudsgivare upptagna på listan för att systemet skall kunna börja användas.* Om så inte är fallet måste den upphandlande enheten komplettera genom annonsering.

Fördelen med prekvalificeringssystem är att den upphandlande enheten slipper att annonsera varje enskild upphandling i EGT. Enheten vinner också tid genom att den första fasen i upphandlingen redan är genomförd. Resultatet av en upphandling som gjorts med utnyttjande av ett prekvalificeringssystem skall emellertid alltid annonseras i EGT.

Observera att det inte är möjligt att använda prekvalificeringssystem vid upphandlingar *under tröskelvärdena* (förenklad upphandling). En upphandlande enhet kan naturligtvis vid förenklad upphandling välja att inte annonsera, utan välja ut ett med hänsyn till konkurrensen lämpligt antal leverantörer direkt från en prekvalificeringslista. Andra leverantörer, d.v.s. även icke prekvalificerade, har dock alltid rätt att delta i en sådan upphandling på lika villkor som de prekvalificerade anbudsgivarna.

## Anbudslämnande

### Anbud per e-post

#### *Över tröskelvärdena*

Enligt 1 kap. 19 § LOU skall anbud avges skriftligt vilket innebär att anbudet måste vara en egenhändigt undertecknad handling. Undertecknandet skall således

vara i original. Det är därför inte möjligt att enligt nu gällande lagstiftning lämna anbud per e-post vid upphandlingar över tröskelvärdena.

EG-kommissionen har emellertid lagt fram ett förslag till ändringar av varudirektivet för att bättre anpassa det till utvecklingen av elektronisk kommunikation och handel. Om förslaget vinner gehör hos medlemsländerna kommer det sannolikt att kunna utvidgas till att gälla även övriga upphandlingsdirektiv. Några av de viktigaste ändringsförslagen är bl.a. att all kommunikation skall kunna göras per brev, fax eller "any other electronic means". Orden "telegram" och "telex" tas bort helt ur direktivtexten. Det är endast anbudsansökan per telefon som blir nödvändig att bekräfta och då med någon av de andra tre kommunikationsmedlen, dvs. brev, fax eller elektroniska medel. Fax och e-post blir därmed jämställda med brev.

### *Under tröskelvärdena*

Det är NOU:s uppfattning att anbud som lämnas per e-post är att jämställa med anbud per telefax. Således torde 6 kap. 3 § 3 stycket LOU vara tillämpligt på sådana anbud.

Enligt nämnda lagrum skall en upphandlande enhet ange i förfrågningsunderlaget att anbud som tillåts lämnas genom telegram eller telefax, omgående skall bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling. Detta bör således anges även beträffande anbud per e-post.

Någon ytterligare betänketid tillåts emellertid inte. Ett anbud som lämnats per e-post skall därför, för att kunna prövas, i princip genast ha lämnats även för postbefordran. Huruvida anbudet är att anse som omgående bekräftat får prövas mot bakgrund av postgång i det enskilda fallet.

En upphandlande enhet måste normalt pröva ett anbud som lämnats per telegram eller telefax (och e-post) före anbudstidens utgång och som omgående skriftligen bekräftats, även om bekräftelsen kommer en kortare tid efter anbudstidens utgång.

De anbud som kommer in per telefax och e-post bör genast efter mottagandet avslutas och läggas bland övriga anbud.

En anpassning, analog med väntade förändringar över tröskelvärdena (se ovan), till utvecklingen av elektronisk kommunikation och handel kan förväntas.

## Avtal, avtalstider m.m.

NOU får ofta frågor hur man lämpligen löser problem som kan uppkomma när en upphandling stoppas i avvaktan på förvaltningsdomstols dom, samtidigt som de tjänster eller varor som är föremål för upphandlingen *omedelbart* behövs. Det finns även andra liknande situationer, t.ex. när ett formbundet upphandlingsförfarande inte hinner slutföras innan ett nytt avtal måste börja gälla.

När behovet inte kunnat förutses (såsom när en upphandling stoppats av domstol) och det är fråga om synnerlig brådska som inte beror på den upphandlande enheten, kan avtal slutas med stöd av reglerna om direktupphandling (under tröskelvärdena) eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering (över tröskelvärdena). Samtliga för dessa upphandlingsförfaranden uppställda förutsättningar måste vara uppfyllda.

En annan väg kan vara att omförhandla ett tidigare avtals eventuella förlängningsklausul (med den hittillsvarande leverantören) som inte fullt utnyttjats fram till dess att ett regelrätt avtal enligt LOU:s regler kan tecknas. Att förlänga ett avtal som saknar en förlängningsklausul eller att omförhandla en sådan klausul utöver vad tidigare förlängningsklausul medger, är att anse som en direktupphandling och får således endast ske om förutsättningarna i föregående stycke är uppfyllda. (Se också NOU:s ärenden dnr 160/98-26, 167/98-26, 2/98-29 och 312/98-26 som refereras nedan).

När specifik reglering saknas i LOU bör den upphandlande enheten vid val av handlingsalternativ utgå från huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om affärsmässighet och likabehandling.

Det är naturligtvis i sig en orimlig uppgift för NOU att föreslå åtgärder i situationer som "gått snett", främst där avsteg från regelsystemet redan skett. NOU vill återigen framhålla vikten av att de upphandlande enheterna i förebyggande syfte har ett system för sin upphandlingsverksamhet som kännetecknas av god planering och framförhållning, t.ex. beträffande förfallo- och uppsägningstider.

## Rättsmedel

### Ingen talerätt för underleverantörer

Svea hovrätt (mål nr T 1009-98) anser i ett skadeståndsmål att underleverantörer till leverantör som lämnat anbud i en offentlig upphandling inte är leverantör till den upphandlande enheten och således saknar talerätt vid mål enligt LOU. Se referat på sid. 16f.

## NOU:s tillsyn

### Tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag

NOU:s tillsynsprojekt omfattar 1275 bolag som till minst 50 % ägs av kommun eller landsting. Under 1997 uppgick dessa bolags upphandlingar till åtminstone 45 miljarder kronor. Tillsynsprojektet, som påbörjades i slutet av 1998, har utförts i form av en postenkät. Syftet har varit att övergripande kontrollera efterlevnaden av lagen om offentlig upphandling (LOU). Svarefrekvensen har varit anmärkningsvärt låg. Trots att uppgiftsskyldighet föreligger hade vid svarstidens utgång endast drygt hälften av bolagen svarat. Ännu idag saknas svar från ca 160 bolag.

Hela 20 % av de bolag som svarat på enkäten anser sig inte vara s.k. upphandlande enheter. Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär och att de därmed inte behöver följa LOU. Detta är i sig en feltolkning av LOU. Enligt NOU:s mening är i stort sett alla kommun- och landstingsägda bolag upphandlande enheter. NOU anser att det endast är de s.k. elhandelsbolagen som inte omfattas av LOU, eftersom dessa inte omfattas av vare sig självkostnads- eller lokaliseringsprinciperna i kommunallagen.

Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 136 av bolagen, som anser sig vara upphandlande enheter, inte överhuvudtaget genomfört (avslutat) någon

upphandling med anbudsförfarande under 1997. Detta trots att alla anskaffningar över något eller några basbelopp, enligt NOU:s mening, bör ske genom anbudsförfarande. Några bolag har beslutat att upphandling i konkurrens endast behöver ske för anskaffningar över 500 000 kronor och ett bolag tillåter direktupphandlingar upp till en miljon kronor! I båda fallen rör det sig om helt oacceptabelt höga beloppsgränser.

Endast 15 % av de tillfrågade bolagen har angivit att de har en central inköpsfunktion. Enligt NOU:s uppfattning medför en sådan organisation normalt effektivitetsfördelar och bättre regelefterlevnad än en helt decentraliserad organisation.

Knappt 30 av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar sina upphandlingar över tröskelvärdena i enlighet med LOU. Ytterligare drygt tio bolag säger att de "ofta" annonserar i enlighet med LOU. När ett bolag, som omfattas av LOU, låter bli att annonsera bryter det inte bara mot svensk lag utan också mot gemenskapsrätten. Endast i undantagsfall får annonsering underlåtas och då krävs stöd i LOU.

Uppenbara regelavvikelser utreds för närvarande och kommer att påtalas. NOU avser vidare att granska vissa bolag mer ingående bl.a. för att kontrollera lämnade uppgifter.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Produkt som offererats efter anbudstidens utgång

*Fråga om Landstinget Västernorrland prövat och antagit ett anbud avseende en produkt som offererats efter anbudstidens utgång (NOU:s ärende dnr 81/98-26).*

NOU har mottagit en skrivelse från en leverantör (A) som bl.a. angivit att en annan leverantör (B), som deltagit i landstingets upphandling, har särbehandlats av den upphandlande enheten. Enligt den klagande har leverantör B "...givits möjligheter att efter anbudstidens utgång inkomma med två helt nya anbudskompletteringar." Dessa innehöll ett erbjudande om utrustning, ett s.k. dubbeldetektorsystem, som inte alls ingått i det anbud som lämnats före anbudstidens utgång. Vidare angav leverantör A att den upphandlande enheten sagt att den anser sig ha laglig rätt att inhämta anbudskompletteringar och även att pröva helt nya utrustningar. Detta skulle gälla om utrustningen ifråga fanns namngiven i originalanbudet och leverantören begärt att få inkomma med komplettering.

Landstinget Västernorrland har i sitt yttrande anfört bl.a:

"Efter genomgång och jämförelse av inkomna anbud konstaterades att [leverantör B] hade besvarat vår förfrågan på ett korrekt sätt. I anbudet redovisade [B] en alternativlösning till en av utrustningarna i sitt anbud. Alternativet presenterades till funktion och kapacitet i form av broschyrer och företagsuppgifter, dock utan pris."

"Vi utgick från att ifrågavarande upphandling var ett förhandlat påskyndat förfarande. Vi anser oss ha utvärderat och bedömt samtliga inkomna erbjudanden på ett korrekt sätt och utifrån detta konstaterat att [leverantör B:s] koncept om [utförande] är vårt första val. Utifrån detta får det anses vara ett naturligt steg att gå vidare och efterhöra vad de ekonomiska effekterna av [B:s] alternativa förslag skulle

innebära för sjukhuset.”

NOU:s bedömning var att leverantör B:s anbud, som inkommit före anbudstidens utgång, ej innefattade de uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlaget avseende dubbeldetektorsystemet. NOU delade inte landstingets uppfattning att leverantör B besvarat förfrågan på ett korrekt sätt utifrån kraven i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget angavs: ”Anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget anses inte möjligt att utvärdera. Avviker anbudet från kraven i förfrågningsunderlaget skall detta tydligt anges. Pris, specifikationer, tillbehör övriga uppgifter lämnas per enhet eller modul som ingår i utrustningen och skall vara uppställt enligt förfrågningsunderlaget.” Leverantör B:s första anbud innefattade endast följande information avseende den senare avtalade produkten: ”PS Ytterligare ett dubbeldetektorsystem är under utveckling. Vi ber att få komplettera vårt anbud så snart detta system introduceras. Information bifogas under flik 11.” Leverantör B har efter anbudstidens utgång först inkommit med ett anbud (anbud nr 2) med kostnadsspecifikation avseende det nyutvecklade dubbeldetektorsystemet. Därefter har samme leverantör inkommit med ytterligare ett anbud (anbud nr 3) med utförligare kostnadsspecifikation och detaljerad specifikation avseende anbud (anbud nr 2).

”NOU gör således den bedömningen att det får anses visat att Landstinget prövat och antagit ett anbud avseende en produkt som offererats efter anbudstidens utgång 1997-09-29. Ett för sent inkommet anbud uppfyller inte kraven i förfrågningsunderlaget och får således inte tas upp till prövning. Att anta ett anbud som inkommit för sent strider mot LOU och är ett brott mot gemenskapsrätten (likabehandlingsprincipen, jämför bl.a. Storebæltmålet, C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993 sid. 3353). Detta gäller både över och under tröskelvärdena.”

## Kan flera leverantörer komma ifråga om ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” skall antas?

(NOU:s ärende dnr 168/98-26).

En leverantör har skrivit till NOU och klagat på en kommuns upphandling av potatis. Leverantören hävdade att kommunen slutit avtal med samtliga tre leverantörer som lämnat anbud, trots att kommunen i förfrågningsunderlaget efterfrågat endast en leverantör. Beställningar har därefter skett från företrädesvis en av leverantörerna som också givits tillfälle att omförhandla sitt pris.

Kommunen uppgav att avtal med samtliga anbudsgivare slutits för att undvika problem med kvaliteten på potatisen. Kommunens respektive kök skulle sedan själva få välja leverantör och därvid vägledas av kvalitet och service. Samtliga leverantörer som kommunen tecknat avtal med hade enligt kommunen haft möjlighet att justera priset.

Av utredningen framgick att kommunen sagt upp ifrågavarande avtal och gjort en ny upphandling av potatisleveranser. NOU, som i sin skrivelse till kommunen utgått från att "...den nya upphandlingen skett i enlighet med regelsystemet...", avslutade därför ärendet utan att uttala sig om den individuella upphandlingen men ville dock "...allmänt erinra kommunen om att en upphandlande enhet inte får fråga de krav och kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget, såsom att

anta flera leverantörer när endast det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas." Beträffande användningen av ramavtal med flera leverantörer hänvisade NOU till sitt nyhetsbrev, *NOU info oktober -98*, sid. 6-8.

## Avbruten upphandling av gods- och färjetrafik

*Frågor om bl.a. skälig anbudstid, proportionella krav, förkortning av avtalstiden efter anbudstidens utgång och möjligheterna att sluta ett avtal efter upphandlingens avbrytande (dnr 160/98-26 och 167/98-26).*

NOU har vid nämndsammanträde behandlat frågor i samband med en avbruten upphandling av transporter i Göteborgs skärgård. Nämndens yttrande kan i sin helhet läsas på NOU:s hemsida. Viktiga punkter i yttrandet var:

Anbudstiden på en och en halv månad, med mellankommande julhelger, kunde med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte anses som skälig. Den korta anbudstiden kunde vidare ses som en fördel för den tidigare leverantören. Detsamma gällde även kravet på att påbörja trafiken några månader efter anbudstidens utgång. Stadsdelsnämnden hade enligt NOU:s mening inte på ett tillfredsställande sätt förklarat varför avtalstiden på fem år (med högst två års förlängning) omedelbart efter anbudsöppningen behövde förkortas. "Avtalstiden måste avvägas i proportion till investeringarnas omfattning så att någon leverantör inte ges otillbörliga förmåner." NOU ansåg 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 de omfattande investeringar m.m. som ställts i förfrågningsunderlaget kunde "inte anses stå i proportion till en avtalstid på ett år".

Upphandlingen avbröts inte när de enligt stadsdelsnämndens uppfattning ofullständiga anbudena kommit in, utan först då den andre anbudsgivaren inte ändrat sitt anbud till att gälla ett år. NOU tog inte ställning i frågan huruvida stadsdelsnämndens bedömning, att inte något anbud uppfyllde de ställda kraven, varit riktig. Däremot ansåg NOU att anbuderna borde ha förkastats direkt, om de inneburit en väsentlig förändring i förhållande till förfrågningsunderlaget.

Stadsdelsnämnden har hänvisat till medborgarnas och näringslivets behov som skäl till att, efter upphandlingens avbrytande, temporärt förlänga ett kortvarigt avtal med den tidigare leverantören. NOU påpekade att det tidigare avtalet var uppsagt och följaktligen inte kunde förlängas. Det nya avtalet innehöll vidare flera ändringar, vilket motsade stadsdelsnämndens påstående om en förlängning. NOU ansåg att stadsdelsnämnden tecknat ett nytt avtal utan att upphandling skett enligt LOU. Några särskilda skäl som skulle motivera direktupphandling hade inte åberopats. NOU hänvisade slutligen till vad som angivits i sammanställningen av *NOU info -93 -95*, sid. 59, om avtal som löper tills vidare eller förlängs automatiskt.

NOU ansåg sammanfattningsvis att stadsdelsnämnden i flera avseenden brutit mot reglerna i LOU och förutsatte att den så snart som möjligt påbörjar förberedelser av en upphandling i konkurrens, inklusive en uppsägning av det nu tecknade avtalet.



## Upphandling av vårdavtal

*Fråga om vem som är avtalspart i vårdavtal (NOU:s ärende dnr 305/98-21).*

NOU har i en skrivelse anfört att ett avtal med en klinik borde ha föregåtts av en upphandling i konkurrens. Bedömningen byggde på det insända avtalet och uppgifter som NOU muntligen inhämtat.

Stockholms läns landsting, den ena avtalsparten, hade begärt ett klagande och i samband med detta åberopat en skrivelse från Landstingsförbundet av den 17 januari 1996. I denna angavs att avtal "med sådan yrkesutövare" inte behöver föregås av upphandling enligt LOU. Med "sådan yrkesutövare" avsågs läkare eller sjukgymnast som var verksam den 31 december 1995 och erhöll ersättning enligt husläkarlagen eller lagen om läkarvårds- respektive sjukgymnastersättning. Landstinget angav att de enskilda yrkesutövarna vid den aktuella kliniken var för sig hade anslutit sig till taxan före vårdavtalet. Dessa var namngivna i vårdavtalet.

NOU beslutade vid nämndsammanträde den 25 februari 1999 att avge följande svar. "LOU reglerar de avtal av ekonomisk karaktär som en upphandlande enhet sluter med andra fysiska eller juridiska personer. Det är därför av avgörande betydelse vem som är den upphandlande enhetens avtalspart." Det insända avtalet var slutet mellan Centrala Stockholms Sjukvårdsområde och ett aktiebolag/klinik med ett visst angivet organisationsnummer. Den omständigheten att avtalet kunde ha slutits personligen med var och en av läkarna och sjukgymnasterna som var anställda vid aktiebolaget (kliniken) ändrar inte bedömningen att ett nytt avtal har slutits med en från dessa fysiska personer skild juridisk person. Denna juridiska person omfattas enligt uppgift inte av de ovan angivna övergångsbestämmelserna. NOU vidhöll därför att avtalets tecknande skulle ha föregåtts av en upphandling.

## Avtal om drift av sjukhus utan föregående upphandling

*Stockholms läns landsting har, utan föregående upphandling, ingått avtal om driften av bl.a. Ersta sjukhus (NOU:s ärenden dnr 2/98-29 och 312/98-26).*

NOU har i yttrande till Stockholms läns landsting den 4 november 1998 (dnr 2/98-29) uttalat att det saknades förutsättningar att skriva ett nytt avtal med bl.a. Ersta sjukhus utan en formbunden upphandling enligt LOU.

Landstingets Hälso- och Sjukvårdsnämnd fattade kort därefter beslut om att ge koncernledningen i uppdrag att teckna avtal med leverantören utan föregående upphandling. Före beslutet lämnades muntlig information om innehållet i NOU:s ovannämnda yttrande. Ansvariga politiker var således före beslutet medvetna om NOU:s bedömning.

Enligt uppgifter i pressen anförde ett landstingsråds politiske medarbetare att Ersta sjukhus speciella karaktär skulle förstöras om verksamheten utsattes för upphandling i konkurrens enligt LOU. "Politikernas uppgift är också att se till att invånarna får den sjukvård de vill ha. – – – Det blir politiskt omöjligt att av oklara juridiska skäl ta risken att Ersta kommer att försvinna." (Anbudsjournalen nr 38, 1998, under rubriken "Omöjligt låta oklara juridiska skäl avgöra")

I sitt svar på NOU:s begäran om kommentar till nämnda pressuppgift, uppgav landstinget bl.a. följande. "När tillsynsmyndighetens påpekande inkom i november

1998 fanns inte tidsmässigt utrymme för att genomföra och avsluta en upphandlingsprocess före årsskiftet. Hälso- och sjukvårdsnämnden befann sig alltså i en situation där man skulle få ett avtalslöst tillstånd fr.o.m. den 1 januari 1999. Landstinget kommer nu att initiera en upphandlingsprocess som avser tiden fr.o.m. år 2000."

NOU har vid nämndsammanträde konstaterat att "... landstinget numera accepterar att tecknandet av avtal om den här aktuella vården måste föregås av en offentlig upphandling enligt LOU. Det är inte tillfredsställande att landstinget i tid inte förberett en upphandling och kunnat undvika att medvetet behöva teckna ett avtal i strid mot LOU. NOU förutsätter att arbetet med upphandlingen inför avtalsskrivningen fr.o.m. år 2000 redan påbörjats och att den kommande upphandlingen sker med iakttagande av alla relevanta regler i LOU."

## Rättsfall

### Mål i EG-domstolen

#### *Irish Forestry Board - upphandlande enhet (enligt äldre direktiv)*

EG-domstolen har i två mål prövat om det irländska statliga bolaget Coillte Teoranta (Irish Forestry Board) utgjorde upphandlande enhet enligt tidigare gällande EG-direktiv för varuupphandling (77/62/EEG). De två målen, som avgjordes samtidigt, var dels en fördragsbrottstalan (C-353/96 Kommissionen mot Irland), dels en fråga enligt artikel 177 från irländsk domstol (C-306/97 Connemara Machine Turf Co. Ltd mot Coillte Teoranta).

Irish Forestry Board (bolaget) hade infordrat anbud rörande gödningsmedel från ett antal leverantörer. Någon annonsering i EGT företogs inte trots att upphandlingens värde översteg 200 000 ECU. Kommissionen väckte talan. Från irländsk sida invändes att bolaget inte var att anse som upphandlande enhet vare sig enligt direktiv 77/62/EEG eller nu gällande 93/36/EEG.

Bolaget som var privaträttsligt men vars aktiemajoritet innehades av staten var ägare till flera nationalparker med fritids-, idrotts-, utbildnings-, vetenskapliga och kulturella anläggningar. Bolaget hade inrättats enligt en lag som föreskrev att bolagets verksamhet (skogsbruk) skulle bedrivas på marknadsmässiga grunder. Av lagen och bolagsordningen framgick att staten ägde stort inflytande över bolaget genom tillsättande av styrelse och verkställande direktör samt genom inflytande över verksamheten i övrigt.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att direktiv 93/36/EEG inte var tillämpligt, eftersom fristen för genomförande av direktivet inte löpt ut och Irland inte genomfört direktivet vid tiden för anbudsinfordran och tilldelningen av kontraktet. Prövningen skulle därför göras mot direktiv 77/62/EEG. Enligt direktiv 77/62/EEG omfattas statliga-, regionala- och lokala myndigheter samt de juridiska personer som lyder under offentlig rätt som anges i en bilaga till direktivet. I bilagan anges för Irlands del "andra myndigheter som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn." (OBS: Detta direktiv omfattar inte sådana "bodies governed by public law" som införlivats i 1 kap. 6§ LOU.)

Kommissionen menade att bolaget, med stöd av domen i Beentjes-målet, skulle omfattas av begreppet staten eftersom begreppet statlig myndighet skulle tolkas i funktionella termer. I andra hand hävdade kommissionen att bolaget var en myndighet som i fråga om offentlig upphandling stod under statlig tillsyn enligt bilagan till direktivet.

EG-domstolen förklarade att det förelåg avgörande skillnader jämfört med förhållandena i Beentjes, som gällde en kommitté, vars sammansättning och funktioner fastställdes i lag. Kommittén, som inte var en egen juridisk person, skulle anses omfattas av begreppet staten, trots att den formellt och administrativt inte var en del av staten.

Irish Forestry Board var ett bolag och således en juridisk person. Bolaget tilldelade inte kontrakt för någon myndighets räkning. EG-domstolen förklarade därför att bolaget inte var att anse som en statlig, regional eller lokal myndighet i direktivets mening.

Därefter gjorde domstolen en prövning mot bilagan i direktivet, huruvida bolaget var att anse som en myndighet som i fråga om offentlig upphandling av varor stod under statlig tillsyn. Domstolen förklarade här att begreppet upphandlande myndighet skulle – för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet – tolkas funktionellt. (Den hänvisade till Arnhem-domen, C-360/96, se *NOU-info december -98* sid. 14). Bolaget förklarades med denna tolkning vara att betrakta som en sådan myndighet som avsågs med bilagan till direktivet. Till stöd för sin uppfattning anförde domstolen att staten anförtrott bolaget vissa uppgifter, bl.a. att värna om nationella skogsområden och skogsindustrin samt att tillhandahålla anläggningar i det allmännas intresse. Av betydelse var också att staten utsåg styrelseledamöterna och statens möjligheter att kontrollera bolagets verksamhet genom instruktioner och andra befogenheter.

Domen behandlade således inte huruvida bolaget var en upphandlande enhet enligt det nu gällande direktivet, 93/36/EEG. Generaladvokaten berörde dock frågan och uttalade då att bolaget skulle vara att anse som en upphandlande enhet enligt detta direktiv.

## Mål i Regeringsrätten

- Regeringsrätten har meddelat dom (mål nr 6017-1997) gällande Kronobergs läns landstings upphandling av barn- och ungdomsvård inom tio geografiskt begränsade områden. Enligt domen skall upphandlingen göras om.

Regeringsrätten uppgav att "...i realiteten endast [leverantören A] haft möjlighet att inkomma med ett anbud i enlighet med förfrågan. Enligt Regeringsrättens mening har landstinget, genom att kräva ett anbud för hela den aktuella tandvården, brutit mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU om att upphandlingen skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och genomföras affärsmässigt. Några bärande skäl för att inte acceptera anbud även på delar av den aktuella tandvården har inte anförts."

Leverantören A har utfört ifrågavarande tandvård åt landstinget sedan 1992.

Ur domen kan vidare läsas att Regeringsrätten "... i likhet med NOU [fann] att en avtalstid av tre år kan accepteras i det aktuella fallet men att en förlängning på ytterligare tre år är alltför långtgående. Anbudstiden har med hänsyn till upphandlingens omfattning dessutom varit orimligt kort." Enligt länsrättsdomen var förfrågningsunderlaget daterat den 29 april 1997 och sista anbudsdagen hade angivits till den 2 juni 1997. NOU har i sitt yttrande till Regeringsrätten angivit att "Om landstinget inte kunde tillåta anbudsgivare att lämna anbud på delar av entreprenaden borde landstinget ha lämnat dessa en reell möjlighet att förbereda och formera en samverkan. Enligt NOU:s uppfattning fordras en avsevärt längre anbudstid för att möjliggöra detta. Kanske en minst dubbelt så lång som den tidigare."

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- I *NOU info dec. -98* sid. 17 informerades om ett mål som prövats av Länsrätten i Stockholm (mål nr Ö 11239-98) och Kammarrätten i Stockholm (mål nr 7443-1998). Målet handlade om en selektiv upphandling av städtjänster. Fråga i målet var huruvida Folktandvården (Stockholm läns landsting) hade brutit mot LOU genom att uppställa ett visst selekteringskrav. Kravet innebar att leverantörerna måste redovisa en *omsättning* avseende städverksamhet på minst tre miljoner kronor. Länsrätten avslag ansökan om överprövning och kammarrätten avslag överklagandet. Regeringsrätten har nu beslutat att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 8210-1998). Kammarrättens avgörande står därför fast vilket innebär att upphandlingen kan fullföljas.

*NOU:s kommentar:* NOU vill återigen hänvisa till proportionalitetsprincipen vid övervägande av dylika krav. Av principen följer att ett krav på en viss omsättning måste stå i proportion till upphandlingens värde. Det måste vidare grundas på objektiva skäl och inte strida mot kraven på affärsmässighet, konkurrensneutralitet och icke-diskriminering i 1 kap. 4 § LOU.

*Ett Regeringsrättsbeslut att inte meddela prövningstillstånd innebär inte att Regeringsrätten tagit ställning till om en dom är rätt eller fel i sak.*

- I *NOU info dec. -98* sid. 16-17 informerades om en dom från Länsrätten i Västernorrland län (mål nr 3077-98) avseende en öppen upphandling av bl.a. *skolskjutsar*. Målet handlade bl.a. om gynnande av tidigare leverantör. Länsrätten uppgav: "För att konkurrensmöjligheterna skall tillvaratas krävs att skillnaden i förutsättningarna mellan tidigare och nya leverantörer i möjligaste mån reduceras." Sollefteå kommun hade i förfrågningsunderlaget avseende ett område i upphandlingen utelämnat antalet kilometer vilket angivits för övriga områden. Som beräkningsgrund hade i stället bifogats en handritad karta. Domen som innebar att upphandlingen skall göras om har nu vunnit laga kraft.
- Länsrätten i Göteborg (mål nr 7907-98 E) och Kammarrätten i Göteborg (mål nr 8608-1998) har meddelat beslut avseende ett avtal om förvaltning av en fritidsbåtshamn mellan Tjörns kommun och en båtförening (arrende). Avtalet har inte ansetts innefatta upphandling i LOU:s mening. Kammarrättens beslut har vunnit laga kraft.

Länsrätten uppgav i sitt beslut att båtforeningen, för en bestämd årlig avgift, skulle arrendera del av en hamn och där förvalta en fritidsbåtshamn. Foreningen var skyldig att upplåta båtplatser enligt kommunens turordningsregler och hade rätt att ta ut avgifter som inte fick överskrida den kommunala taxan för båtplatsavgift. Foreningen hade inte åtagit sig några tjänster eller arbeten utöver vad som var en naturlig del av driften av båthamnen. Länsrätten hänvisade till NOU:s ärenden, om bl.a. drift av campingplats, vandrarhem och kursgård, med inslag av tjänstekoncession. Ur domen kan läsas: "Nämnden har därvid intagit den ståndpunkten att har avtalet enkom avsett driften av en verksamhet som nyttjanderättshavaren helt har fått styra och ta emot betalning för, för egen del, har detta ansetts som ett hyres- eller nyttjanderättsavtal som inte har behövt vara föremål för upphandling. Om däremot den upphandlande enheten dels styrt verksamheten mera i detalj, bestämt avgifters storlek, krävt att nyttjanderättshavaren också skall utföra andra tjänster, har mängden av sådana tjänster vägts in i bedömningen. Ju större andelen tjänster varit, desto mer har det övervägt till att anses som en tjänsteupphandling".

## Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen (mål nr T 1441-97) har avkunnat sin första skadeståndsdom enligt LOU. HD:s dom innebar att leverantören slutligt tillerkändes ett skadestånd på 246 000 kr jämte ränta. Den upphandlande enheten – Heby kommun – skall även ersätta leverantören för rättegångskostnader i tingsrätten, hovrätten och HD. Sala tingsrätt som ådömde Heby kommun att utge skadestånd till leverantören refererades i *Sammanställning av NOU info -96* sid. 67 och domen från Svea hovrätt som upphävde tingsrättens dom och ogillade leverantörens talan refererades i *NOU info juni -97* sid. 20.

Målet rörde en förenklad upphandling (6 kap. LOU) av projektering inför om- och tillbyggnad av ett servicehus. I upphandlingen antog kommunen ett annat anbud än det som var lägst i pris. HD konstaterade att kommunens förfrågningsunderlag "... innehöll den uppenbart lagstridiga uppgiften att kommunen förbehöll sig fri prövningsrätt". Vidare konstaterades att det inte framgick av uppgifterna i underlaget vilka omständigheter som, utöver anbudspriset, tillmättes betydelse i upphandlingen. HD uppger vidare "Kommunen hade därför enligt 6 kap. 12 § första stycket LOU inte möjlighet att, när anbudsförfarandet fullföljdes, anta något annat anbud är det med lägsta anbudspris; att kommunen inför upphandlingen hade angivit att lägsta pris inte var avgörande saknar därvid betydelse."

Kommunen har uppgivit att den saknade skyldighet att anta leverantörens anbud eftersom detta ansågs vara orimligt lågt. I HD:s dom hänvisas till 6 kap. 12 § andra stycket LOU. Där anges att en upphandlande enhet får förkasta ett orimligt lågt anbud, men först sedan den begärt en skriftlig förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. HD uppger vidare att det var fråga om ett formkrav; eftersom kommunen inte hade begärt någon förklaring från leverantören kunde anbudet inte förkastas av det skälet att priset ansågs vara orimligt lågt. Genom att inte anta leverantörens anbud bröt således kommunen mot LOU och ådrog sig skadeståndsskyldighet.

Vad gäller skadeståndets storlek instämde HD i tingsrättens bedömning. Med hänvisning till förarbetena, konstaterades att det positiva kontraktintresset skall ersättas. HD anförde att "En anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall därför försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt. Vad som förekommit i övrigt i Högsta domstolen rörande skadeståndets beräkning föranleder inte till någon annan bedömning än den som tingsrätten gjort." Kommunen förpliktades därmed att utge skadestånd med 246 000 kr till leverantören.

Skadeståndsbeloppet inkluderade även ersättning för de tillägsarbeten som antagen leverantör fått med anledning av uppdraget.

### Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- Södra Roslags tingsrätt (mål nr T 2719-97) och Svea hovrätt (mål nr T 1009-98) har meddelat dom avseende en öppen upphandling av drift och underhåll av vägar, parker, fastighetsmark m.m. i Danderyds kommun. Varken tingsrätt eller hovrätt ådömde kommunen att utge skadestånd. Tingsrätten konstaterade emellertid att kommunen brutit mot LOU men att den klagande inte var att anse som leverantör enligt LOU, eftersom företaget var underleverantör till det företag som ingivit anbud till kommunen. Hovrätten nöjde sig med att konstatera att den klagande inte var leverantör i LOU:s mening och prövade inte om kommunen brutit mot LOU. Domen är överklagad till Högsta domstolen.

Av tingsrättens dom framkom följande: Danderyds kommun antog en leverantör av ovan angivna tjänster. När anbudet antogs var frågan om hur vinterväghållningen skulle skötas olöst. Tingsrätten ansåg det styrkt "att kommunen, även om saken inte ställdes på sin spets, lät [leverantören] förstå att [bolaget] inte kunde godkännas som underentreprenör." Enligt domen ville inte kommunen att antagen leverantör skulle anlita bolaget, eftersom det inte ansågs vara "seriöst". "Tingsrätten uppgav vidare "Kommunen har inte visat att det förelåg fog för kritiken mot [bolaget]. Någon av de i 1 kap. 17 § LOU angivna förutsättningarna under vilka en leverantör får uteslutas har inte visats föreligga. – – – Några uttryckliga lagbestämmelser om vilka krav en upphandlande enhet får ställa på en underleverantör finns inte. Andra krav än de som gäller i 1 kap. 17 § LOU bör dock inte godtas. Kommunens handlande måste också anses strida mot det allmänna krav som uppställs i 1 kap. 4 § LOU på att förfarandet skall hanteras affärsmässigt och objektivt."

Tingsrätten ansåg det styrkt att bolaget gått miste om uppdraget som underleverantör till följd av kommunens agerande beträffande bolaget under upphandlingen. Tingsrätten fann att med leverantör i LOU:s mening avses "...anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller ansöka om att få lämna anbud men till följd av fel i upphandlingen inte kunnat göra detta. [Bolaget] tillhör ostridigt inte någon av dessa kategorier. Det skulle föra för långt att till leverantör hänföra även en underentreprenör som inte haft intresse av att få kontrakt om upphandlingen."

Med anledning av att bolaget inte ansågs vara leverantör i LOU:s mening prövade inte hovrätten frågan om kommunen brutit mot LOU. Bolaget har

överklagat domen till Högsta domstolen och NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

*NOU:s kommentar:* I *NOU info oktober -97* sid. 11-13 refererades ett av NOU:s ärenden (dnr 70/97-26) som behandlade ovan nämnda förhållande. Där sades bl.a. att "Några uttryckliga lagbestämmelser om vilka krav en upphandlande enhet får ställa på en underleverantör finns inte. Upphandlingsförfarandets uppläggning talar dock för att en upphandlande enhet i normala fall inte har anledning att kontrollera underleverantörens förmåga, eftersom det är anbudsgivaren, som till alla delar ansvarar för kontraktets fullgörande. Om någon prövning av underleverantörens förmåga ändå måste ske, bör denna göras i samband med kvalificeringen av anbudsgivare. Den upphandlande enheten får vid sådan prövning inte ställa högre eller andra krav på underentreprenören än de som får ställas på anbudsgivare."

## Övrigt

### Danmarks Konkurrensstyrelse - boknyheter

Konkurrensstyrelsen har nyligen utgivit två vägledningar inom offentlig upphandling.

Den första heter "EU:s udbudsdirektiver" (425 sidor inkl. direktiv- och lagtexter) och behandlar EU:s samtliga upphandlingsdirektiv. Vägledningen går, utöver de grundläggande principerna, även igenom ämnen som tröskelvärdesberäkning, ramavtal, utvärderingskriterier och kontraktsvillkor (sociala- och miljövillkor).

Vägledningen innehåller rikligt med hänvisningar till rättsfall från EG-domstolen och Klagenämndens avgöranden.

Den andra publikationen är en vägledning om upphandling av IT-tjänster ("Vejledning – kontrakter om komplekse IT-ydelser", 249 sidor). Skriften tar sin utgångspunkt i kontraktsförhandlingarna mellan leverantör och inköpare och redogör för de omständigheter som skall beaktas vid ingående av IT-avtal samt ger exempel på vanliga kontraktsformuleringar. Vägledningen beskriver också med hjälp av praktiska exempel de tekniska och ekonomiska risker som kan vara förknippade med IT-inköp. Av förordet framgår att vägledningen i första hand är tänkt att fungera som inspirationskälla till lyckade IT-upphandlingar. Syftet är alltså inte att ersätta den tekniska, ekonomiska eller juridiska rådgivning som inköpare under alla omständigheter kan tänkas behöva. Den är inte heller menad att användas som underlag för utvecklande av standardkontrakt.

Båda vägledningarna kan beställas direkt från Konkurrensstyrelsens hemsida med adress [www.ks.dk](http://www.ks.dk) där de även kan tas hem i PDF-format.

### Gränslösa affärer

Kommerskollegium har fått i uppdrag av Regeringen att genomföra ett åtgärdsprogram för att uppnå ett större deltagande från små- och medelstora företag i offentliga upphandlingar. Projektet, som kallas "Gränslösa affärer", leds av Kommerskollegium som i samarbete med bl.a. Industriförbundet och Exportrådet skall utföra tre

åtgärder:

- upprätta en samlad webbplats/"internettorg" för annonsering av offentliga upphandlingar (särskilt under tröskelvärdena)
- genomföra utbildning av konsulter i offentlig upphandling
- initiera en informationskampanj riktad till små och medelstora företag.

På sikt kommer man eventuellt även få resurser till stöd för företagsutbildning på området.

Projektet startas officiellt den 20 april 1999 och kommer då även att knytas till handelskamrarna i landet vilka skall sköta kontakten med de lokala företagen.



December 4-98 Dnr 74/98-21

## NOU:s nyhetsbrev december 1998

Sedan LOU nu börjat "sätta sig" och sedan utvärderingen som NOU genomförde under 1997 visat på stora positiva effekter, har NOU ansett tiden mogen för vissa tillsynsinsatser utöver sådana som föranletts av direkta klagomål till NOU från irriterade leverantörer. Tillsynsinsatserna har bl.a. "drabbat" statliga och kommunala bolag samt sjukhus. I enlighet med sin fastställda strategi kommer NOU att genomföra ytterligare tillsynsinsatser så långt resurserna medger.

NOU:s rapport om vilka *statliga bolag* som kan betraktas som upphandlande enheter har nyligen lämnats till regeringen. Rapporten återfinns på NOU:s hemsida.

*Utredningen* runt NOU och 6 kap. LOU har tagit fart. Expertgruppen har samlats vid ett par tillfällen under hösten.

I Bryssel fortsätter aktiviteterna med anledning av grönboken och kommissionens meddelande efter denna. För närvarande pågår diskussioner vid GD XV (och dess rådgivande kommitté) avseende *miljöfrågor* och offentlig upphandling, där regeringen just överlämnat Sveriges synpunkter och svar på vissa frågor som kommissionen ställt. Regeringens skrivelse ligger på NOU:s hemsida. Vidare diskuteras i vilken utsträckning *tjänstekoncessioner* omfattas eller bör omfattas av direktiven. Annat som är uppe till behandling är *finansiella tjänster*, ett eventuellt nytt upphandlingsförfarande ("*competitive dialogue*"), *ramavtal*, *elektronisk handel* m.m.

Med önskan om en riktigt God Jul och ett Gott Nytt År



Margareta Hentze

# Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling	3
Lagändringar och nya verkställighetsföreskrifter	3
Tillämpning av LOU	3
Upphandlande enhet eller ej	3
Inköp/upphandling kontra beställning/avrop	3
Hantering av skatteskulder	3
Förfrågningsunderlaget	4
Krav på övertagande av personal, fordon m.m.	4
Kravspecifikation	4
Kvalifikationskrav	4
Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena	4
Upphandling av vindkraftverk för leverans av el	4
Upphandling under tröskelvärdena	5
Direktupphandling	5
Statistik	5
Upphandlingar över tröskelvärdena	5
Upphandlingar under tröskelvärdena	9
NOU:s tillsyn	9
Regeringsuppdrag om statliga bolag	9
Tillsynsprojekt	11
NOU:s ärenden och yttranden	11
Skattekontroll enligt 6 kap. LOU	11
Avbruten upphandling	12
Betänkandet Kommunala finansförbund	14
Rättsmedel	14
Vite vid interimistiskt beslut?	14
Rättsfall	14
EG-domar	14
<i>Begreppet upphandlande enhet och behov i det allmännas intresse</i>	14
<i>Kommuners köp från kommunala bolag</i>	15
EG-kommissionen	16
<i>Projekt finansierade av EU-medel</i>	16
Mål i kammarrätt och länsrätt	16
Skadeståndsmål vid allmän domstol	18
Miljö	19
Tolkningsdokument	19
Offentlighet och sekretess	19
Sekretess och tolkning av begreppet "avslutad upphandling"	19
Övrigt	22
Konkurrensverket underkänner LIU	22
Utredning om Rikstrafiken	23

## NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
 Box 2012, 103 11 Stockholm  
 Telefon 08 - 454 44 40  
 Telefax 08 - 791 72 81  
 Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

Tryck: Militära servicekontoret, Stockholm

*NOU info* finns också på NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i *NOU info*

Glöm inte att ange källan, t.ex. "*NOU info* december -98"

## LOU - lagen om offentlig upphandling

### Lagändringar och nya verkställighetsföreskrifter

Proposition 1997/98:170 med förslag till ändringar i LOU har antagits av riksdagen och ändringarna träder i kraft den 1 januari 1999. För information om innehållet se *NOU info juni-98* sid. 3.

#### *Förordning om skriftliga bevis*

Förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling träder i kraft den 1 januari 1999. Förordningen anger vilka skriftliga bevis avseende anbudsgivares finansiella och ekonomiska ställning samt hans tekniska förmåga och kapacitet som en upphandlande enhet kan begära enligt 1 kap. 18 § andra stycket LOU vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster. Reglerna gäller endast över tröskelvärdena och inom den klassiska sektorn. Det kan dock vara lämpligt att använda dem som utgångspunkt också vid upphandling inom försörjningssektorerna (jämför bl.a. försörjningsdirektivet art. 31.2) och vid förenklad upphandling.

Värt att notera är att vid begäran om skriftliga bevis beträffande anbudsgivares finansiella och ekonomiska ställning får den upphandlande enheten också begära andra lämpliga bevis än de som finns uppräknade i förordningen. Vid begäran om bevis beträffande anbudsgivares *tekniska förmåga och kapacitet* är listan däremot uttömmande och en upphandlande enhet får därför *inte begära andra skriftliga bevis* än de i förordningen uppräknade. Förordningen finns i sin helhet på NOU:s hemsida - [www.nou.se](http://www.nou.se)

## Tillämpning av LOU

### Upphandlande enhet eller ej

Frågan om ett privat företag som *levererar* el skall anses vara upphandlande enhet innan leveranserna påbörjas. Se "Upphandling av vindkraftverk för leverans av el" på sid. 4f. Beträffande kommunala bolag se referat av dom i det s.k. Arnhem-målet på sid. 14f.

### Inköp/upphandling kontra beställning/avrop

Med anledning av en mängd frågor i samband med NOU:s tillsynsenkäter vill NOU understryka att *alla inköp/upphandlingar* omfattas av LOU och skall föregås av upphandling. Denna huvudregel gäller såvida undantag inte särskilt angivits i lagen. En beställning/avrop, som görs i enlighet med ett för den upphandlande enheten gällande ramavtal, anses inte som en upphandling förutsatt att ramavtalet har upphandlats i enlighet med LOU.

### Hantering av skatteskulder

Riktlinjer för tolkning av 6 kap. 9 § 1 st. 5 p. och 2 st. 3 p. LOU, då viss information erhållits om en leverantörs skatteskulder. Se NOU:s ärende på sid. 11f.

## Förfrågningsunderlaget

### Krav på övertagande av personal, fordon m.m.

En upphandling där krav ställdes på övertagande av personal m.m. skall enligt Kammarrätten göras om. Kammarrättens dom (3696-1998) står fast då Regeringsrätten inte meddelar prövningstillstånd. Se sid. 16.

### Kravspecifikation

Brister i kravspecifikationen som kan gynna tidigare leverantör - se länsrättsdom (3077-98) på sid. 16f.

### Kvalifikationskrav

Kravet på en viss omsättning i en selektiv upphandling har inte ansetts som brott mot LOU. Se läns- och kammarrättsdom (11239-98 och 743-1998) samt NOU:s kommentarer på sid. 17f.

## Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena

### Upphandling av vindkraftverk för leverans av el

*Fråga om upphandlande enhet eller ej samt om möjlighet för länsrätt att utdöma vite vid interimistiskt beslut.*

En upphandling av vindkraftverk som inletts av ett privat företag, A, har varit föremål för överprövning i länsrätt och dessutom föranlett EG-kommissionen att ställa en del frågor till regeringen.

I en annons i EGT infordrade A för ett annat privatägt bolags räkning, B, anbud på 40 vindkraftverk. En av anbudsgivarna, ett danskt bolag, ifrågasatte huruvida en objektiv utvärdering av anbuderna skulle kunna ske. Anledningen härtill var främst att A:s verkställande direktör även var personlig representant för ett tyskt anbudsgivande företag. Dessutom ägde det tyska bolaget aktier i B. Vidare påtalades en del formella fel i förfarandet. Det danska bolaget vände sig dels till Länsrätten i Skåne län med begäran om förordnande att upphandlingen skulle göras om, alternativt att rättelse skulle vidtas och dels till EG-kommissionen.

EG-kommissionen infordrade ett yttrande från regeringen som i sin tur anmodade NOU att yttra sig (NOU:s ärende dnr 217/98-29). Kommissionen utgick i sin skrivelse från att upphandlingen omfattades av direktiv 93/38/EEG (försörjningssektorerna). NOU framhöll bl.a. att det i förfrågningsunderlaget uppgivits vilket nätbolag som skulle ta emot den producerade elen, varför B som skulle leverera elen måste anses vara upphandlande enhet, i vart fall från den stund leverans börjar ske. Till upphandlande enheter inom försörjningssektorerna skall, enligt 4 kap. 1 § tredje stycket LOU (artikel 2 (3) andra st. (b) i 93/38/EEG), inräknas bl.a. företag som producerar el och levererar denna till nät som drivs av nätföretag med

nätkoncession. Med hänsyn till att texten i LOU och direktivet anger att företaget omfattas då det *levererar* el anförde NOU att det var osäkert huruvida B omfattades av bestämmelserna eftersom det ännu inte börjat leverera till nätbolaget.

Länsrätten har sedermera avslagit det danska bolagets ansökan (mål 10693-98 E) efter det att A avbrutit upphandlingen och förklarat att den inte kommer att fullföljas.

Av intresse i sammanhanget är att det danska bolaget i sitt yrkande om interimistiskt förordnande också yrkade att Länsrätten vid vite skulle förbjuda A att fortsätta upphandlingen. Frågan uppkom då om vite enligt 7 kap. 2 § LOU skulle tolkas så, att vite endast kan föreläggas i samband med slutligt beslut, vilket den svenska lagtexten kan ge intryck av med hänsyn till hur bestämmelserna är disponerade. Av den bakomliggande bestämmelsen, artikel 2, punkt 1 (a) och (c) i rättsmedelsdirektivet 92/13/EEG framgår emellertid att åtgärden i fråga är tillämplig beträffande såväl interimistiskt förordnande som slutligt beslut. Efter det att frågan överklagats särskilt, fann Kammarrätten i Göteborg (mål 6861-1998) att bestämmelsen i LOU skulle tolkas i enlighet med direktivbestämmelsen. NOU veterligt har yrkande om vite i samband med överprövning av upphandling aldrig tidigare framställts i Sverige.

Huruvida EG-kommissionen kommer att avsluta sitt ärende med hänsyn till att upphandlingen avbrutits är för närvarande inte känt.

## Upphandling under tröskelvärdena

### Direktupphandling

NOU har i ett yttrande (dnr 185/97-26) tagit upp direktupphandlingar och uttalat sig om dels en situation som åberopats som synnerligt skäl för direktupphandling, dels en situation där enheten avbrutit en upphandling för att i stället göra flera direktupphandlingar från en leverantör. Se vidare sid. 12f. "Avbruten upphandling".

## Statistik

Statistik över upphandlingar som slutfördes under 1997 har nu sammanställts för levererans till kommissionen i Bryssel.

De värden som redovisas i nedanstående sammanställningar är fortfarande inte tillförlitliga. Det finns brister i efterannonseringen – ofullständiga annonser eller inga efterannonser alls – även om det har skett en förbättring. Till detta kommer också de upphandlingar som avbrutits utan att detta meddelats till Publikationskontoret.

## Upphandlingar över tröskelvärdena

### *Antal och värde av rapporterade upphandlingar*

En uppdelning av upphandlingen över tröskelvärdena på olika typer av upphandlande enheter ger följande värden i miljoner kronor och antal upphandlingar.

Klassiska	Varor		Tjänster		Entrepr		Totalt	
	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal	Värde (miljoner kr)	Antal
Kommuner	6 723	448	4 182	294	942	34	11 847	776
Landsting	8 987	356	4 299	67	745	4	14 031	427
Staten	4 424	237	2 495	160	4 173	24	11 092	421
Övriga	1 163	35	731	54	1 735	18	3 629	107
<b>Summa 1997:</b>	<b>21 297</b>	<b>1 076</b>	<b>11 707</b>	<b>575</b>	<b>7 595</b>	<b>80</b>	<b>40 599</b>	<b>1 731</b>
<i>Summa 1996</i>	<i>14 216</i>	<i>890</i>	<i>9 352</i>	<i>476</i>	<i>3 864</i>	<i>58</i>	<i>27 432</i>	<i>1 424</i>
<b>Försörjn. -97</b>	<b>3 426</b>	<b>108</b>	<b>1 658</b>	<b>77</b>	<b>2 293</b>	<b>55</b>	<b>7 377</b>	<b>240</b>
<i>Försörjn. -96</i>	<i>2 499</i>	<i>95</i>	<i>10 610</i>	<i>60</i>	<i>2 904</i>	<i>49</i>	<i>16 013</i>	<i>204</i>
<b>Totalt 1997</b>	<b>24 723</b>	<b>1 184</b>	<b>13 365</b>	<b>652</b>	<b>9 888</b>	<b>135</b>	<b>47 976<sup>*)</sup></b>	<b>1 971</b>
<i>Totalt 1996</i>	<i>16 715</i>	<i>985</i>	<i>19 962</i>	<i>536</i>	<i>6 768</i>	<i>107</i>	<i>43 445</i>	<i>1 628</i>

\*) varav c:a 40 % är B-tjänster

*Kommentar:* Ovanstående siffror (liksom siffrorna i övriga tabeller) skall tolkas försiktigt. Skillnaderna mellan två år kan vara mycket stora framför allt på grund av att det träffas många stora avtal som löper på flera år. Detta gäller kanske framför allt inom transportområdet där det exempelvis föregående år fanns en upphandling på sju miljarder kronor.

### *Tillämpade upphandlingsförfaranden*

En uppdelning på de tre upphandlingsförfarandena visar att det helt dominerande förfarandet inom den klassiska sektorn även under 1997 var öppen upphandling.

Inom försörjningssektorerna, som har ett liberalare regelverk när det gäller val av förfarande, dominerar förhandlat förfarande med annonsering. Jämfört med 1996 har användandet av kvalificeringssystem ökat, medan öppen upphandling minskat.

	Klassiska sektorn (antal)					Försörjningssektorerna (antal)				
	Öppen	Sel	Förh	B-tjänst	Totalt	Öppen	Sel	Förh	Kval	Totalt
Varor	1000	52	24		1 076	13	3	92		108
Tjänster	321	64	53	(137)	575	39	1	29	8	77
Entrepr	52	23	5		80	1	2	43	9	55
<b>Totalt -97</b>	<b>1 372</b>	<b>139</b>	<b>82</b>	<b>137</b>	<b>1 731</b>	<b>53</b>	<b>6</b>	<b>164</b>	<b>17</b>	<b>240</b>
<i>Totalt -96</i>	<i>1 148</i>	<i>143</i>	<i>48</i>	<i>84</i>	<i>1 424</i>	<i>58</i>	<i>9</i>	<i>136</i>	<i>1</i>	<i>204</i>
<b>% 1997</b>	<b>79</b>	<b>8</b>	<b>5</b>	<b>8</b>	<b>100</b>	<b>22</b>	<b>2,5</b>	<b>68,5</b>	<b>7</b>	<b>100</b>
<i>% 1996</i>	<i>81</i>	<i>10</i>	<i>3</i>	<i>6</i>		<i>28</i>	<i>4,5</i>	<i>67</i>	<i>0,5</i>	

*Vad har upphandlats inom den klassiska sektorn?*

I *NOU info mars -98* fanns 10-i-topp-listor som visade de värdemässigt största tjänstekategorierna och varuområdena för år 1996. Nedan redovisas motsvarande för 1997 men det har nu utökats till 12-i-topp-listor.

## TJÄNSTER, klassiska sektorn

(Siffrorna inom parentes anger placeringen värdemässigt 1996)

<u>Tjänstekategori</u>			Antal upph.	Värde (milj.kr)
1.	(3)	2 Landtransport utom postbefordran	74	2 675
2.	(2)	25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst (B-tjänster)	41	2 639
3.	(7)	24 Utbildning (B-tjänster)	60	1 127
4.	(6)	14 Fastighetsförvaltning inkl. städning	69	876
5.	(10)	4 Postbefordran	16	791
6.	(5)	7 Datatjänster	47	627
7.	(-)	27 Övriga tjänster (B-tjänster)	35	621
8.	(4)	16 Tjänster för sophantering, sanering o.dyl.	43	505
9.	(-)	12 Arkitekt-, ingenjör-, konstruktörstjänster m.fl.	33	473
10.	(-)	3 Lufttransport utom postbefordran	3	347
11.	(7)	6 Finansiella tjänster (främst försäkringstjänster)	92	273
12.	(1)	5 <u>Telekommunikation</u>	34	182
<b>Totalt 12-i-topp</b>			<b>547</b>	<b>11 137</b>
<u>Övrigt</u>			28	570
<b>Totalt</b>			<b>575</b>	<b>11 707</b>

*Kommentarer:* Upphandling av B-tjänster, som endast behöver efterannonseras, utgör värdemässigt nästan 40 % av den totala tjänsteupphandlingen (1996 - 23 %). Några orsaker till ökningen kan vara satsningen på Kunskapslyftet, fler tjänster klassificeras som "övriga tjänster" och kanske främst att efterannonseringen har förbättrats.

Telekommunikationstjänster, som förra året låg på första plats, har nu plats nummer 12. Förklaringen kan vara densamma som angivits under tabellen med totalsiffrorna ovan: några stora avtal som sträcker sig över flera år.

Det kan också konstateras att kategori 4 postbefordran har tredubblats från föregående år. Det är sex upphandlande enheter som svarar för de 16 upphandlingarna av postbefordran.

Det största antalet upphandlingar gäller finansiella tjänster men värdemässigt ligger dessa först på elfte plats. De flesta av dessa upphandlingar gäller försäkringstjänster och värdemässigt är var och en av dessa inte så stor.

## VAROR, klassiska sektorn

*(Siffrorna inom parentes anger placeringen värdemässigt 1996)*

			Antal	Värde	
			upph	(milj.kr)	
<u>CPV-avdelning</u>					
1.	(1)	33	Medicinska och optiska instrument mm	159	3 235
2.	(2)	15	Livsmedel och dryck	63	2 470
3.	(4)	24	Kemikalier, kemiska produkter och konstfibrer	72	2 302
4.	(13)	29	Maskiner och utrustning	49	1 972
5.	(7)	21	Papper och pappersvaror	97	1 922
6.	(14)	34	Motorfordon	63	1 712
7.	(15)	25	Gummi- och plastprodukter	45	1 549
8.	(9)	36	Möbler; diverse andra tillverkade varor	58	1 257
9.	(6)	30	Kontorsmaskiner och datorer	46	1 117
10.	(11)	1	Jordbruksprodukter	17	995
11.	(3)	23	Raffinerade petroleumprodukter m.m.	51	876
12.	(8)	40	<u>El, gas, ånga och hetvatten</u>	26	872
			<b>Totalt 12-i-topp</b>	<b>746</b>	<b>20 280</b>
			<u>Övrigt</u>	330	1 017
			<b>Totalt</b>	<b>1 076</b>	<b>21 297</b>

*Kommentarer:* De 12 största varuområdena och tjänstekategorierna svarar för 95 % av det totala värdet.

Beträffande antalet upphandlingar är bilden helt annorlunda. De 12 största varuområdena svarar för 95 % av det totala antalet upphandlingar medan motsvarande för tjänstekategorier är 30 %.

*Försörjningssektorerna*

Försörjningssektorernas andel av den offentliga upphandlingen utgör 15 % av den totala upphandlingen över tröskelvärdena. 1996 var försörjningssektorernas andel hela 37 %.

Försörjningssektorernas andel av den totala varu-, tjänste- och entreprenadupphandlingen uppgick till (siffrorna för 1996 inom parentes)

- 14 % (15) av varuupphandlingen,
- 13 % (53) av tjänsteupphandlingen samt
- 23 % (43) av entreprenadupphandlingen.

*Kommentar:* NOU noterar den stora skillnaden mellan 1996 och 1997 avseende tjänster och entreprenader men har ännu inte analyserat sifferuppgifterna. Se även kommentaren på sid. 6.



## Upphandlingar under tröskelvärdena

### Statliga myndigheter

I nedan redovisade uppställning (i miljoner kronor) över den statliga upphandlingen under tröskelvärdena 1997 avser 481 miljoner kronor försäkringskassorna.

	<u>1997</u>	<u>1996</u>
Varor	28 626	26 507
Tjänster	16 575	18 152
Entreprenader	4 129	4 233
<b>Totalt</b>	<b>47 331</b>	<b>48 892</b>

### Försörjningssektorerna

Nedanstående tabell visar värdet (i tusen kronor) av inköp av varor, tjänster och entreprenader fördelade på de olika sektorerna.

<u>Område</u>	<u>1997</u>	<u>1996</u>
1. Vatten	602 317	1 194 042
2-3. El + Värme	11 248 429	11 723 399
6. Järnväg	3 856 904	3 601 698
7. Transport	1 701 976	1 049 591
8. Flygplats	1 481 000	1 483 060
9. Hamn	391 731	492 199
<b>Totalt</b>	<b>19 282 357</b>	<b>19 543 989</b>

## NOU:s tillsyn

### Regeringsuppdrag om statliga bolag

Regeringen gav i juni 1998 NOU i uppdrag att utreda i vilken utsträckning bolag med statligt ägande tillämpar LOU (jfr. *NOU-info okt -98*, sid. 5).

NOU har i sammanfattningen till den rapport som den 1 december 1998 överlämnats till regeringen anfört i huvudsak följande:

Bolagen bör enligt NOU klassificeras som upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU på följande grunder:

1. En upphandlande enhet är en sådan organisation som
  - a) har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
  - b) är juridisk person, samt
  - c) uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

Behov i det allmännas intresse (enligt p. 1 a ovan) är de "behov som staten, av

skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på". Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas.

Det finns enligt EG-domstolen allmännyttiga behov av kommersiell karaktär och allmännyttiga behov av icke-kommersiell karaktär. Alla behov i det allmänna intresset är således inte av icke-kommersiell karaktär.

Det torde inte spela någon roll i vilken form verksamheten bedrivs.

Även en liten andel allmännyttiga behov medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastats regelverket. Bolag i samma koncern skall dock bedömas var för sig.

Övriga två villkor (enligt punkt 1 b och c ovan - juridisk person respektive statens inblandning) preciserar ytterligare vad som menas med "organ som lyder under offentlig rätt" (eller upphandlande enhet).

2. Begreppet staten skall enligt EG-domstolen tolkas i vid bemärkelse och i funktionella termer oberoende av lagstiftningen i det enskilda medlemslandet.
3. Det bör rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av EG:s direktivregler för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att bevara den fria konkurrensen och åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster skall därvid tillmätas stor betydelse.

### *Statliga bolag som kan betecknas som upphandlande enheter*

NOU:s behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU liksom Sveriges internationella åtaganden kräver att det finns en förteckning över upphandlande enheter.

Bland de bolag som finns redovisade som bolag med statligt ägande finns ett antal bolag och bolagsgrupper som redan nu tillämpar LOU (redovisas i bilaga B till utredningen) och ett antal bolag och bolagsgrupper som enligt NOU:s bedömning borde göra det (redovisas i bilaga C till utredningen). Bolag upptagna i bilaga C bör emellertid beredas möjlighet att bemöta NOU:s ställningstagande. Då förteckningen inte är normerande för frågan om ett bolag är att betrakta som en upphandlande enhet och bolagen kan genomgå olika förändringar avseende sin verksamhetsinriktning, ägarförhållanden och styrelsesammansättning kan förnyade ställningstaganden bli aktuella i framtiden.

Av sammanfattningen till rapporten framgår avslutningsvis att det genomförda arbetet inte omfattar alla de organ som kan anses omfattas av 1 kap. 6 § LOU och gemenskapsdirektiven samt att ytterligare kartläggning behövs för att upprätta en någorlunda heltäckande förteckning över de organisationer som omfattas av begreppet upphandlande enhet.

Rapporten är tillgänglig på NOU:s hemsida under rubriken Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU (Dnr 172/98-28).

## Tillsynsprojekt

### *Kommunal- och landstingsägda bolags upphandling*

Som ett led i tillsynsverksamheten har NOU vänt sig till 1428 kommun- och landstingsägda bolag för att övergripande kontrollera hur LOU efterlevs. Undersökningen genomförs i form av en enkät som skickats ut till de bolag som till minst 50 % ägs av kommuner eller landsting. Tillsynsprojektet avser främst att granska bolagens direktupphandling och annonsering men enkäten innehåller även frågor angående bolagens kompetens beträffande LOU.

NOU har genom frågor och klagomål erfarit att kunskaperna om och tillämpningen av upphandlingsreglerna är väldigt skiftande. Ett flertal bolag har med anledning av enkäten vänt sig till NOU för att få svar på om de är upphandlande enheter inom den klassiska sektorn eller inom försörjningssektorerna. Det är anmärkningsvärt att vissa bolag ännu fem år efter regelverkets införande ännu inte utrett och tagit ställning till vilka regler de skall tillämpa. De regler som styr upphandling inom försörjningssektorerna skiljer sig avsevärt från de regler som styr upphandling inom den klassiska sektorn. Att tillämpa reglerna för upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. 4 kap. LOU, fast organisationen är en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn är ett klart brott mot regelverket.

NOU har tvingats tillskriva vissa kommuner och landsting i vilka svarsfrekvensen varit särskilt låg, t.ex. Stockholms stad samt Uppsala och Osby kommuner. Tidsödande och därmed kostsamma telefonpåminnelser har likaledes krävts till många bolag.

NOU:s utvärdering av bolagens svar och bristande svarsfrekvens avses ligga till grund för ev. fördjupade tillsynsåtgärder.

### *Sjukhusens upphandling*

NOU genomför även ett tillsynsprojekt avseende landstingsanknutna sjukhus och deras efterlevnad av LOU. En enkät har skickats ut till 83 sjukhus. Undersökningen syftar, i liket med det ovan beskrivna projektet, till att granska sjukhusens direktupphandling, annonsering och kunskaper om LOU men även deras upphandlingsdokumentation.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Skattekontroll enligt 6 kap. LOU

*Fråga om omfattningen av skattekontroll enligt 6 kap. LOU.  
(NOU:s ärende dnr 149/98-21)*

NOU har mottagit en fråga om hur en upphandlande enhet skall hantera uppgifter från skattemyndigheten om att en leverantörs restförda skatteskuld har överlämnats till kronofogdemyndigheten för indrivning. Det gällde främst situationer i vilka det saknas lagakraftvunnen dom eller beslut i skattefrågan.

Av NOU: svar framgår följande.

I förarbetena angående motsvarande bestämmelse för upphandling över tröskelvärdena i 1 kap. 17 § LOU anförde föredragande departementschef bl.a. följande. "Här kan särskilt anmärkas att denna 'kvalitetskontroll' inte innebär en skyldighet för den upphandlande enheten att efterfråga dessa omständigheter eller utesluta leverantören i fråga. Det kan ju finnas andra skäl som gör att en upphandlande enhet ändå har förtroende för en viss leverantör. I bestämmelsens första och andra stycken anges därför endast omständigheter som får undersökas och som kan föranleda uteslutning."

NOU hänvisade till vad som skrivits i *NOU info 93 - 95*, sid. 18 och lade till att NOU anser "... att lagens lydelse, framför allt orden 'kan uteslutas' och 'om det inte är onödigt', och ovannämnda uttalanden klart markerar att lagen inte kräver att alla eftersläpningar med skatteinbetalning skall leda till uteslutning av leverantör." "... varje företag /har/ numera ett skattekonto och inbetalaren kan inte själv styra vilka skatter eller avgifter kontots behållning skall bestrida. Skattelagstiftningen ändras relativt ofta och många företag har en eller flera pågående skattetvister. Det vore inte rimligt om en leverantör tvingats avstå från anbudsgivning så snart företaget blivit inbegripet i en skattetvist eller fått ett tillfälligt underskott på skattekontot." En leverantör bör vid sådant förhållande inte heller bli automatiskt utesluten från deltagande i upphandlingen. NOU pekade vidare på att en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen skall ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna. Av regelverket framgår det därför att det inte i första hand ankommer på den upphandlande enheten att alltid kontrollera hos skattemyndigheten om alla anbudsgivare har betalt skatt och inte heller att bedöma utsikterna i en eventuell skatteprocess.

NOU har vid muntlig kontakt med frågeställaren framfört att skatteskulder många gånger är en indikation på att leverantörens ekonomiska eller finansiella ställning är osäker med hänsyn till säkerställandet av leverans, inklusive framtida åtaganden såsom service, underhåll och garantiåtaganden m.m. Den upphandlande enheten måste, i händelse av skatteskuld, förvissa sig om att en framtida leverans blir vederbörligen utförd, t.ex. genom krav på en fullgörandegaranti utställd av en bank, moderbolag, större underleverantör eller liknande.

## Avbruten upphandling

*Fråga om avbrytande av upphandling med anledning av att varan kan köpas till lägre pris från annan leverantör. Även fråga om flera direktupphandlingar i stället för en förenklad upphandling. (NOU:s ärende dnr 185/97-26)*

Malmöhus läns landsting (MLL) begärde in anbud på litteratur avseende medicinska klassifikationer. Upphandlingen, som understeg tröskelvärdet, genomfördes som en förenklad upphandling. Vid anbudstidens utgång hade tre anbud kommit in. Efter det att förhandlingar med en av anbudsgivarna påbörjats meddelade MLL att man avsåg att avbryta upphandlingsförfarandet. Litteraturen beställdes därefter direkt från denna anbudsgivares underleverantör.

MLL anförde bl.a. att landstinget fick viss information om att böckerna kunde köpas utan att man skulle behöva teckna ett särskilt upphandlingsavtal. MLL gjorde då bedömningen att det inte var affärsmässigt att fullfölja ett avtal som skulle vara "mer ekonomiskt ofördelaktigt" än att inte ha något avtal alls. MLL beslöt

därför att avbryta upphandlingen. Något avtal med den nye leverantören hade inte tecknats eftersom MLL köper litteraturen "enligt avrop från företagets blockorderavtal". Inköpen sker i takt med att behov uppstår och värdet av varje enskilt inköp har aldrig överstigit ett basbelopp.

Frågan NOU hade att bedöma var således om en upphandlande enhet får avbryta en pågående upphandling i vilken det inkommit flera anbud som uppfyller samtliga ställda villkor om anskaffningen kan ske till ett lägre pris från någon annan leverantör.

NOU ansåg att denna fråga i allt väsentligt påminde om en tidigare kommenterad situation (sammanställning *NOU info 93 - 95* avsnitt 8.10). NOU anförde därutöver att "... även avbrytande av en upphandling på felaktiga grunder kan medföra skadeståndsansvar om det kan anses strida mot den svenska regeln om affärsmässighet eller den gemenskapsrättsliga principen om lika och rättvis behandling av leverantörerna. En upphandling bör därför i regel inte avbrytas för att en anskaffning skall kunna göras från en leverantör vars anbud kommit in för sent eller varit behäftat med ett sådant fel att anbudet borde ha förkastats. Detta gäller i ännu högre grad för en situation som den aktuella, där något förmånligare anbud inte ens kommit in. En ytterligare och helt avgörande förutsättning för att avbrytandet skall kunna anses affärsmässigt måste vara att den anskaffning som görs i stället för den avbrutna upphandlingen överensstämmer med reglerna i LOU."

Upphandling av varor under tröskelvärdena skall göras genom förenklad upphandling. Direktupphandling får dock, enligt 6 kap. 2 § LOU, användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. För att fastställa tröskelvärdet för upphandling enligt direktivstyrda regler i 2 kap. LOU måste en upphandlande enhet vid upphandling av varor beakta reglerna i 4 § att en upphandling avseende en viss kvantitet varor inte får delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Regler om sammanläggning av upphandlingar finns i 2 kap. 3 § LOU. Samma principer bör tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket en direktupphandling får användas.

MLL har inte, som skäl för att underlåta upphandling, hävdats att man avropat från ett av landstinget tecknat ramavtal. NOU ansåg mot bakgrund av det tidigare anförda att "...anskaffning som görs under en begränsad tidsperiod, inköps från samma leverantör och används av en likartad grupp av användare skall betraktas som ett inköp. Att i stället för ett sammanhållet inköp av medicinsk litteratur för minst 670 000 kr göra ett 20-tal direktupphandlingar under ett basbelopp måste anses strida mot LOU. MLL har inte åberopat något sådant synnerligt skäl som anges i 6 kap. 2 § LOU. NOU anser därför att MLL inköpt litteraturen från leverantören i strid med gällande bestämmelser i LOU. Att avbryta en upphandling för att göra en olaglig anskaffning kan inte anses affärsmässigt. MLL synes därför ha brutit mot 1 kap. 4 § och andra regler i LOU."

## Betänkandet Kommunala finansförbund

*NOU har den 1 november 1998 avgivit remissvar över betänkandet Kommunala finansförbund, SOU 1998:72. Nedan återges sammanfattningen av NOU:s svar. Yttrandet i sin helhet finns på NOU:s hemsida: [www.nou.se](http://www.nou.se)*

### *Sammanfattning*

NOU:s yttrande över betänkandet Kommunala finansförbund, SOU 1998:72, begränsas till de frågor som har en tydlig koppling till LOU.

Enligt LOU är kommunala finansförbund s.k. upphandlande enheter och deras avtal skall normalt föregås av upphandling i enlighet med LOU. Det kommunala finansförbundet är en självständig juridisk person i förhållande till sina medlemmar (kommuner och landsting). Organisationerna är olika juridiska personer vilket innebär att kommuners och landstings avtal med ett kommunalt finansförbund skall ha föregåtts av upphandling.

Jämför NOU:s rapport om kommuners och landstings köp från sina helägda bolag refererad på sid. 13 i *NOU info mars -98*. På NOU:s hemsida finns även denna rapport i sin helhet.

## Rättsmedel

### Vite vid interimistiskt beslut?

Frågan om möjlighet till vitesföreläggande vid interimistiskt beslut har prövats av kammarrätt. Se sid. 4f.

## Rättsfall

### EG-domar

#### *Begreppet upphandlande enhet och behov i det allmännas intresse*

EG-domstolen har den 10 november 1998 meddelat dom i målet C-360/96 Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV (BFI). Arnhem och Rheden är två kommuner i Nederländerna, som beslutat att överlåta insamling av avfall till ett av de två kommunerna för ändamålet bildat aktiebolag (ARA). ARA anförtroddes uppgifter som reglerades i nederländsk lag om sophantering.

BFI, ett privat företag som bl.a. sysslade med insamling och behandling av hushålls- och industriavfall, väckte talan vid nederländsk domstol och yrkade att direktiv 92/50/EEG skulle tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Efter att domen överklagats förklarade överinstansen att det förelåg författningsenlig ensamrätt beträffande avfallshantering. Därmed kunde undantaget i artikel 6 i direktivet (se 5 kap. 2 § LOU), som avser upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten, tillämpas under förutsättning att ARA var att anse som en upphandlande enhet i direktivets mening. Den nederländska domstolen ställde därför ett antal

frågor till EG-domstolen rörande "organ som lyder under offentlig rätt" och särskilt uttrycket "organ som tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär".

EG-domstolen förklarade att "den industriella eller kommersiella karaktären" är ett kriterium som preciserar innebörden i begreppet allmännyttiga behov ("behov i det allmännas intresse" enligt 1 kap. 6 § LOU). Reglerna gör åtskillnad mellan å ena sidan allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och å andra sidan allmännyttiga behov som är av sådan karaktär.

Den nationella domstolen ställde frågan om rekvisitet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, utesluter behov som även tillgodoses av privata företag. EG-domstolen förklarade att bestämmelsen i fråga enbart anger det behov som organet skall tillgodose och ingalunda hänvisar till om dessa behov även kan tillgodoses av privata företag eller ej. Bestämmelsen utesluter således inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag. Domstolen hänvisar också till att direktivet har till syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och då särskilt risken att nationella anbudsgivare eller sökanden ges företräde när upphandlande enheter tilldelar kontrakt. Att det förekommer konkurrens utesluter inte att organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska och frånvaron av konkurrens är därför inte ett nödvändigt villkor för att en organisation skall klassificeras som ett organ som lyder under offentlig rätt. Domstolen påpekar dock att förekomsten av konkurrens kan ha betydelse för frågan huruvida ett allmännyttigt behov är av industriell eller kommersiell karaktär eller inte. Förekomsten av utvecklad konkurrens, i synnerhet det förhållandet att organet agerar i en konkurrenssituation på en marknad, kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Vidare förklarade domstolen bl.a. med hänvisning till domen i mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GesmbH (se *NOU info mars -98*) att det förhållandet att det endast är en relativt obetydlig del av den verksamhet som organet faktiskt bedriver som består i att tillgodose behov i det allmännas intresse, inte är relevant. Att det inom samma företagsgrupp eller koncern återfinns bolag som bedriver ren affärsverksamhet påverkar inte heller detta förhållande.

Slutligen uttalade sig EG-domstolen om kraven på de bestämmelser enligt vilka organet skall ha inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse och förklarade därvid, att förekomsten eller frånvaron av sådana behov skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse (till skillnad från artikel 6 i direktivet, som anger att ensamrätten skall grundas på utfärdad lag eller författning).

### *Kommuners köp från kommunala bolag*

NOU vill framhålla att domstolen behandlar frågor gällande tillämpningen av direktiven för ARA-bolaget inför den nederländska domstolens tillämpning av artikel 6 (motsvarar 5 kap. 2 § LOU). Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande

enhet enligt 5 kap. 2 §, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget.

## EG-kommissionen

### *Projekt finansierade av EU-medel*

Av Rådets förordning 2052/88 av den 24 juni 1988 (ändrad genom förordning nr 2091/93 av den 20 juli 1993) framgår enligt artikel 7 att åtgärder finansierade av strukturfondsmedel skall stå i överensstämmelse med "...the provisions of the Treaties, with the instruments adopted pursuant thereto and with Community policies, including those concerning the rules on competition, *the award of public contracts* and environmental protection." (NOU:s kursivering).

EG-kommissionen fattade under 1988 beslut om särskild kontroll av efterlevnad av reglerna om offentlig upphandling i fall där projekt och program genomförs med stöd av bl.a. strukturfonderna. (Notice C (88) 2510).

Har EG:s regler om offentlig upphandling åsidosatts i projekt där fondmedel beviljats kan utbetalning av medlen stoppas eller återkrav komma i fråga. Kommissionen (DG XVI) kräver i händelse av ifrågasatt överträdelse att det skall bevisas att det inte skett någon överträdelse eller att korrigerings skett, för att utbetalning inte skall vägras eller att återbetalning inte skall krävas.

Det kan i sammanhanget påpekas att EG-domstolen fastslagit att företag som tagit emot fondmedel inte av denna anledning tvingas följa reglerna för offentlig upphandling om de inte enligt respektive upphandlingsdirektiv är att betrakta som upphandlande enheter (mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria m. fl. mot Strohal Rotationsdruck GesmbH. Se *NOU info mars -98*).

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- I *NOU info okt -98* informerades om en dom från Kammarrätten i Göteborg (3696-1998) avseende en öppen upphandling av linjetrafik. I målet prövades en upphandling där förfrågningsunderlaget innehöll krav på övertagande av personal, fordon, gaskompetens och gasinfrastruktur. Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om och kammarrätten avlog överklagandet. Regeringsrätten har nu beslutat att inte meddela prövningstillstånd (6139-1998). Kammarrättens avgörande står därför fast och upphandlingen skall göras om.
- Länsrätten i Västernorrlands län har meddelat en dom (3077-98) avseende en öppen upphandling av skolskjutsar, förskoleskjutsar och kompletteringstrafik. Länsrätten har beslutat att upphandlingen skall göras om. Tiden för ett överklagande har, då detta skrivs, inte löpt ut.

Kommunen har avseende ett område, Ramsesele, i förfrågningsunderlaget utlämnat antalet kilometer vilket angivits för övriga områden. Som beräkningsunderlag har i stället bifogats en handritad karta. Den klagande har, enligt domen, framfört att kommunen när det gäller detta område inte tillvaratagit konkurrensmöjligheterna vilket de är skyldiga till enligt 1 kap. 4 § LOU. Länsrätten har gjort följande bedömning. "Det får antas att vid en upphandling av tjänster av aktuellt slag den leverantör som tidigare haft entreprenaden



typiskt sett kan ha ett bättre underlag för att avge anbud än nya leverantörer. För att konkurrensmöjligheterna skall tillvaratas krävs att skillnaden i förutsättningarna mellan tidigare och nya leverantörer i möjligaste mån reduceras. Den av /den klagande/ åberopade bristen får mot denna bakgrund anses medföra att kommunen i förevarande upphandling inte tillgodosett kravet på affärsmässighet i 1 kap.4 § LOU." Enligt domen, som ännu inte vunnit laga kraft, skall upphandlingen göras om.

- Länsrätten i Stockholm (Ö 11239-98) och Kammarrätten i Stockholm (7443-1998) har prövat en selektiv upphandling av städtjänster genomförd av folktandvården (Stockholms läns landsting). Fråga i målet är huruvida Folktandvården, genom att ställa upp selekteringskravet om att leverantören måste redovisa en omsättning avseende städverksamhet på minst 3 000 000 kr, har brutit mot LOU. Länsrätten godtog kravet och avslog ansökan om överprövning och kammarrätten avslog överklagandet. Tiden för ett överklagande har, då detta skrivs, inte löpt ut.

Länsrätten har uppgivit att "... de av Folktandvården använda urvalspunkterna, således även den om omsättningskravet, ligger inom ramen för de krav som får uppställas på leverantör enligt LOU. Genom att ett så stort antal leverantörer som 20 stycken bjuds in att delta i upphandlingen utnyttjas även konkurrensmöjligheterna på ett tillfredsställande vis. Länsrätten finner därför att Folktandvården inte har brutit mot 1 kap. 4 § och inte heller mot någon annan angiven bestämmelse i LOU genom att redan vid urvalet av vilka intressenter som skulle inbjudas att lämna anbud ställa upp urvalspunkter".

I kammarrätten uppgav den klagande att "...bolaget under sex år skött städningen av sju av folktandvårdens 140 tandkliniker utan några som helst problem. /Den klagande/ har sedan 1976 arbetat i ledande ställning i stora städföretag eller som egenföretagare sedan tolv år tillbaka, således totalt 22 år i branschen. Bolaget har med sin goda ställning alla förutsättningar att expandera, såväl personellt som maskinellt, till den nivå som krävs för att uppfylla de krav som ställs i upphandlingen. Årsomsättningen är knappast ett mått på ett företags kapacitet." Kammarrätten uppgav att vad bolaget anfört och åberopat i kammarrätten och vad i övrigt framkommit i målet inte föranleder annan bedömning än den länsrätten gjort. Kammarrätten avslog överklagandet.

*NOU:s kommentar:* NOU vill erinra om att i det fall en upphandlande enhet ställer krav att leverantören skall ha en viss omsättning så bör kravet i enlighet med proportionalitetsprincipen stå i proportion till upphandlingens värde. Ett omsättningskriterium måste vidare grundas på objektiva skäl och inte anses strida mot kraven på affärsmässighet, konkurrensneutralitet och icke-diskriminering i 1 kap. 4 § LOU. Erfarenheten visar att rent praktiskt har ett litet företag ofta inte resurser och erfarenhet att driva stora projekt, vilket kan leda till att leveransen inte kommer att utföras kontraktensligt. Inom vissa områden kan dock även ett litet företag ha kompetens att driva stora projekt. Det är då viktigt att kvalifikationskraven är utformade så att även dessa små företag ges möjlighet att delta.

## Skadeståndsmål vid allmän domstol

- Den skadeståndsdom som meddelades av Stockholms tingsrätt (T 4-446-96) och som refererades i *NOU info mars -98* har prövats av Svea hovrätt (T 212-98). Tingsrätten ådömde staten genom Socialstyrelsen att betala tio miljoner kr till leverantören. Hovrätten har fastställt tingsrättens domslut och beslutat att vardera parten skall stå för sina rättegångskostnader. Hovrätten uppger att den upphandlande enheten kan "...ställa upp krav på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning. Om några sådana krav inte har ställts upp, kan det i och för sig te sig naturligt att anta att den upphandlande enheten ändå kan kräva att anbudsgivaren skall ha sådan teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning att anbudet kan fullgöras". Hovrätten uppger vidare att "I det underlag som socialstyrelsen har presenterat är det då närmast begreppen genomförande och leverantörsbedömning som kan uppfattas ta sikte på anbudsgivarnas kvalifikationer. Det måste emellertid samtidigt konstateras att nämnda begrepp är så allmänt hållna att de knappast ger någon vägledning utöver vad som allmänt sett skulle kunna krävas vad avser anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning". Socialstyrelsen har enligt hovrätten "...vägt in faktorer som måste anses som ovidkommande i den mening som avses i 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling. Man har beaktat kostnader för byte av leverantör. Man har beaktat att det är tryggt med nuvarande leverantör. Man har också beaktat regionalpolitiska skäl. Det har varit fel av Socialstyrelsen att väga in omständigheter av detta slag." Domen har överklagats till Högsta domstolen och NOU återkommer när ytterligare information finns.
- Skadeståndsdomen avseende en öppen upphandling av färdtjänst genomförd av Lunds kommun som refererades i *NOU info okt. -97* sid. 17 f. har prövats av Hovrätten över Skåne och Blekinge (avd. 3, T 382-97). Kommunen ådömdes av tingsrätten att till leverantören utge, förutom rättegångskostnader, skadestånd med 3 852 000 kr. Hovrätten har ändrat tingsrättens dom och ogillar käromålet. Leverantören har ådömts att betala kommunens rättegångskostnader både i tingsrätten och i hovrätten. Leverantören har överklagat till Högsta domstolen och NOU återkommer när ytterligare information finns.

Hovrätten uppger "...att upphandlingsförfarandet varit behäftat med så väsentliga och allvarliga brister att Lunds kommun uppenbarligen inte uppfyllt det krav på affärsmässighet som ställs upp i 1 kap. 4 § LOU."

De brister som hovrätten åsyftar är dels att den skriftliga anbudssammanställningen som upprättades inom kommunen och som tillställdes socialnämndens ledamöter var "gravt missvisande" och dels det sätt på vilket kommunen behandlade för den klagande ogynnsamma uppgifter.

Hovrätten uppger vidare "Att kommunen inte agerat affärsmässigt är i sig inte skadeståndsgrundande. För att /den klagandes/ talan skall kunna bifallas krävs att det kan konstateras att en prövning enligt 1 kap. 21 § LOU av anbudet skulle lett till att kommunen bort anta bolagets anbud". Enligt hovrätten är den klagandes anbud 87 öre billigare per resa i jämförelse med anbudet från den leverantör med viken kommunen tecknade avtal, vilket skulle – enligt domen – ge en merkostnad för kommunen med 85 827 kr per år. Hovrätten

anför vidare att "Sett i förhållande till en total upphandlingssumma på omkring 5 miljoner kr per år, ligger enligt hovrätten en sådan fördyring inom ramarna för vad som kan anses motiverat av det mervärde när det gäller service som /den valde leverantörens/ anbud innefattar".

## Miljö

### Tolkningsdokument

Kommissionen har gått ut med en förfrågan till medlemsstaterna avseende offentlig upphandling och miljökrav. Kommissionens skrivelse tar upp många olika frågeställningar som t.ex.

- om reglerna för offentlig upphandling hindrar tillämpningen av principen om en hållbar utveckling enligt Amsterdamfördraget,
- i vilken uträkning kan en upphandlande enhet ställa miljökrav på tillverkningsprocessen,
- om det kan krävas att leverantören har ett miljöledningssystem.

Frågorna och Sveriges svar kommer att läggas in på NOU:s hemsida.

## Offentlighet och sekretess

### Sekretess och tolkning av begreppet "avslutad upphandling"

NOU får många frågor om reglerna avseende utlämnandet av inkomna handlingar.

NOU har tidigare skrivit om sekretessreglerna i sammanställningen *NOU info 93 - 95*, sid. 93. NOU vill nu lägga till följande.

#### *Sekretess*

LOU och de bakomliggande EG-direktiven om offentlig upphandling innehåller inga uttryckliga regler om sekretess. Olika uttalanden från EG-kommission och EG-domstolen (C-359/93 "UNIX"-domen p. 20 och 21) förefaller tala för att EG-direktiven förutsätter att anbuden är ovillkorligen hemliga endast till den tidpunkt vid vilken de senast skall ha inkommit till den upphandlande enheten. Offentlighet och sekretess efter denna tidpunkt regleras på olika sätt i de enskilda medlemsstaterna. Beträffande den kommersiella sekretessen på upphandlingsområdet gäller i Sverige samma regler som före LOU:s ikraftträdande.

Reglerna om offentlighet och sekretess, tryckfrihetsförordningen (1949:105) och sekretesslagen (1980:100), gäller inte alla upphandlande enheter. Statliga bolag samt de privata bolag som anges i 4 kap. 1 § LOU omfattas inte (däremot omfattas kommunala bolag). NOU har i bl.a. den nyligen till regeringen avlämnade rapporten om statliga bolag anfört att reglerna för bolag med statligt ägande snarast bör bli föremål för en utredning avseende kravet på öppenhet/transparens vid offentlig upphandling. Reglerna bör tillgodose leverantörernas behov av information i samband med upphandling, så att leverantörerna kan tillvarata sin rätt samt för att i praktiken möjliggöra eventuell ansökan om överprövning och skadeståndstalan.

Enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen gäller sekretess för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Angår ärendet upphandling får uppgift, som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting, inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet *förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts*. Detta har tolkats så att även uppgifter om vilka som särskilt uppmanats att lämna anbud vid selektiv, förhandlad eller förenklad upphandling är hemliga.

Bestämmelserna i 8 kap. 8 § sekretesslagen anger att sekretess under i paragrafen angivna förhållanden gäller för enskild (leverantör) "... och det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgifterna röjs." Paragrafen bygger på motsvarande regler i 1937 års sekretesslag och den tolkning som militieombudsmannen gjorde i ett beslut år 1946. Det huvudsakliga syftet med sekretessreglerna avseende anbud var att förhindra anbudskarteller. Skäl till att hemlighålla anbudshandlingar kan sägas föreligga, när det finns särskild anledning att befara att ett offentliggörande av handlingarna skulle kunna medföra en inte alltför obetydlig skada för vederbörande anbudsgivare. Någon speciell omständighet eller särskilda förhållanden måste åberopas som skäl härför. Något krav på en mera ingående utredning bör emellertid inte ställas upp (prop. 1979/80:2 Del A sid. 241 f.). I praktiken har detta inneburit att myndigheterna för hemlighållande av uppgifter i t.ex. anbud bör kräva att leverantören

- 1) begär att anbudet skall hemlighållas,
- 2) preciserar vad i anbudet som skall hemlighållas,
- 3) anger vilken skada han skulle lida om uppgiften röjs.

Den upphandlande enheten behöver dessutom ofta dessa uppgifter för att kunna motivera sina eventuella beslut om hemlighållande, inte minst om någon överklagar sekretessbeslutet till kammarrätt. En myndighet (motsvarande) kan mot bakgrund av möjligheterna till överklagande hos kammarrätt aldrig garantera anbudssekretess (annat än i den utsträckning sekretesslagen medger detta). Kammarrätten i Jönköping har nyligen i ett beslut (680-1997) bland annat uttalat att den anbuds- och kostnadsspecifikation som ett bolag i en upphandling lämnat till länsarbetsnämnden (LAN) är att anse som inkommen till myndigheten och följaktligen allmän handling från och med den tidpunkt som har bestämts för anbudsöppnande. Avseende LAN:s beslut, efter bolagets begäran att kostnadssammanställning beläggs med sekretess, uppger kammarrätten följande. "En sekretessprövning skall göras av myndigheten varje gång handlingen begärs utlämnad. Det är först i samband med sådan prövning som det kan ha betydelse om den som har lämnat in handlingen begärt att den ska sekretessbeläggas. Någon möjlighet att i förväg och generellt göra sekretessprövning finns inte i förevarande fall. Länsarbetsnämndens beslut om sekretess saknar således helt rättsverkan". Beslutet har inte överklagats. Även bestämmelser i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter kan vara av intresse i vissa situationer.

Rättspraxis, som berör den skada den upphandlande enheten kunde lida om uppgifter utlämnades, anger att en detaljprövning av materialet måste ske i varje enskilt fall och att sekretess inte kan gälla uppgifter av allmän karaktär. Det allmän-

na kan enligt rättspraxis lida skada genom utlämnandet av ett anbud när dess ställning i förhandlingar kan försvagas genom offentliggörandet eller att kommande anbudsförfarande påverkas negativt av att uppgifter lämnas.

Den upphandlande enheten måste alltid skriftligen och med besvärshänvisning motivera ett avslag på en begäran att få ut handlingarna med hänvisning till aktuella bestämmelser i sekretesslagen. NOU har erfarit att upphandlande enheter ibland, på ett alltför lättvindigt sätt, avvisar krav på att få ut handlingar.

### *Tidpunkten för när avtal skall anses slutet*

Även tolkningen av tidpunkten när ett upphandlingskontrakt slutits har lett till flera frågor. Avtalstidpunkten kan ha betydelse för bl.a. ovannämnda sekretessfrågor men även för möjligheten till överklagande och begäran om skadestånd samt reglerna för annonsering efter avslutad upphandling.

Upphandlingens syfte är att sluta ett avtal om leverans, utförande av entreprenad eller tjänst. Möjligheten att vid länsrätt begära rättelse i en upphandling begränsas enligt 7 kap. 1 § LOU till den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Från samma tidpunkt löper fristen för att väcka skadeståndstalan i tingsrätten. Den lagändring som gäller fr.o.m. innevarande år har föregåtts av ett avgörande i Regeringsrätten (RÅ 1996:50). I avgörandet uppges bl.a. att det följer av 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) "... att anbud om slutande av avtal och svar på sådant anbud är på sätt anges i 2 - 9 §§ i kapitlet bindande för den som avgivit anbudet eller svaret. Detta innebär som en huvudregel att i det fall anbud och accept överensstämmer helt eller i allt väsentligt (se härom 1 kap. 6 § andra stycket AvtL) ett avtal kommer till stånd redan genom accepten. Undantag härifrån gäller dock enligt 1 kap. 1 § tredje stycket i fråga om avtal, för vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form, där vad som är stadgat särskilt gäller. Denna regel undantar således formalavtal från kapitlets tillämpningsområde." Med upphandlingskontrakt avses enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU ett skriftligt kontrakt som en upphandlande enhet ingår avseende en upphandling enligt lagen. "Härav följer enligt Regeringsrättens mening att förevarande lagstiftning (dvs. reglerna i LOU. *NOU:s anm.*) får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen." ... "Det kan i sammanhanget också erinras om att vid upphandling sekretess gäller enligt 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen (1980:100) i fråga om anbud eller erbjudande intill dess alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal slutits eller ärendet annars har slutförts. Innebörden härav är att konkurrerande leverantörer i allmänhet inte kan få inblick i andras anbud förrän avtal har ingåtts."

Regeringsrättens avgörande kan tolkas så att ett skriftligt anbud och en skriftlig accept som överensstämmer helt med anbudet får anses utgöra ett skriftligt avtal. I andra fall kan accepten utgöras av en skriftlig beställning från den upphandlande enheten. (jfr. *Sammanställning NOU info 96* sid. 59). Av Regeringsrättens beslut i ett annat mål (nr 2006-1997) följer att ett avtal inte kan anses ha slutits förrän en behörig beslutsfattare (i detta fall: landstingsfullmäktige) godkänt överenskommelsen om att sluta ett avtal. Karlskrona tingsrätt har angående en direktupphandling accepterat en muntlig form genom att ange att "man per telefon underrättade samtliga anbudsgivare, varigenom bindande avtal kom till stånd." (Karlskrona tingsrätt mellandom den 25 februari 1998, mål nr T 297/97.) Regeringsrättens tolkning kan

rimligen inte avse direktupphandling eftersom denna ofta avser köp över disk som normalt görs muntligen. (I definitionen av upphandlingskontrakt görs inte något uttryckligt undantag för direktupphandling. Denna är däremot definierad som "upphandling utan infordrande av skriftligt anbud".)

Avtal har enligt NOU träffats i och med den skriftliga beställningen (accepten) eller undertecknandet av en kontraktshandling. Upphandlingen är därmed avslutad och den ovillkorliga anbudssekretessen i 6 kap. 2 § 2 st. sekretesslagen kan därmed i normalfallet inte längre åberopas och upphandlingen inte överprövas i länsrätten. Vissa problem uppkommer dock när avtal skall slutas med flera leverantörer och avtal med en av leverantörerna ännu inte är undertecknat. NOU:s inställning är att de delar av upphandlingen är avslutade i vilka avtal har slutits. Den upphandlande enheten kan sannolikt beträffande anbud där avtal ännu ej träffats, som regel hävda förlängd sekretess med hänsyn till den skada som offentliggörandet skulle ha på de återstående avtalen.

En upphandlande enhet eller en annan leverantör kan förmodligen inte framtvunga ett avtals undertecknande. Länsrätten i Gävleborgs län har i dom (mål nr 417-96 E) den 2 april 1996 funnit att yrkandet att några upphandlande enheter skall åläggas att underteckna och överlämna skriftliga avtal till entreprenör inte utgör en sådan fråga som kan prövas av länsrätten enligt LOU. Länsrätten i Dalarnas län har i dom (mål nr 3054-97 E) den 14 april 1998 ansett att ett förhandlat upphandlingsförfarande med efterföljande tecknande av ramavtal var avslutat trots att avtalet inte undertecknats av och beställningarna inte lagts på en av leverantörerna.

## Övrigt

### *Konkurrensverket underkänner lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU)*

Konkurrensverket har på uppdrag av regeringen genomfört en utvärdering av LIU utifrån verkets tillämpning av lagen sedan den 1 juli 1994, då lagen trädde ikraft. Enligt LIU kan rättelse inte ske av en upphandlande enhets konkurrensbegränsande agerande som rör en pågående eller avslutad upphandling, utan lagen syftar till att förhindra att ett tidigare konkurrensbegränsande agerande upprepas vid kommande upphandlingar. LIU är enligt Konkurrensverket "inte i alla delar lätt att förstå". Dessutom framgår det av utvärderingen att företagen ofta har mindre intresse av att engagera sig i hur beställaren kan tänkas genomföra kommande upphandlingar. De är mer intresserade av att få rättelse eller gottgörelse för en aktuell upphandling.

En leverantör kan vända sig till domstol, till NOU och till Konkurrensverket. Konkurrensverket kan i sin tur vända sig till Marknadsdomstolen. Det innebär att två myndigheter, varav den ena utan sanktionsmöjligheter (NOU), och tre olika domstolsordningar har att tillämpa två lagar på det som kan vara ett och samma förfarande. Konkurrensverket skriver: "Mot denna bakgrund och med beaktande jämväl av att även de materiella reglerna både i LOU och LIU är komplicerade framstår den nuvarande ordningen inte som ändamålsenlig." Enligt utvärderingen blir slutsatsen att LIU "inte är ett effektivt instrument för att lösa problem vid

*offentlig upphandling".*

Konkurrensverket stöder i utredningen Riksdagens revisorers förslag (därvid grundat på förslag från NOU) att slå samman LIU med LOU. Konkurrensverket skriver även att regelsystemet för ingripandemöjligheter vid offentlig upphandling bör reformeras och menar att en sammanläggning av lagarna bör innebära att en myndighet ges rätt att initiera prövning i domstol vid överträdelser av upphandlingsreglerna.

## Utredning om Rikstrafiken

Riksdagen fattade den 2 juni 1998 beslut om att inrätta en ny myndighet för rikstrafikfrågor med huvuduppgift att verka för samordning av den interregionala persontrafiken och att upphandla viss kollektiv trafik. Med anledning därav tillsattes en utredning med uppgift att framför allt identifiera de närmare arbetsuppgifterna för myndigheten som skall inleda sin verksamhet den 1 juli 1999. Vidare skall utredaren ange riktlinjer för kommande upphandlingar av trafik, former för samverkan med berörda parter och former för ökat konsumentinflytande.

En väsentlig uppgift för den nya myndigheten kommer således att bli upphandling av trafik. Utredningen skall därför samråda med NOU enligt direktiven (1998:46).

## NOU:s nyhetsbrev oktober 1998

NOU:s utvärdering av LOU:s effekter, som blev klar i januari 1998, har följts av en kartläggning av regelavvikelser på upphandlingsområdet. Kartläggningen är nu nästan avslutad och kommer att ligga till grund för tillsynsåtgärder i mer systematisk form inom en nära framtid, i enlighet med NOU:s tillsynsstrategi.

NOU utreder f.n. på regeringens uppdrag vilka statliga bolag som är att anse som upphandlande enheter, se vidare sid. 5.

En nyligen tillsatt statlig utredning med Sture Johansson, generaldirektör för Kammarkollegiet, som ordförande och Thomas Hallgren, förbundsjurist på Svenska Kommunförbundet, som sekreterare skall göra en översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU och bestämmelsen om skadestånd i 7 kap. 6 §, formulera en definition av begreppet tillsyn inom upphandlingsområdet, analysera behovet av tillsyn av offentlig upphandling samt utreda NOU:s organisation. Utredningens sammansättning och utdrag ur kommittédirektiven redovisas på sid. 19f.

En reviderad utgåva av *Kort om LOU och NOU* finns nu för beställning från NOU. Som tidigare kan den rekvireras kostnadsfritt, men endast genom att skicka adresserat/de och frankerat/de A4-kuvert till NOU. *Kort om LOU och NOU* kommer också att finnas på vår hemsida.

Med vänlig hälsning

Margareta Hentze

NOU info kan också läsas på NOU:s hemsida. [www.nou.se](http://www.nou.se)



## Innehåll

Tillämpning av LOU	3
Lokala hänsyn. Undvikande av upphandlingsbestämmelser	3
Begreppet affärsmässighet vid upphandling enligt 6 kap.	3
Tröskelvärden	3
Tröskelvärdesberäkning vid delentreprenader/delkontrakt	3
Otillåten uppdelning	4
Prövning av anbud	4
Referenser	4
Avtal	4
Förlängning av avtal	4
Rättsmedel	4
EG-kommissionens granskning av pågående upphandlingar	4
NOU:s tillsyn	5
Regeringsuppdrag - statliga bolag	5
NOU:s ärenden och yttranden	5
Affärsmässighet och tecknande av ramavtal	5
Upphandling av renhållningstjänster	8
Ändrad anbudsgivare?	10
Kvalificeringskrav - utvärderingskriterier	11
Lokala hänsyn vid offentlig upphandling	13
Etniska anti-diskrimineringsklausuler	14
Rättsfall	14
EG-domar	14
<i>Brott mot annonseringsbestämmelserna</i>	14
<i>Bristande införlivning</i>	15
<i>Bristande införlivning, sjuktransporter - A- eller B-tjänst, direkt effekt av inte införlivat direktiv</i>	15
EG-kommissionen	16
<i>Rikspolisstyrelsens upphandling</i>	16
Mål i kammarrätt och länsrätt	16
Miljö	19
Skrivelse från kommissionen angående miljö	19
Tolkningsdokument	19
Övrigt	19
Översyn av NOU m.m.	19
Statlig inköpssamordning	20
Konkurrensverkets avgöranden	21

### NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012, 103 11 Stockholm

Telefon 08 - 454 44 40

Telefax 08 - 791 72 81

Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 238 kronor exkl. moms

Tryck: Militära servicekontoret, Stockholm

NOU info finns också på

NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info

Glöm inte att ange källan, t.ex. "NOU info oktober -98"

## Tillämpning av LOU

### Lokala hänsyn. Undvikande av upphandlingsbestämmelser

Med anledning av EG-kommissionens påpekande i ett ärende och Sveriges svar på detta får NOU på nytt påminna om följande:

- en upphandlande enhet får inte fastställa villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som inte stämmer överens med gemenskapsrätten eller LOU, i synnerhet inte kriterier om lokal preferens (se sid. 13f.).

Sådana hänsyn strider mot såväl det grundläggande diskrimineringsförbudet i EG-fördraget som huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

- en upphandling får inte delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Valet av beräkningsmetod får inte heller göras i avsikt att kringgå bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdena. Detta hindrar emellertid inte att ett projekt över tröskelvärdena, i en och samma annons, annonseras som ett antal delprojekt. I sådana fall måste alla delprojekt upphandlas enligt reglerna över tröskelvärdena. Se vidare nedan.

### Begreppet affärsmässighet vid upphandling enligt 6 kap.

Begreppet affärsmässighet diskuteras i ett ärende (203/96-21) om affärsmässighet och tecknande av ramavtal som refereras på sid. 5f.

## Tröskelvärden

### Tröskelvärdesberäkning vid delentreprenader/delkontrakt

Regler om beräkning av delentreprenader och delkontrakt återfinns i 3 kap. 2 §, 4 kap. 11 § och 5 kap. 5 § LOU. Med anledning av ett flertal telefonsamtal beträffande tillämpningen av dessa regler vill NOU göra följande påpekande: Samtliga delentreprenader/delkontrakt skall tas med vid beräkningen av den *totala* entreprenadens/kontraktets värde. Delentreprenad/delkontrakt kan undantas från upphandling enligt 3 eller 5 kap. LOU, under förutsättning att delentreprenadens eller delkontraktets värde understiger 1 000 000 ecu respektive 80 000 ecu och dessutom att summan av de undantagna delentreprenaderna/delkontrakten inte överstiger 20 procent av upphandlingens totala värde. De "undantagna" delentreprenaderna/delkontrakten skall upphandlas enligt 6 kap. LOU.

Även inom försörjningssektorerna återfinns motsvarande regel för delentreprenader, nämligen i 4 kap. 11 § LOU. Det bör observeras att denna regel vid införandet, av förbiseende, blev felaktigt kommenterad i specialmotiveringen i prop. 1996/97:153. Regeln skall tillämpas på samma sätt som motsvarande regel i 3 kap. 2 § LOU.

## Otillåten uppdelning

En upphandling får inte delas upp i syfte att tröskelvärdena skall underskridas.

Länsrätten i Skåne län har förordnat att en upphandling - där uppdelning av ett projekt gjorts och där varje del upphandlats enligt 6 kap. - skall göras om. Det sammanlagda värdet av delarna översteg tröskelvärdet för varuupphandling (se referat på sid. 18).

## Prövning av anbud

### Referenser

Länsrätten i Västerbottens län (se sid. 16) har förordnat att rättelse skall vidtas i en upphandling på så sätt att utvärderingen skall göras om på grund av att enheten vid sidan om angivna utvärderingskriterier, bl.a. ”referenser”, vägt in de erfarenheter som de verksamhetsansvariga fått, när de antagna entreprenörerna anlitas under en lång följd av år i varierande arbetsuppgifter.

## Avtal

### Förlängning av avtal

Se rättsfall som refereras på sid. 17.

## Rättsmedel

### EG-kommissionens granskning av pågående upphandlingar

Kommissionen kan enligt de s.k. rättsmedelsdirektiven (art. 3 i 89/665/EEG och art. 8 i 92/13/EEG) tillgripa ett granskningsförfarande mot medlemsstaterna om den anser att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum i en upphandling innan kontraktet tecknats. Kommissionen skall då underrätta den berörda medlemsstaten och den upphandlande enheten om skälen till att den anser att en klar och konkret överträdelse ägt rum och begära rättelse.

Inom en frist på 21 dagar om det gäller en upphandling inom den klassiska sektorn respektive 30 dagar inom försörjningssektorerna – räknat från det att den upphandlande enheten mottagit meddelandet, skall medlemsstaten meddela kommissionen

- bekräftelse på att överträdelsen har rättats till *eller*,
- förklaring till varför rättelse ej skett, t.ex. därför att upphandlingen är föremål för överprövning vid förvaltningsdomstol *eller*
- att upphandlingen har avbrutits antingen på den upphandlande enhetens initiativ eller p.g.a. pågående överprövning vid förvaltningsdomstol.

I de fall upphandlingen blir föremål för domstolsprövning skall medlemsstaten underrätta kommissionen om utgången av målet.

## NOU:s tillsyn

### Regeringsuppdrag - statliga bolag

NOU tillskrev den 5 september 1997 (dnr 198/97-29) regeringen och hemställde att regeringen ställer krav på statliga bolag att dessa tar beslut i frågan huruvida bolaget, eller delar av detta, omfattas av LOU samt att bolaget på lämpligt sätt ger offentlighet åt detta.

I samma skrivelse framförde NOU också att det borde övervägas om inte offentlighetsprincipen (och reglerna i sekretesslagen) i samband med upphandling borde gälla för statliga bolag som omfattas av LOU.

NOU fick i juni 1998 regeringens uppdrag att utreda i vilken utsträckning bolag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter och således har att tillämpa LOU. NOU har tillskrivit 336 bolag med statligt ägande som finns angivna i regeringens skrivelse till riksdagen 1997/98:20. Vissa bolag har angivit att svaret är osäkert. NOU har bearbetat svaren och påbörjat en fördjupad granskning av ett antal bolag. Redovisning av uppdraget skall lämnas till regeringen senast den 1 december 1998.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Affärsmässighet och tecknande av ramavtal

*Fråga om innebörden av begreppet affärsmässighet samt tecknande av ramavtal med flera leverantörer. (NOU:s ärende dnr 203/96-21)*

NOU har vid nämndsammanträde uttalat sig angående en upphandling i vilken ett landsting tecknat ramavtal med ett stort antal leverantörer. En leverantör hade till NOU ställt frågan om förfarandet var affärsmässigt enligt LOU. NOU granskade inte den faktiska upphandlingen utan besvarade endast de frågor som ansågs vara av allmänt eller principiellt intresse.

I svaret hänvisas bl.a. till NOU:s remissvar på betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning (SOU 1997:130, NOU:s ärende dnr 235/97-22) och Riksdagens revisorers rapport om offentlig upphandling, 1997/98:RR10.

#### *Affärsmässighet*

Begreppet affärsmässighet återfinns i 1 kap. 4 § LOU men används inte i upphandlingsdirektiven eller i gemenskapsrätten i övrigt. 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 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 områ-

det.

Begreppet affärsmässighet finns inte närmare definierat i lagen trots att det utgör huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU. Begreppet är vidare, i 7 kap. LOU, särskilt åberopat 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 för statlig upphandling, Riksrevisionsverket, skrev i "Bestämmelser 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 följande. "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 också som yrkeskunnighet i anskaffningsarbetet, kunskap om gällande regler, varor och tjänster som skall inköpas, ett professionellt beteende eller "god affärssed". Denna tilläggstolkning ifrågasätts dock av NOU.

### *Ramavtal 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 direktivet 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 inte att vänta.

I NOU:s internationella kontakter har framkommit att vad som i Sverige benämns "ramavtal" i andra länder täcker två olika begrepp, "framework contract" (avtal bindande för båda parter) och "framework agreement" (ej bindande för köparen).

I yttrandet över betänkandet "Effektivare statlig inköpssamordning" tas frågan om s.k. *parallella avtal* upp, 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/kann 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".

Riksdagens revisorer har i sin rapport om offentlig upphandling 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*

NOU har i det aktuella ärendet anfört bl.a. följande. Avsikten med en samordnad upphandling genom ramavtal bör främst vara att upphandling av stora mängder skall ske på förmånligare villkor än vad enheterna kan åstadkomma var för sig. I kalkylen måste beaktas även den tid och de 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 faktorer som patientbemötande, tillgänglighet m.m.

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 är möjligheten att upprätta ett särskilt system för urval av deltagare (kvalificeringssystem) enligt 4 kap. 23 § LOU. Att utforma ramavtalen som prekvalificering vid upphandling över tröskelvärdena är däremot inte tillåtet utanför försörjningssektorerna. Definitionen i 1 kap. 5 § LOU omfattar all upphandling. Något undantag

eller någon 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.

I ärendet uttalas även följande beträffande ramavtal:

"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."

Det bör vid avropstillfället finnas "en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande av vad som angivits som kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand."

Det kan "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."

Huvudfrågan, om den aktuella upphandlingen varit affärsmässig, besvarades inte av NOU. Affärsmässigheten i det enskilda fallet kan svårligen bestämmas utan att hänsyn tas till den upphandlande enhetens aktuella behov samt upphandlingens art och omfattning. Eftersom NOU valt att inte granska den enskilda upphandlingen har NOU inte kunnat uttala sig om denna varit affärsmässig.

Det kan tilläggas att andra viktiga syften med ramavtalen är att upphandlingen sker med god sakkunskap och stora administrativa vinster för såväl köpare som säljare.

En särskild förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning har trätt i kraft den 1 augusti 1998, se vidare sid. 20.

## Upphandling av renhållningstjänster

*Fråga om en kommun kan underlåta att upphandla renhållningstjänster.  
(NOU:s ärende dnr 227/96-26)*

NOU har mottagit en skrivelse att Halmstads kommun inte har anskaffat tjänster för renhållning i konkurrens.

Halmstads kommun har i ett yttrande till NOU anfört i huvudsak följande. Kommunens skyldighet vad avser renhållning regleras i renhållningslagen, i renhållningsförordningen och genom föreskrifter i andra förordningar på renhållningsområdet. Av renhållningslagen framgår bl.a. att kommunens renhållningsverksamhet delvis har karaktären av legalt monopol, det s.k. kommunala renhållningsmonopolet. Kommunens principiella skyldighet enligt 4 § renhållningslagen kan anting-

en bedrivs i egen regi (renhållningsverk) eller i form av kommunägt aktiebolag eller genom att kommunen uppdrar åt enskild entreprenör att sköta vissa med renhållningen förknippade uppgifter. Dessa sköts sedan år 1974 av Halmstads Kommunala Renhållnings AB (Bolaget). Detta upphandlar varor och tjänster efter sitt behov och i enlighet med gällande regelsystem för offentlig upphandling. Inom en del av Bolagets verksamhet utförs tjänsterna helt med hjälp av entreprenörer. Bolaget genomförde senast under året 1995 en upphandling, som omfattade en del av Bolagets transportbehov, i konkurrens på den öppna marknaden. Denna upphandling var av sådan omfattning att den annonserades i Europeiska Gemenskapernas officiella Tidning. Det är kommunens uppfattning att rättsförhållandet mellan kommunen och Bolaget inte grundas på avtal. Det rör sig istället om en alternativ driftform varvid LOU inte är tillämplig. Det konkreta avtalet mellan kommunen och Bolaget påverkar inte detta förhållande. För det fall att rättsförhållandet skulle grundas på ett avtal kan undantagsreglerna i 5 kap. 2 § resp. 4 kap. 4 a § LOU tillämpas på renhållningsbolag. Slutligen kan renhållningstjänster mot bakgrund av de renhållningsmonopolet ses som en tjänstekoncession, vilken faller utanför EG:s direktiv.

NOU, som i allt väsentligt hänvisat till sin rapport (165/97-29) om regeringsuppdraget avseende köp från kommunala bolag m.m. (*NOU info mars -98*, sid. 13 ff.) gjorde följande bedömning. "Avtalet mellan Halmstads kommun och dess renhållningsbolag kan inte anses ha tillkommit enbart genom en delegering av kommunala angelägenheter. Det är ett avtal mellan två självständiga juridiska personer. Renhållningstjänster bygger inte på ett sådant monopol som enligt 5 kap. 2 § LOU inte behöver upphandlas. Förhållandet är med en mycket hög grad av sannolikhet inte en tjänstekoncession. Även om så skulle vara fallet föreligger inte i svensk praxis något stöd för att tjänstekoncessioner kan undantas från LOU:s tillämpning. De slutsatser som framgår av NOU:s utredning om kommunala bolag förutsätter en lagändring. NOU:s uppfattning är därför att Halmstads kommun borde ha upphandlat de aktuella tjänsterna i konkurrens. NOU, som utövar tillsyn över LOU, uttalar sig inte huruvida upphandling före året 1994 stred mot kommunala upphandlingsreglementet."

Länsrätten i Göteborg har i ett mål angående laglighetsprövning enligt kommunallagen (dom den 3 juni 1998, mål nr 8473-97) behandlat en likartad fråga angående renhållningen i Göteborgsregionen. Länsrätten, som hänvisar till samma NOU - rapport (165/97-29) om kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna bolag m.m., har dragit en annan slutsats än NOU och finner att överlåtelse av avfallshanterings- och renhållningsverksamheten till ett kommunalt bolag "inte anses innebära något moment som innefattar en offentlig upphandling som faller under det nämnda EG-direktivet". Det kan därför inte göras gällande att Göteborgs kommun skulle ha brutit mot LOU genom att inte genomföra en upphandling av de aktuella tjänsterna." Det bör emellertid poängteras att den nationella lagen i vissa fall kan gå längre än EG-direktiven, vilket är fallet beträffande köp från kommunala bolag. Existerande lagstiftning måste dock, enligt NOU:s uppfattning, följas till dess den ändras.



## Ändrad anbudsgivare?

*Fråga om ett anbud kan anses lämnat av en juridisk person då anbudet inkommit från en privatperson som uppgivit att aktiebolag bildas om anbud antas. Vidare utreds frågan om ett sådant anbud kan anses bindande.*

*(NOU:s ärende dnr 142/97-29)*

Under pågående upphandling av utbildning inkom ett anbud från en privatperson som angav att ett aktiebolag skulle bildas om han fick uppdraget. Bolaget var ännu inte under bildande.

NOU har fått följande frågor:

- har anbud inkommit från juridisk person?
- har bindande anbud lämnats?

NOU gör följande bedömning.

Anbudet har inte inkommit från en juridisk person.

"Anbudsgivarens identitet spelar en helt avgörande roll vid bl.a. referenstagning, kontroll enligt 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU och senare vid trygghandling av leveranser, ansvar för utfört arbete och betalning med befriande verkan till rätt leverantör. Som huvudregel gäller att bara en leverantör som lämnat in anbud före anbudstidens utgång kan tilldelas kontraktet. Kammarrätten i Sundsvall har i domen den 19 mars 1997, mål nr 106-1997 (ej prövningstillstånd i Regeringsrätten) angivit att det synes strida mot LOU:s bestämmelser att vid en förhandlad upphandling utesluta ett aktiebolag och låta ett annat (ombildat) bolag inta dess plats i upphandlingen. Vid en förenklad upphandling /.../ utför den upphandlande enheten inte någon separat kvalificering av anbudsgivare, såsom vid en selektiv eller en förhandlad upphandling över tröskelvärdena. Kvalificerings- och anbudsutvärderingsfaserna kan vid förenklad upphandling ske parallellt. Detta innebär dock inte att en upphandlande enhet vid en förenklad upphandling får förhandla med och anta ett anbud från en leverantör som inte deltagit i anbudsgivningen. En upphandlande enhet får enligt 6 kap. 11 § inte ens pröva ett anbud som har kommit in efter den dag som angetts som sista anbudsdagen. Kontrakt får således normalt inte tilldelas en leverantör som inte kommit in med anbud. Kvalificeringen görs för att den upphandlande enheten skall förvissa sig om att leverantören är kompetent för det aktuella uppdraget. Möjlighet att i efterhand från ett nybildat bolags sida godkänna en åtgärd som en fysisk person utan formell behörighet vidtagit (s.k. ratihibition) torde inte finnas beträffande åtgärder som vidtagits innan bolagsbildningen har påbörjats.

Tolkningen kan bli en annan beträffande övertagande av rörelse eller samgående mellan flera bolag som innebär att en anbudsgivarens tillgångar, rättigheter och skyldigheter helt övertas av en annan juridisk person. Samgåendet kan i vissa fall medföra en förstärkning av leverantörens resurser. Det omvända kan dock också inträffa; att samgåendet minskar leverantörens vilja eller förmåga att fullfölja leveransen.

Beträffande grupper av leverantörer finns det ett särskilt undantag i 1 kap. 23 a § LOU. (Grupper av leverantörer har rätt att lämna anbud och förhandla. Den upphandlande enheten får inte föreskriva att sådana grupper skall anta en bestämd

juridisk form för att få lämna anbud eller förhandla. Enheten får dock föreskriva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullföljas korrekt.) Det innebär att den upphandlande enheten kan kräva att en motpart med juridiskt ansvar finns vid avtalstecknandet."

Svaret på den andra frågan blev att anbud i ovan nämnda situation som regel inte är bindande och därför skall förkastas.

## Kvalificeringskrav - utvärderingskriterier

*Fråga om sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier samt fri prövningsrätt.*

*(NOU:s ärende dnr 146/98-26)*

Riksskatteverket (RSV) påbörjade en upphandling av städtjänster. Upphandlingsformen var öppen upphandling, som annonserades i Europeiska Gemenskapernas officiella Tidning (EGT). Som utvärderingskriterier angavs i annonsen att den anbudsgivare skulle antas som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn taget till pris och kvalitet. Av 58 anbud antogs ett.

RSV har i sitt yttrande anfört bl.a. följande. Ansvarig upphandlare på RSV hade tillsammans med en erfaren konsult inom städbranschen gjort bedömningen att 60 städtimmar per dag var en minimigräns för att kunna utföra städuppdraget med angivna krav på innehåll och kvalitet. Denna minimigräns angavs inte i förfrågningsunderlaget då det kommer an på varje anbudsgivare att göra en kvalificerad bedömning av erforderligt antal städtimmar. Här visar anbudsgivaren sin professionalism och indirekt kvaliteten på den levererade tjänsten. Samtliga anbudsgivare erbjöds möjlighet att besöka de aktuella lokalerna för att på så sätt bilda sig en uppfattning om deras beskaffenhet och utformning. Till förfrågningsunderlaget bifogades dessutom utförliga ritningar samt en noggrann städinstruktion. Anbudsgivarna hade därmed ett fullgott underlag för att göra en kvalificerad uppskattning avseende städsatsen och därmed sammanhängande tidsåtgång. I annonsen angavs att kvalitet var ett av de kriterier som skulle vara utslagsgivande varför det kan anses naturligt att anbudsgivaren i sitt anbud beskriver hur kvalitetsfrågorna hanteras inom företaget. Med kvalitetssäkringsprogram avsågs inte enbart certifierade system utan även mindre omfattande rutiner för kvalitetsuppföljning räckte för att kvalificera sig.

NOU:s bedömning blev bl.a. följande. Städning är en tjänst enligt bilaga A till LOU, kategori 14 och skall därför, om den överstiger tröskelvärdena, upphandlas enligt bestämmelserna i 1 och 5 kap. LOU.

EG-domstolen har i rättsfallet 87/94, Kommissionen mot Belgien, uttalat att en upphandlande enhet inte får ta hänsyn till information som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget och att detta kan utgöra ett brott mot principen om likabehandling av leverantörer och mot transparensprincipen. Domstolen uttalar sig vidare om bestämmelsen i art. 35.2 i tjänstedirektivet (92/50 EEG) motsvarande 1 kap. 22 § LOU nämligen "Om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange vilka kriterier de avser att tillämpa,

om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först."

Domstolen anger att bestämmelsen uttryckligen syftar till att ge presumtiva anbudsgivare kännedom om de omständigheter som kommer att beaktas vid utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Alla anbudsgivare blir därmed medvetna om vilka utvärderingskriterier de måste uppfylla och kriteriernas inbördes vikt. Detta krav skall garantera att principerna om likabehandling av anbudsgivare och transparens följs. En upphandlande enhet skall se till att ett kontrakt tilldelas på grund av kriterier som varit kända för alla anbudsgivare redan vid framtagande av anbudet och därför vid utvärderingen av anbudet beakta endast sådana kriterier som uttryckligen nämnts som utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen.

Av utredningen framgår att RSV före anbudsöppningen inte har informerat de presumtiva anbudsgivarna om utvärderingskriterier enligt protokollets 2 §. RSV försvarar, i sitt svar till NOU, detta tillvägagångssätt och tycks mena att den leverantör skulle väljas som visat största professionalism genom att i sitt anbud så nära som möjligt komma i närheten av kraven i 2 §. NOU anser dock att RSV inte sett till att kontraktet tilldelats på grund av kriterier som varit kända för alla anbudsgivare redan vid framtagande av anbudet. RSV har vid utvärderingen av anbudet inte beaktat enbart sådana kriterier som uttryckligen nämnts som utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen. RSV har vidare enligt egen uppgift gjort en "sammanvägd bedömning" varvid verket tillfört de dittills okända definitionerna av kvalitet. Definitionerna synes inte heller vara allmänt kända eller i branschen vedertagna.

I svaret till NOU anges att även mindre omfattande rutiner för kvalitetsuppföljning eller beskrivning av hur kvalitetsfrågorna hanteras inom företaget räckte för att kvalificera sig. Det framgår således inte om kvalitetssäkringssystemet varit ett kvalificeringskrav eller ett utvärderingskriterium. Som utvärderingskriterium skulle det utvärderas och bedömas på olika sätt. Hur "sammanvägningen" av kriterierna pris och kvalitet har gått till framgår inte. Som kvalificeringskrav, skulle alla som uppfyllt kravet på kvalificeringssystem antas. Vad som avsågs med tillräckligt kvalificeringssystem preciseras dock inte heller. NOU noterar att frågan om system/upplägg för kvalitetssäkring vid utvärderingen av anbudet besvarades endast med ja eller nej. I förteckningen över inkomna anbud finns emellertid flera leverantörer som haft ett kvalitetssäkringssystem och samtidigt har erbjudit lägre pris än den antagne leverantören. Det framgår inte varför någon av dessa "kvalificerade" leverantörer inte antagits. NOU anser därför att RSV:s val av leverantör inte har skett på klara och för NOU ens i efterhand begripliga grunder. NOU vill med anledning av detta erinra om att de enda i LOU tillåtna utvärderingsmetoderna är "lägsta anbudspris" och "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". Det strider mot LOU att tillämpa fri prövningsrätt, vilket får anses innefatta även att göra någon form av sammanvägd bedömning på grundval av krav och kriterier som i förväg inte klart framgår av förfrågningsunderlaget eller annonsen.

## Lokala hänsyn vid offentlig upphandling

*Fråga om formuleringar om lokala hänsyn i Haninge kommuns näringsprogram.  
(NOU:s ärende dnr 65/98-26)*

NOU har i ärendet bl.a. uppgivit "I de olika EG-direktiven om offentlig upphandling finns bestämmelser om att det åligger varje upphandlande enhet att se till att de olika leverantörerna inte diskrimineras. Direktivens bestämmelser motsvaras närmast av LOU:s portalparagraf i 1 kap. 4 § i vilken det anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Denna bestämmelse gäller all upphandling oavsett värde eller typ av tjänst.

I 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU (efter lagändringen fr.o.m. den 1 januari 1998) anges att en upphandlande enhet skall anta antingen

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

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

De i förfrågningsunderlaget ställda kraven och utvärderingskriterierna skall stå i proportion till det som upphandlas och syfta till att identifiera det för enheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

NOU vill gärna uppmuntra kommunen i dess fortsatta satsning på att intensifiera utbildning i upphandling av kommunens beställare och inköpare. NOU vill dock samtidigt uppmana kommunen att tillse att dess målsättning att "skapa förutsättningar för utveckling och expansion av de företag som nu är verksamma i Haninge" inte missuppfattas och inte leder till överträdelser mot LOU. De ovan citerade avsnitten kan t.ex. omarbetas så att något missförstånd inte uppstår att det skulle vara kommunens överordnade målsättning att vid offentlig upphandling handla lokalt. En sådan målsättning skulle strida mot regelverkets intentioner. Bedömningen av i vilken utsträckning kommunen, inom ramen för LOU, eventuellt får vända sig till lokala leverantörer, förutsätter att kommunens inköpare har goda kunskaper om offentlig upphandling.

Av de ovannämnda principerna om lika och rättvis behandling av leverantörerna (objektivitet och utan ovidkommande hänsyn) följer att förfrågningsunderlaget inte får anpassas eller utformas med syfte att underlätta för lokala leverantörer att lämna anbud. Bedömningen av huruvida anbud får lämnas på såväl delar av en anskaffning som anskaffningen i sin helhet måste ske på affärsmässiga grunder. Därmed menas att kommunen inte får ta industri-, sysselsättnings- eller försörjningspolitiska hänsyn utan endast se till den enskilda upphandlingens värde i det specifika fallet så att upphandlingen blir så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt. Även reglerna om tröskelvärdesberäkning måste iakttas. Varje enskild del

av ett sammanhängande projekt skall därför ingå i beräkningen av upphandlingens totala värde."

NOU hänvisade i övrigt till vad som anges i *NOU info dec -97* sid. 4f.

"Vad slutligen beträffar kraven på korta transportsträckor och miljöpåverkan är det nödvändigt att hålla i minnet att de ställda kraven måste avse den upphandlade produkten eller tjänsten eller dess användning. Kommunens angivelse att transportarbetet och därav följande negativ miljöpåverkan minskar när en större del av inköp och service sker lokalt kan uppfattas som en uppmaning till inköparna att med hänsyn till kommunens miljöarbete handla lokalt. Något lagligt stöd för uppfattningen att offentlig upphandling på detta sätt får användas som ett instrument för att förbättra miljön finns för närvarande inte."

## Etniska anti-diskrimineringsklausuler

Regeringen har i prop. 1997/98:177 om ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (sid. 54) nämnt bl.a. de påpekanden som NOU gjort angående införandet av etniska antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt (jfr. *NOU info mars -98* sid. 10). Regeringens bedömning är att sådana klausuler kan vara av intresse i arbetet med att motverka etnisk diskriminering men att ytterligare överväganden måste göras innan den kan ta ställning till huruvida något initiativ bör tas i frågan.

## Rättsfall

### EG-domar

#### *Brott mot annonseringsbestämmelserna*

EG-domstolen har i sin dom C-323/96 EG-kommissionen mot Belgien, avkunnad den 17 september 1998, förklarat att Belgien inte uppfyllt bestämmelserna i direktiv 93/37/EEG (entreprenaddirektivet) och även de tidigare gällande direktiven som gällde när arbetet i fråga påbörjades.

Målet gällde en byggnad till "Vlaamse Raad", det flamländska parlamentet, i Bryssel. Arbetet, som påbörjades 1993 efter en selektiv upphandling dock utan någon annonsering i EGT, trots att projektet i sin helhet, liksom varje delprojekt för sig, översteg aktuellt tröskelvärde. Beträffande det sista delprojektet, som påbörjades efter det att direktiv 93/37/EEG trätt i kraft, gjordes en direktupphandling.

Från belgisk sida invändes att den belgiska lag som införlivade direktiven endast gällde för den verkställande makten och inte för den lagstiftande makten. Vlaamse Raad skulle därför inte omfattas av direktivet. Vidare anförde belgiska staten vissa undantagsbestämmelser i direktivet, bl.a. beträffande sekretess och medlemsstats grundläggande säkerhet.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att begreppet "staten" (*i de bestämmelser i direktivet som reglerar direktivets tillämpningsområde*) även innefattar det lagstiftande organet. Vlaamse Raad var därför att anse som en upphandlande en-

het. De återopade undantagsbestämmelserna i direktivet anfördes först under förhandlingen och inga omständigheter hade anförts från den belgiska staten till stöd för att dessa var tillämpliga. Också denna invändning underkändes därför av domstolen.

### *Bristande införlivning*

Den 24 september 1998 avkunnade EG-domstolen dom i målet C-111/97 Evo-Bus Austria GmbH mot Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog).

Med hänvisning till att en uppgift i ett anbud ändrats i efterhand, begärde Evo-Bus överprövning av en upphandling som Növog genomförde. Vid tiden för denna begäran hade Österrike inte införlivat rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna (92/13/EEG). I sin begäran om förhandsavgörande av EG-domstolen frågade därför den nationella domstolen om direktiv 92/13/EEG skulle tolkas så, att det organ som var behörigt att pröva upphandlingar på varu- och entreprenadsidan också skulle anses behörigt vad gäller upphandlingar inom försörjningssektorerna om 92/13/EEG inte införlivats vid utgången av den föreskrivna fristen.

EG-domstolen förklarade att direktivets bestämmelser inte gav stöd för sådan tolkning.

### *Bristande införlivning, sjuktransporter - A- eller B-tjänst, direkt effekt av inte införlivat direktiv*

Mål C-76/97 Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NöG), dom avkunnad den 24 september 1998, gällde bristande införlivning. Vid tiden för talan i den nationella domstolen hade direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) inte införlivats i Österrike. Rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn i övrigt (89/665/EEG) var införlivat.

NöG hade 1984 slutit ramavtal angående sjukvårdstransporter med eller utan sjukvårdspersonal. Taxorna i avtalen ändrades årligen. Walter Tögel beviljades 1992 tillstånd att bedriva verksamhet avseende transporter av skadade och sjuka och efter att ha förvägrats avtal med NöG väckte han talan vid domstol och yrkade få fastställt att transporttjänsterna i fråga var att hänföra till bilaga 1 A i tjänstedirektivet och därför skulle upphandlas. Domstolen begärde förhandsavgörande av EG-domstolen.

EG-domstolen konstaterade, i likhet med vad som angavs i domen ovan, att direktiv 89/665/EEG inte kunde tolkas så, att det organ som var behörigt pröva upphandlingar som gällde varor och byggentreprenader också skulle vara behörigt att pröva sådana som gällde tjänster, om tjänstedirektivet inte var införlivat vid utgången av den föreskrivna fristen.

På frågan hur transporttjänsten skulle klassificeras enligt direktivet, förklarade domstolen att transporter av skadade och sjuka i närvaro av sjukvårdspersonal omfattas av såväl bilaga 1 A, kategori 2, som bilaga 1 B, kategori 25, vilket innebär att tjänsten faller under artikel 10 i direktivet. Regeln anger att en tjänst som är hänförlig till avdelning A och B skall i dess helhet bedömas som en A-tjänst om detta inslag är det dominerande och som en B-tjänst om detta inslag är dominerande (se 5 kap. 3 § 2 st. LOU).

På frågan vilka bestämmelser i tjänstedirektivet som hade direkt effekt, dvs. vilka bestämmelser i direktivet som var ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas av enskild gentemot staten, förklarade domstolen följande. Bestämmelserna i avdelning I och II (inledande bestämmelser och regler om uppdelning i A- och B-tjänster) har direkt effekt liksom bestämmelserna i avdelning III-VI (regler om formgivningstävlingar, om tekniska specifikationer, om annonsering och om deltagande) med förbehåll för undantag och skiftningar som framgår av bestämmelsernas lydelse. De förstnämnda kan således åberopas av enskild i nationell domstol men även de senare kan åberopas vid nationell domstol, om det efter prövning framgår att bestämmelserna är tillräckligt klara och precisa.

Beträffande det sedan 1984 löpande avtalet avseende sjukvårdstransporter, förklarade domstolen, att EG-rätten inte medför en skyldighet för en upphandlande enhet i en medlemsstat att på begäran av en enskild ingripa i ett rättsförhållande som gäller på obestämd tid eller under flera år, när förhållandet kommit till stånd före utgången av fristen för att införliva tjänstedirektivet.

## EG-kommissionen

### *Rikspolisstyrelsens upphandling*

Kommissionen har tidigare riktat kritik mot Rikspolisstyrelsens upphandling av slipshållare, mössmärken och tjänstgöringstecken (*NOU info okt -97*, sid. 3). Kommissionen har nu beslutat att inte föra ärendet vidare utan istället avsluta det samma.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Västerbottens län har meddelat en dom (704-98E) avseende en förenklad upphandling av grävmaskintjänster genomförd av Norsjö kommun. Domstolen har förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts. Domen har vunnit laga kraft.

Av länsrättens bedömning framkommer följande. "Av 6 kap. 12 § LOU följer att en upphandlande enhet kan anta ett annat anbud än det med lägst pris om detta är ekonomiskt mest fördelaktigt. Denna bedömning skall dessutom grundas på i förfrågningsunderlaget angivna omständigheter. Såvitt avser nu aktuell upphandling är dessa omständigheter 1. maskintyper/utrustning och 2. referenser. I målet har inte framkommit annat än att /den klagande/ uppfyller kravet avseende maskintyper/utrustning. Det som framkommit i referenserna ger inget belägg för att han inte skulle motsvara de krav som gäller för de arbeten som anbudet avser. Till detta kommer att kommunen utan att det tagits in som en bedömningsgrund i förfrågningsunderlaget vägt in de erfarenheter som verksamhetsansvariga fått, när de tre antagna entreprenörerna anlitats under en lång följd av år i varierande arbetsuppgifter. Vid angivna förhållanden finner länsrätten att upphandlingen strider mot LOU och att den bör göras om såvitt avser utvärderingen av anbuden".

NOU har behandlat frågan om referenser vid upphandling i Sammanställningen *NOU info 96* och *NOU info mars -98*, sid. 15.

- Den länsrättsdom (Länsrätten i Skåne län, 4641-98E) som refererades i NOU info juni -98 och som avser en upphandling av tvätteritjänster har prövats av Kammarrätten i Göteborg (4069-1998). Enligt länsrättens beslut skall upphandlingen göras om. Kammarrätten bifaller överklagandet och undanröjer länsrättens dom. Domen har överklagats till Regeringsrätten som har beslutat att inte meddela prövningstillstånd (5864-1998).

Länsrätten uppgav i sin dom att en förhandling om förlängning av avtal om tvätteritjänster inletts (en ny upphandling) och att det inte var fråga om en direktupphandling. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om, eftersom den inledda upphandlingen inte skett i enlighet med LOU och den klagande leverantören därigenom lidit eller kunde komma att lida skada.

Ur Kammarrättsdomen kan läsas att Malmöhus läns Landsting först har formellt sagt upp avtalet med en leverantör men sedan "ingått ett nytt avtal varigenom det tidigare träffade avtalet förlängts att gälla ytterligare fyra månader", för att då kunna göra en gemensam upphandling av tvätteritjänster för hela regionen. I kammarrättens dom uppges att den förlängning som finns i det först ingångna avtalet inte tidigare utnyttjats. "Om det ursprungliga avtalet inte sagts upp hade det automatiskt förlängts att gälla i ytterligare tre år. Det senare träffade avtalet kan, med hänsyn till dess utformning, inte betraktas som annat än en förlängning av det förra avtalet. Uppsägningen och sedan förlängningen av avtalet innebär således endast en begränsning av den förlängningsperiod om tre år som annars hade löpt". Kammarrätten finner att det ingångna avtalet inte kan betraktas som att en ny upphandling i LOU:s mening har skett och att bestämmelserna i LOU därmed inte är tillämpliga. Kammarrätten beslutade att bifalla överklagandet och undanröja länsrättens dom. Kammarrättens dom står fast sedan Regeringsrätten beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

- Den länsrättsdom (Länsrätten i Göteborg, 2044-98) som refererades i NOU info juni -98 avseende en öppen upphandling av linjetrafik har prövats av Kammarrätten i Göteborg (3696-1998). Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om och kammarrätten avslag överklagandet. Målet har överklagats till Regeringsrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns.

I målet prövades en upphandling där förfrågningsunderlaget innehöll krav på övertagande av personal, fordon, gaskompetens och gasinfrastruktur.

Länsrätten uppgav att villkoret att den nye trafikutövaren var skyldig att övertaga avlämnande trafikutövares personal måste anses strida mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att det inte ger anbudsgivarna frihet att använda den egna organisationens kompetens. Vidare uppgavs att en upphandlande enhet inte får uppställa villkor om att leverantören övertar befintlig utrustning eller befintliga lokaler om detta kan betraktas som diskriminering av inhemska eller utländska leverantörer. Länsrätten fann att de av Trafiknämnden uppsatta villkoren om övertagande av gaskompetens och gasinfrastruktur inklusive gasbussar måste anses strida mot de krav på affärsmässighet och likabehandling av anbudsgivare som gäller enligt LOU.



Kammarrätten instämmer i länsrättens bedömning att Trafiknämnden har brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 4 § LOU och att upphandlingen därför skall göras om.

- Länsrätten i Skåne län har beslutat (8751-98E) att inköpet av utrustning till bl.a. en multimediasal skall göras om. Eftersom det sammanlagda värdet överstiger tröskelvärdet har Malmö Högskola, genom att göra en förenklad upphandling, brutit mot bestämmelserna i 2 kap. LOU. Domen har vunnit laga kraft.

Upphandlingen var indelad i fyra paket, innefattande ljus- och ljudteknisk (paket 1), ljudteknisk (paket 2), scenteknisk (paket 3) och AV-teknisk utrustning (paket 4) och Malmö Högskola beslutade upphandla paketen var för sig genom förenklat förfarande. I målet prövades upphandlingen avseende endast paketen 1, 2 och 4. Domstolen konstaterar att inte något av de tre aktuella paketen var för sig har ett beräknat värde som överstiger tröskelvärdet för varor men att det sammanlagda beräknade värdet av de tre paketen uppgår till åtminstone 1 550 000 kr.

I domskälen uppges att "Enligt 2 kap. 4 § LOU får en upphandling avseende en viss kvantitet varor inte delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskrivas. Av 2 kap. 5 § LOU framgår att flera upphandlingar av varor av samma typ som skall göras samtidigt skall anses som endast en upphandling vid tillämpning av 1 § (*Tröskelvärdet för statliga myndigheter uppgår till 130 000 SDR = 1 157 000 SEK, NOU:s kommentar*). Om tröskelvärdet då överskrids skall varje enskild upphandling göras enligt bestämmelserna i detta kapitel".

Därutöver uppger länsrätten bl.a. att den i målet aktuella upphandlingen får anses utgöra ett projekt för leverans av ljus- och ljudteknisk utrustning, att upphandlingen av de olika paketen sker samtidigt, att upphandlingen rör utrustning inom två närliggande teknikområden där flertalet apparater och instrument är avsedda att användas tillsammans, att de båda teknikområdena i viss apparatur är integrerade, att det klagande bolaget har anfört att de kan leverera all utrustning och att detta gäller även för övriga leverantörer i branschen och att den marknadsanalys som högskolan åberopar synes vara begränsad till att avse den svenska marknaden.

Vid en samlad bedömning, ansåg länsrätten, att högskolan inte haft erforderligt stöd för att dela upp upphandlingen i flera paket. Det sammanlagda värdet av de tre paketen borde i stället ha beaktats vid val av upphandlingsform. Länsrätten beslutade att upphandlingen av ljus-, ljud- och AV-teknisk utrustning skall göras om.

## Miljö

### Skrivelse från kommissionen angående miljö

NOU har tidigare (*NOU info okt -97*) informerat om att kommissionen begärt information om det sätt på vilket Stockholms stad och Stockholms läns landsting beaktar miljöhänsyn vid upphandling av varor och tjänster.

Frågorna har diskuterats vid två s.k. paketmöten med Sverige. Efter det att Stockholm stad uppgivit att man inte beslutat om någon miljöpolicy för upphandling och Stockholms läns landsting uppgivit att man inte ställer krav på vissa (miljövänliga) transportsätt, har kommissionen i mars 1998 beslutat att avsluta ärendet.

Kommissionen har ansett sig oförhindrad att åter ta upp frågan om ändrade förhållanden skulle föranleda detta.

### Tolkningsdokument

Enligt kommissionens meddelande om offentlig upphandling (KOM (98) 143), det första "resultatet" av Grönboken, skall kommissionen ta fram ett särskilt tolkningsdokument beträffande hur miljöhänsyn kan beaktas vid offentlig upphandling. Kommissionen avser bl.a. att undersöka i vilken utsträckning det är möjligt att i de tekniska specifikationerna hänvisa till det europeiska miljömärket eller till nationella miljömärken. Vidare avser den att analysera om det är möjligt för en upphandlande enhet att kräva att en leverantör har ett miljöredovisningssystem såsom EMAS. Enligt uppgift från tjänstemän på kommissionen skall dokumentet vara klart under 1999.

## Övrigt

### Översyn av NOU m.m.

Enligt kommittédirektiv (1998:58) skall en översyn av bl.a. NOU göras. NOU:s organisation skall utredas, likaså vilken roll och vilka uppgifter som nämnden bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn.

Ur direktiven kan läsas "Med hänsyn till den offentliga upphandlingens omfattning och möjligheterna till effektivisering är det viktigt att det finns en ändamålsenlig tillsynsfunktion för den offentliga upphandlingen. Utredaren skall föreslå hur tillsynssidan skall utvecklas och ges större tyngd" och skall bl.a. "analysera om den framtida tillsynsfunktionen och/eller andra organisationer skall ha rätt att väcka talan".

NOU har, enligt direktivet, hittills bedrivit en omfattande informationsverksamhet. "Regeringen anser att tillsynsverksamheten skall prioriteras". Utredaren skall "särskilt pröva hur informationsverksamheten bör avgränsas i förhållande till andra aktörer".

Uppdraget omfattar även en översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU och be-

stämelsen om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU.

Utredaren skall inom ramen för gemenskapsrätten utarbeta de författningsförslag som behövs.. Möjligheten att effektivisera den offentliga upphandlingen skall, enligt direktiven, vara utgångspunkt för utredningen.

"Utredaren skall se över bestämmelserna i 6 kap. och bl.a. utreda om annonsering bör göras i större utsträckning och om det skall finnas en beloppsgräns för när en upphandlande enhet får direktupphandla." Vidare skall utredaren överväga om privata företag som omfattas av LOU också bör omfattas av 6 kap.

Mot bakgrund av att kritik har framförts beträffande skadeståndsreglerna, skall utredaren också se över dessa regler och undersöka hur andra medlemsstater i EU genomfört rättsmedelsdirektiven.

Arbetet skall vara slutfört senast den 30 april 1999.

Utredningens sammansättning är beslutad enligt följande:

*Ordförande:* Sture Johansson (generaldirektör vid Kammarkollegiet),

*Sekreterare:* Thomas Hallgren (förbundsjurist vid Svenska Kommunförbundet)

*Förordnade experter:*

Lennart Borghagen (inköpschef vid Försvarets Materielverk, FMV),

Lisbeth Edlund (ordförande i NOU:s nämnd och kammarrättslagman vid Kammarrätten i Göteborg),

Göran Grén (departementssekreterare vid Näringsdepartementet),

Charlotte Hedberg (ledamot av NOU:s nämnd och kansliråd vid Finansdepartementet),

Thomas Hjörning (jurist vid Landstinget i Skåne),

Astrid Nensén Uggla (NOU:s budgethandläggare och kansliråd vid Finansdepartementet),

Ulf Palm (förbundsjurist vid Svenska kommunförbundet),

Anders Stenlund (jurist vid Industriförbundet),

Lars Olof Eklöf (jurist vid Svensk Handel och Tjänsteföretagen) samt

Jens Karlsson (jur.kand., Företagarnas Riksorganisation).

## Statlig inköpssamordning

Enligt förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning som trädde i kraft den 1 augusti 1998 skall det finnas ramavtal eller andra gemensamma avtal för varor och tjänster som statliga myndigheterna upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden. Kammarkollegiet (Enheten för statlig inköpssamordning) skall verka för att ramavtal träffas. Enligt förordningen skall myndigheterna använda sådana avtal om de inte finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre. Myndigheterna skall underrätta Kammarkollegiet om de avser att upphandla i stället för att använda avtalen.

Det första numret av Kammarkollegiets nyhetsbrev, Inköpskollegan, har utkommit och distribueras till alla statliga myndigheter. Information om verksamheten finns på Internet under adress [www.kammarkollegiet.se](http://www.kammarkollegiet.se).

## Konkurrensverkets avgöranden

*Konkurrensverket har avgjort två ärenden med anknytning till offentlig upphandling. I det ena (Dnr 1564/94) förbjöds konkurrerande utbildningsföretag att samverka vid anbudsgivning. I det andra (Dnr 570/97) ansågs att trohetsrabatter till en upphandlande enhet var konkurrensbegränsande.*

### *Anbudssamverkan*

Ärendet gällde en upphandling av utbildning i svenska för invandrare (Sfi), där lokalavdelningar inom tre av Sveriges största studieförbund lämnat ett gemensamt anbud vid upphandlingar 1994 och 1997. Enligt Konkurrensverket har avdelningarnas förfarande utgjort otillåten anbudssamverkan i strid med 6 § Konkurrenslagen, KL, (konkurrensbegränsande avtal). Avdelningarna ålades enligt 23 § KL vid vite att inte samarbeta vid anbudsgivning för utbildning i Sfi i den berörda kommunen. Beslutet är överklagat.

### *Trohetsrabatt*

Ärendet gällde ett taxiföretag som vid vite ålades att vid anbudsgivning inte tillämpa ett rabattsystem, som var utformat så att rabatt endast lämnades om kunden köpte hela sitt årsbehov av de taxitransporter som omfattades av upphandlingen från företaget. Kommunen hade delats upp i fem områden och anbudsgivarna skulle ange vilka områden som anbuden omfattade. Taxiföretaget lämnade endast rabatt om kommunen antog anbudet i sin helhet dvs. för samtliga fem områden. Effekten blev att kommunen inte kunde välja mindre företag, som endast kunde lämna anbud för något eller några områden. Konkurrensverket ansåg att rabattsystemet begränsade konkurrensen på marknaden och att begränsningen inte var försvarbar av kostnadsskäl eller andra skäl. Rabattsystemet ansågs utgöra ett missbruk av dominerande ställning enl. 19§ KL.

## NOU:s nyhetsbrev juni 1998

Detta är det första nyhetsbrevet från NOU som inte distribueras gratis per post. De upphandlande enheter som har tillgång till Internet kan dock hämta hem nyhetsbrevet gratis via vår hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)). För övriga gäller att prenumeration kan tecknas hos Fritzes (se nästa sida).

*Blanketter för annonsering* samt kommentarer till dessa kan likaledes nås via vår hemsida. Den aviserade *förordningen om skriftliga bevis* m.m. i enlighet med 7 kap. 15 § tredje punkten har ännu ej beslutats av regeringen.

Sedan föregående nyhetsbrev har en ny proposition om *ändringar av LOU* från den 1 januari 1999 lämnats till riksdagen. Detta (sjunde) ändringsförslag, prop.1997/98:170, innebär främst en anpassning till direktivändringar till följd av världshandelsavtalets upphandlingsdel. Nyhetsbrevet informerar.

NOU har fått en mängd frågor runt anskaffning av *personaldatorer*. Många av frågorna hör dock inte hemma på NOU:s bord, såsom t.ex. de skattemässiga konsekvenserna. I nyhetsbrevet behandlas frågan om att utnyttja redan ingångna ramavtal. I kansliet har vi blivit förvånade över att vissa upphandlande enheter inte velat ta tillfället i akt att då så är möjligt göra *en bra affär* genom separat upphandling, trots att ofta stora kvantiteter varit aktuella.

Åtskilliga klagomål över *alltför korta anbudstider* hos namngivna såväl som icke namngivna upphandlande enheter har framförts till NOU. Mer om detta i nyhetsbrevet.

Klagomål över upphandling som görs av *kommun- och landstingsägda stiftelser* förefaller ibland ha sin grund i att dessa inte känner till att de överhuvudtaget omfattas av några upphandlingsregler. Det är viktigt att kommuner och landsting känner ansvar för att informera sina stiftelser (och bolag) om att de omfattas av lagen om offentlig upphandling.

NOU håller på att planera för en utökad tillsyn. Detta har medfört två nyanställningar hos NOU.

Med vänlig hälsning och önskan om en trevlig sommar!

Margareta Hentze

## Innehåll

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
Förslag till ändringar i LOU	3
Grundläggande principer för offentlig upphandling	5
<i>Proportionalitetsprincipen</i>	5
<i>Likabehandlingsprincipen</i>	5
<i>Öppenhet och förutsebarhet (transparency)</i>	5
Tillämpning av LOU	5
Köp av datorer till anställda	5
Upphandlingsförfaranden	7
Anbudstid vid förenklad upphandling	8
Prövning av anbud	8
"Fri prövningsrätt"	8
Förkastande av anbud	8
Sanktioner mot USA	8
Dokumentation	8
NOU:s ärenden och yttranden	8
Upphandling av tågdrift	8
Upphandling av läkemedel	10
Upphandling av ventilationskontroll	12
Förhandling - komplettering – dokumentation	13
Behörighet att avge anbud	14
Ändrad anbudsgivare	15
Rättsfall	16
EG-domar	16
Mål i Regeringsrätten	17
Mål i kammarrätt och länsrätt	18
Miljö	20
Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling	20

### NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012, 103 11 Stockholm

Telefon 08 - 454 44 40

Telefax 08 - 791 72 81

Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes kundtjänst, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 90

Telefax: 08 - 690 91 91

Pris: 220 kronor exkl. moms

Tryck: Militära servicekontoret, Stockholm

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info

Glöm inte att ange källan, t.ex. "NOU info juni -98"

## LOU - lagen om offentlig upphandling

### Förslag till ändringar i LOU

Regeringen har den 20 maj 1998 fattat beslut om att överlämna en proposition (1997/98:170) med förslag till ändringar i LOU till riksdagen, som kommer att behandla propositionen under hösten 1998. Förslagen är främst motiverade av två nya EG-direktiv med ändringar av reglerna inom området offentlig upphandling, 97/52/EG, som behandlar varu-, entreprenad- och tjänsteupphandling, och 98/4/EG, som behandlar upphandling inom försörjningssektorerna. Direktivändringarna är en följd av införlivningen av upphandlingsavtalet (GPA). En del övriga ändringar i LOU föreslås också för ökad överensstämmelse med direktiven.

#### *Upplysningar om leverantör m.m.*

I första kapitlet föreslås ett nytt stadgande, 16 c §, som anger att en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2 eller 5 kap. endast får begära in sådana upplysningar om en leverantör som avses i 17 och 18 §§ och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas. Den bakomliggande bestämmelsen återfinns endast i varu- och tjänstedirektiven, varför den enligt lagförslaget endast skall gälla upphandlingar enligt 2 eller 5 kap.

Enligt NOU:s mening är emellertid bestämmelsen närmast en kodifiering av den allmänt gällande proportionalitetsprincipen, varför regeln i praktiken inte torde vara begränsad till att gälla enbart varu- och tjänsteupphandling.

Enligt paragrafens andra mening skall enheten beakta leverantörens befogade intresse av att affärshemligheter eller tekniska hemligheter inte röjs.

#### *Komplettering av anbud och ansökningar*

I 1 kap. 21 § föreslås en ändring av andra stycket och ett nytt tredje stycke. I andra stycket föreslås tillägget att ett anbud eller en ansökan får förtydligas *eller kompletteras* om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av författningskommentaren framgår att avsikten med ändringen är att bringa bestämmelsen mer i överensstämmelse med ett uttalande från rådet och kommissionen angående förhandlingsförbudet i öppet och selektivt förfarande. Detta uttalande anger att ”i öppna och selektiva förfaranden all förhandling med anbudssökande och anbudsgivare angående sådana grundläggande kontraktsförhållanden, i fråga om vilka ändringar skulle snedvrída konkurrensen, och i synnerhet angående priset, är utesluten. Emellertid får diskussioner föras med anbudssökandena och anbudsgivarna, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbuden eller kraven från de upphandlande myndigheterna, och under förutsättning att detta ej medför diskriminering.”

Vidare har ett nytt tredje stycke införts som ger enheten rätt att begära förtydligande eller komplettering av inlämnade intyg, skriftliga bevis och andra handlingar enligt 1 kap. 17-18 §§.

### *Tidsfrist för mottagande av anbud*

Ändringsdirektiven innehåller regler som i vissa fall medger en förkortad anbudstid. Motsvarande ändringar föreslås bli införda i kap. 2-5. Vid öppen upphandling får den upphandlande enheten, enligt förslaget, förkorta tidsfristen från minst 52 dagar till normalt minst 36 dagar från den dag annonsen avsändes och tidsfristen får aldrig vara kortare än 22 dagar från avsändningsdagen. Tidsfristen måste dock alltid vara tillräckligt lång för att samtliga intresserade skall kunna lämna anbud. Förutsättningen för att få utnyttja en sådan förkortad frist är att upphandlingen förhandsannonserats och att förhandsannonsen innehållit alla de uppgifter som skall finnas med vid annonseringen av den enskilda upphandlingen under förutsättning att de var kända vid annonseringstillfället. Dessutom skall minst 52 dagar och högst 12 månader ha gått mellan avsändandet av förhandsannonsen och annonsen om upphandling. Ändringarna föreslås bli införda i 2 kap. 13 §, 3 kap. 18 §, 4 kap. 17 § och 5 kap. 20 §.

Vid selektiv upphandling kan enligt förslaget till ny lydelse av 2 kap. 14 §, 3 kap. 19 § och 5 kap. 21 § en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn under ovan angivna förutsättningar förkorta fristen för anbudslämnande från minst 40 dagar till minst 26 dagar från den dag inbjudan skickades ut.

Vid selektiv eller förhandlad upphandling inom försörjningssektorerna ändras enligt förslaget tiden för mottagande av *ansökan* om att lämna anbud eller av svar på en anmodan att bekräfta intresset för anbudsgivning (då förhandsannonsen samtidigt varit anbudsinfordran) från fem veckor till 37 dagar. Den får, liksom tidigare, aldrig vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen om upphandlingen avsändes (4 kap. 18 § andra stycket). Om en överenskommelse om tidpunkt för *anbudslämnande* inte kan uppnås, får enligt förslaget den upphandlande enheten fastställa en tidsfrist som inte bör understiga 24 dagar från dagen för inbjudan att lämna anbud och får liksom tidigare inte understiga 10 dagar (4 kap. 18 § tredje stycket).

### *Övrigt*

I 2 kap. föreslås att en ny paragraf (19 §) skall införas, som anger att om en upphandlande enhet ger någon som inte är en upphandlande enhet särskilt tillstånd att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, skall i tillståndet anges att principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet skall iakttas när tillståndshavaren ingår ett varukontrakt för den verksamhet som avses med tillståndet. I författningskommentaren anges rätten att driva en TV-kanal som exempel på ett sådant särskilt tillstånd.

I 4 kap. föreslås en ändring av 4 § tredje stycket, som behandlar undantag som görs för återförsäljning eller uthyrning i vissa fall. Enligt förslaget skall detta gälla endast om den upphandlande enheten själv inte har särskilt tillstånd att sälja eller hyra ut det som omfattas av upphandlingen.

Vidare föreslås ett tillägg i 4 kap. 15 § tredje stycket, som anger att viss informationsskyldighet föreligger för de upphandlande enheter som omfattas av GPA.

Dessa skall, till de anbudsgivare eller anbudssökande som skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälet till att ansökan eller anbudet förkastats samt vem som fick upphandlingen och skälet till det.



För försörjningssektorerna införs också enligt förslaget (genom hänvisningen i 4 kap. 1 § till 5 kap. 1 § där ett tillägg gjorts) regeln att värdet av en upphandling av A-tjänster skall beräknas med utgångspunkt i den uppskattade totala ersättningen till leverantören.

I 5 kap. föreslås en ny bestämmelse, 24 a §, vilken anger att en upphandlande enhet, som tillåter alternativa utföranden, inte får förkasta ett anbud av det skälet att anbudet, om det antogs, skulle leda till ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt. Regeln innebär en anpassning till tjänstedirektivet och har en motsvarighet i 2 kap. 18 §.

I 7 kap. 15 § föreslås införande av en rätt för regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer att utfärda föreskrifter som behövs för att uppfylla Sveriges internationella förpliktelser rörande offentlig upphandling när det gäller produkter inom försvarssektorn.

## Grundläggande principer för offentlig upphandling

### *Proportionalitetsprincipen*

Kvalificeringskraven och kraven i förfrågningsunderlaget måste stå i rimlig proportion till det som skall upphandlas. I ärendet "Upphandling av tågdrift" på sid. 8f. har frågan berörts, så även i prop. 1997/98:170, enligt ovan.

### *Likabehandlingsprincipen*

Alla leverantörer skall behandlas lika. De måste alla få samma information, normalt skriftligen vid samma tillfälle, från den upphandlande enheten. För att de skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Dessa frågor har berörts i NOU:s ärenden "Upphandling av tågdrift" på sid. 8f., "Upphandling av ventilationskontroll" på sid. 12f. och "Förhandling - komplettering - dokumentation" på sid. 13.

### *Öppenhet och förutsebarhet (transparency)*

Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förutom att annonsering normalt skall ske, föreligger krav på att samtliga utvärderingskriterier skall anges i underlaget och om möjligt vara rangordnade. Det är inte tillåtet att lägga till eller dra ifrån några kriterier vid utvärderingen. NOU:s ärenden "Upphandling av tågdrift" på sid. 8f., "Upphandling av ventilationskontroll" på sid. 12f. och "Förhandling - komplettering - dokumentation" på sid. 13 tar upp sådana krav.

## Tillämpning av LOU

### Köp av datorer till anställda

En ofta förekommande och nu aktuell fråga till NOU är huruvida en upphandlande enhet får köpa/hyra ut datorer till sina anställda utan att följa reglerna i LOU. NOU:s inställning är att en anskaffning som görs av en upphandlande

enhet omfattas av LOU, om den upphandlande enheten t.ex. betalar eller garanterar betalningen av datorerna. För samma bedömning talar även att det normalt är den upphandlande enheten som formulerar krav och kriterier, gör en utvärdering av inkomna anbud och fattar beslut om leverantör. Den omständigheten att det blir de anställda, som till slut får bära kostnaden föranleder inte någon annan bedömning. Enligt uppgift är syftet med personaldatorköp, finansierade av arbetsgivaren, att öka personalens datormognad.

Svenska kommunförbundet har angivit att kommunernas köp eller hyra av lånedatorer skall ske i konkurrens enligt LOU (cirkulär 1998:28).

En angränsande och ofta förekommande fråga är om anskaffning av datorer till de anställda får göras genom avrop på befintliga ramavtal. NOU:s uppfattning är att så får ske – och bör ske - om det i ramavtalet uttryckligen anges att inköp till personalen ingår eller om den volym som förespeglats leverantörerna vid upphandlingen (uppskattad totalvolym) omfattar även personaldatorer.

De flesta existerande ramavtal har dock slutits för en mängd beräknad i förhållande till den upphandlade enhetens huvudverksamhet men inte de anställdas förväntade behov av avrop. Det är inte heller säkert att ramavtalet omfattar de för ändamålet lämpligaste leverantörerna. Vissa leverantörer som inte deltog i anbudslämnandet för ramavtalet hade kanske lämnat anbud om man vetat hur stor leverans det skulle bli fråga om, medan vissa mindre leverantörer inte skulle ha lämnat anbud eftersom de inte klarar av så stora leveranser inom ramen för avtalsenliga leveranstider. För att åstadkomma bästa möjliga avtal bör inköp för personalen därför normalt ske genom en ny separat upphandling.

Ytterligare en fråga som ställts till NOU är om en upphandlande enhet får efterfråga och köpa bara en viss typ av dator (PC/Macintosh).

Enligt 1 kap. 16 § och 6 kap. 3 § får en upphandlande enhet endast om särskilda skäl föreligger hänvisa till visst märke eller fabrikat. En sådan hänvisning måste dock följas av orden "eller likvärdig". Vad som vid datorköp skall förstås med likvärdig måste bedömas från fall till fall. Endast om oskäliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll uppstår vid bruk av annat märke än det som används, får avsteg göras, dvs. vissa olägenheter måste accepteras.

Om det främsta syftet med personaldatorköpen är utbildning av personalen, torde det vara rimligt att arbetsgivaren utbildar personalen på samma utrustning som finns på arbetsplatsen. Om PC och Macintosh i dag är så lika i det enskilda fallet att en likvärdig datorvana kan uppnås på båda systemen, torde en styrning till det ena eller andra systemet inte vara förenlig med upphandlingsreglerna. Oskäliga tekniska svårigheter för den upphandlande enheten kan rimligen inte normalt uppstå för datorer som de anställda använder i hemmet. Om "hemdatorerna" skall användas i arbetet, vilket torde vara det vanliga, bör naturligtvis kompatibilitet kunna krävas, t.ex. att disketter kan "vandras mellan" de båda systemen. Även teknisk underhållskompetens hos den upphandlande enheten kan spela viss roll.

NOU vill avslutningsvis påpeka att frågan om i vilken utsträckning inköp av datorer till personal är tillåtna med hänsyn till annan reglering samt inköpens skattemässiga konsekvenser, inte ligger inom NOU:s ansvarsområde.

## Upphandlingsförfaranden

Om en upphandlande enhet "valt fel" förfarande måste i regel den pågående upphandlingen avslutas och ett nytt förfarande inledas. Se vidare "Upphandling av tågdrift" på sid. 8f.

### Anbudstid vid förenklad upphandling

NOU har mottagit åtskilliga klagomål som kan bedömas vara klart berättigade avseende för korta tidsfrister för att inkomma med anbud. NOU prövar normalt endast ärenden av allmänt eller principiellt intresse, men får kanske överväga att mer uppmärksamma problemet i sin tillsynsverksamhet.

NOU vill understryka betydelsen av *väl tilltagna anbudstider* för att konkurrensen på marknaden verkligen skall utnyttjas och möjliggöra seriösa och väl genomarbetade anbud.

NOU har tidigare framfört även följande. Den dag till vilken anbud senast skall vara inkommet till den upphandlande enheten skall anges i annonsen, skrivelsen eller i förfrågningsunderlaget (6 kap. 5 § LOU). Anbudstiden måste vara så lång att anbudsgivarna ges skälig tid att lämna anbud. Det är viktigt att de upphandlande enheterna noggrant beräknar anbudstiden som normalt inte får ändras under upphandlingsprocessen (*Sammanställning NOU info 93 - 95*, sid. 40). En kort anbudstid kan innebära att tidigare leverantörer otillbörligt gynnas vid anbudsgivningen och att alla konkurrensmöjligheter inte utnyttjas vid upphandlingen. En tidigare leverantör kan ha vissa konkurrensfördelar som kan sägas vara naturliga och godtagbara. Enligt tidigare refererat avgörande från Länsrätten i Älvsborgs län ställs det stora krav på noggrannhet och objektivitet vid utformningen av förfrågningsunderlaget. "En förutsättning för att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är emellertid att skillnader i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer reduceras vid utformningen av förfrågningsunderlaget genom att underlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar den tidigare leverantören." (*Sammanställning NOU info -96*, sid. 64).

Anbudstiden bör inte förlängas bara av den orsaken att en anbudsgivare begär förlängning. Om det visar sig att den upphandlande enheten tagit till för kort anbudstid är det normala förfarandet att avbryta upphandlingen och gå ut på nytt. Härvid måste man dock ta med i beräkningen de kostnadsökningar som blir följden av ett nytt förfarande. Den upphandlande enheten måste uppträda affärsmässigt.

En förlängning måste göras i så god tid att alla tänkbara anbudsgivare kan dra nytta av förlängningen, dvs. i början av den ursprungliga perioden. En förlängning av anbudstiden bör inte göras i slutet av den ursprungliga perioden eftersom vissa anbudsgivare då, under tidspress, kan ha arbetat fram sitt anbud (*Sammanställning NOU info 93 - 95*, sid. 40).

## Prövning av anbud

### "Fri prövningsrätt"

NOU vill på nytt påpeka att det inte är tillåtet att i förfrågningsunderlaget förbehålla sig rätten till fri prövning av inkomna anbud. Någon sådan prövningsform finns inte enligt LOU. Många rättsfall har berört frågan. Principerna för anbudsprövning över tröskelvärdena framgår av 1 kap. 22 § och vid förenklad upphandling av 6 kap. 12 § LOU (se även ärendena "Upphandling av tågdrift" på sid. 8f. och "Upphandling av ventilationskontroll" på sid. 12f.).

### Förkastande av anbud

En upphandlande enhet får inte anta ett anbud som inte uppfyller alla ställda krav. Anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget skall således alltid förkastas (se vidare "Upphandling av ventilationskontroll" på sid. 12f.).

### Sanktioner mot USA

På förekommen anledning vill NOU uppmärksamma att EG:s beslut om sanktioner mot USA fortfarande gäller. Beslutet innebär för svensk del att samtliga statliga myndigheter utanför försörjningssektorerna skall avvisa anbud *under* gällande tröskelvärden från varu- och tjänsteleverantörer som är etablerade i och verkar från USA. I vissa angivna fall kan en myndighet ges rätt att anta sådana anbud. För ytterligare information hänvisas till *Sammanställning NOU info 93 - 95* (sid. 46-47).

## Dokumentation

Kravet på dokumentation av upphandlingar *under* tröskelvärdena framgår av 6 kap. 13 § LOU. Genom kraven på rapportering, eller beredskap för rapportering, till kommissionen av upphandlingar *över* tröskelvärdena understryks ytterligare att det krävs god dokumentation av upphandlingsärenden. I *Sammanställning NOU info 93-95* sid. 62 finns exempel på vad en upphandlingsakt kan innehålla (se även "Förhandling - komplettering - dokumentation" på sid. 13 och "Ändrad anbudsgivare" på sid. 15).

## NOU:s ärenden och yttranden

### Upphandling av tågdrift

*Fråga om otydliga utvärderingskriterier och "fri prövningsrätt" samt ändring/sammanblandning av upphandlingsförfaranden.  
(NOU:s diariernr 53/97-26 och 228/97-26)*

NOU avgav den 18 september 1997 ett yttrande angående Inlandsbanan AB:s (IBAB) direktupphandling av turisttrafiken på Inlandsbanan under sommaren 1997 (NOU:s diariernr 53/97-26). NOU har i yttrandet uttalat bl.a. att några förutsättningar att teckna avtal med leverantören A utan att detta har föregåtts av ett formbundet upphandlingsförfarande inte har framkommit. IBAB:s upphandling

synes därför ha skett i strid med LOU. NOU avslutade ärendet, eftersom IBAB då uppgivit att en regelrätt upphandling hade skett. Leverantören B anförde därefter i en skrivelse till NOU att inte heller den nya upphandlingen följt gällande regler i LOU.

NOU har därefter i ett nytt yttrande (diariernr. 228/97-26) uttalat bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har angetts att upphandlingen skulle ske genom selektivt förfarande. Angående utvärderingen har angetts att IBAB förbehållit sig rätten till fri prövning av inkomna anbud. Som utvärderingskriterier har nämnts bl.a. entreprenörens kompetens, ekonomi, kvalitetsmedvetande, miljömedvetande, samarbetsvilja, tillgänglighet samt de *tillämpbara* delarna i handlingen Anbudsutvärderingsmall.

Den klagande anbudsgivaren B har vid anbudsgivningen i stort sett endast fyllt i ett till förfrågningsunderlaget bifogat och av IBAB utformat formulär "anbud" samt hänvisat till två bilagor. Bolaget har inte lämnat några andra i anbudsutvärderingsmallen nämnda uppgifter. Den ende och vinnande konkurrenten A har i sitt anbud lämnat mer kompletta upplysningar. B har vid anbudsutvärderingen fått det maximala antalet poäng för det lägsta priset (50) och inga poäng för de övriga frågeställningarna. A har fått en betydligt lägre poäng för sitt pris (34) men därutöver viss poäng (24 av maximalt 70) för frågeställningarna enligt anbudsutvärderingsmallen. Den totala poängen blev således något högre för A (58) än för B (50).

Eftersom upphandlingens värde inte översteg gällande tröskelvärden skulle den ha gjorts enligt reglerna i 6 kap. LOU, dvs. som en förenklad upphandling.

NOU:s övergripande bedömning var "att det i IBAB:s upphandling förekommit så grundläggande fel att någon objektiv bedömning av anbudet mot de i förfrågningsunderlaget ställda kraven inte varit möjlig att göra. NOU kan framför allt inte acceptera att IBAB i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten till fri prövning av inkomna anbud. Någon sådan prövningsform finns inte enligt LOU. Principerna för anbudsprövning vid förenklad upphandling framgår av 6 kap. 12 § LOU."

Upphandlingen, betecknad som en selektiv upphandling, hade inte annonserats utan hade, enligt uppgift från IBAB, genomförts som en förenklad upphandling. Att i förfrågningsunderlaget ange ett visst upphandlingsförfarande och i praktiken, utan rättelse eller en ny upphandling genomföra ett annat, är inte acceptabelt. Den felaktiga beteckningen av upphandlingsförfarandet medverkade också till att en rättvisande bedömning av anbudet och likabehandling av anbudsgivarna i praktiken inte varit möjlig. I det föreliggande fallet var det särskilt allvarligt, eftersom B vid utvärderingen förlorat många poäng på grund av sitt ofullständiga svar på de i anbudsutvärderingsmallen ställda frågorna. Vid en selektiv upphandling, som är ett tvåstegsförfarande, hade det funnits en chans för B att först styrka sin finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet och sedan, efter selekteringen och inbjudan, inkomma med ett fullständigt anbud. Att sådant diskuterats framgår av bl.a. uppgiften att en ansvarig representant för IBAB hade medgivit att B skulle få inkomma med vissa uppgifter efter anbudstidens utgång, vilket i sig inte är tillåtet.

I förfrågningsunderlaget anges att "vissa grundläggande förutsättningar är angivna i AF2.1". Det anges däremot inte vilka delar av handlingen Anbudsutvärderingsmall som är "tillämpbara". NOU framhöll därför att *alla grundläggande för-*

utsättningar måste anses vara "tillämpbara" och anges på ett uttömmande sätt. De av IBAB använda uttrycken i kombination med förbehållet om fri prövningsrätt förstärker intrycket att IBAB inte beaktat att det inte är tillåtet att lägga till eller dra ifrån några utvärderingskriterier. Några uttryckliga krav på att anbudet skulle innehålla de i anbudsutvärderingsmallen angivna upplysningarna finns inte. Eftersom B:s anbud har tagits upp till utvärdering synes IBAB ha bedömt att bolaget uppvisat nödvändig kompetens, ekonomisk styrka och uppfyllt även IBAB:s krav på kvalitet, miljömedvetande, tillgänglighet m.m. Hur dessa i förfrågningsunderlaget nämnda utvärderingskriterier skulle poängsättas var dock inte angivet och tycks inte ha bedömts. Av utvärderingen framgår endast poängsättningen av priset och de i anbudsutvärderingsmallen angivna kraven.

Utvärderingskriterierna var vidare, enligt NOU:s mening, alltför allmänt hållna och borde ha preciserats. NOU ifrågasatte bl.a. möjligheten att mäta och på ett objektivt sätt utvärdera begrepp som "seriös syn på aktuell produkt", "bra lösning", "bedömt, bättre produkt".

Slutligen framhölls att samtliga ställda krav måste stå i rimlig proportion till det som upphandlas och får inte vara mera omfattande än vad som behövs. För NOU föreföll bl.a. kravet på att presentera en minst femårig, "realistisk plan för utveckling av produkten" och "plan för marknadsföring som bedöms adekvat och visar på långsiktighet" inte stå i proportion till den upphandlade tjänstens omfattning och den tid (6 veckor) under vilken tjänsten skulle utföras.

NOU förutsatte i sitt yttrande att IBAB:s kommande upphandlingar sker i enlighet med bestämmelserna i LOU och uppgav att det var oacceptabelt att IBAB låtit tjänstemän "som inte hade tillräcklig kunskap" granska och godkänna handlingarna i upphandlingsärendet. NOU ansåg det anmärkningsvärt att detta skett på ett område som redan tidigare varit föremål för klagomål och föranlett NOU:s granskning.

## Upphandling av läkemedel

*Fråga om RFV:s uppgift att fastställa underlag för högkostnadsskydd för läkemedel medför rätt att ingripa i landstingens upphandling av läkemedel. (NOU:s diarienumr 287/96-21)*

Ett landsting har anfört att RFV hotat läkemedelsföretag med "kännbara åtgärder" om de vid anbudsfrågor från upphandlande enheter inom den slutna vården erbjuder ett lägre pris än det RFV träffat överenskommelse om med respektive läkemedelsföretag inom ramen för läkemedelsförmånen gällande öppenvård. Landstinget har hänvisat till en skrivelse från RFV daterad den 7 februari 1996. I skrivelsen anges bland annat följande. "Om vi då upptäcker förhållanden, som inte ligger i linje med vår policy så har vi vidtagit kännbara åtgärder mot respektive företag. /.../ Ett företag som nyligen förhandlat ett pris på en ny produkt och fått ett pris fastställt av RFV erbjud därefter väsentliga rabatter till den slutna vården i fullt medvetande om RFV:s inställning. Efter att detta kommit till RFV:s kännedom har produkten sedermera utgått ur rabattsystemet."

RFV har i ett yttrande till NOU anfört att prissättningen på läkemedel i Sverige är fri. För att ett läkemedel skall omfattas av läkemedelsförmånen, måste det dock enligt 1 och 3 §§ lagen (1996:1150) om högkostnadsskydd ha ett av RFV fastställt pris. Vid fastställande av detta pris på läkemedel har RFV att beakta det s.k.

Transparensdirektivet 89/105/EG som reglerar priskontroll av läkemedel inom EU. Enligt direktivet skall priskontrollen ske på ett sådant sätt att folkhälsan värnas genom att säkerställa att läkemedel finns tillgängliga i tillräckliga mängder och till en rimlig kostnad, samtidigt som effektiviteten i läkemedelsproduktionen främjas och forskning och utveckling av nya läkemedel uppmuntras. RFV fastställer pris på läkemedel på nationell nivå efter överläggningar med respektive läkemedelsföretag. I det övervägande antalet fall föregås beslutet av en överenskommelse mellan verket och företaget om priset. Verket fattar sedan ett ensidigt beslut som kan överklagas av företaget. Det pris som fastställs har bl.a. en direkt relation till den förväntade och/eller faktiska försäljningsvolymen på nationell nivå.

RFV anför vidare "Enskilda eller grupper av landsting begär sedan rabatter för läkemedel som skall användas inom den slutna vården. Dessa är delvis samma läkemedel som används inom den öppna vården och har ett av RFV fastställt pris. Relationen mellan slutenvårdsläkemedel och öppenvårdsläkemedel är värdemässigt ungefär 1:7. Den rabatt som landstingen efterfrågar är en rabatt från det nationella priset på en delmängd av marknaden. Det är tveksamt både ur affärsmässig och samhällsekonomisk synpunkt att medge större rabatter på en delmängd än på den totala volymen. Kan företagen medge sådana rabatter är det nationella priset enligt RFV:s uppfattning fel. Dessutom kan landstingens agerande ifrågasättas i de fall där rabatter är ett villkor för att företagens produkter skall förtecknas på läkemedelskommittéernas rekommendationslistor utan motprestation av landstingen."

NOU har vid nämndsammanträde gjort följande bedömning.

"Sedan den 1 januari 1997 har införts nya regler om handel med läkemedel. Apoteksbolagets detaljhandelsmonopol gäller då inte längre. Landstingens inköp av läkemedel för slutenvård omfattas av LOU. Från och med 1998 har landstingen även kostnadsansvaret för alla läkemedel som skrivs ut inom öppenvården.

Lagen (1996:1150) om högkostnadsskydd vid köp av läkemedel m.m., har trätt i kraft den 1 januari 1997. Enligt 3 § skall RFV på begäran av den som marknadsför en vara som avses i 1 § och 2 § fastställa ett försäljningspris för varan. Den sökande skall förebringa den utredning som behövs för att priset skall kunna fastställas. Innan RFV meddelar beslut i ett sådant ärende skall sökanden och landstingen ges tillfälle till överläggningar med myndigheten. RFV, den som marknadsför varan eller landsting kan enligt paragrafens andra stycke ta upp frågan om ändring av det tidigare fastställda försäljningspriset.

RFV:s fastställande av ett försäljningspris för varan enligt 3 § lagen om högkostnadsskydd omfattas inte av LOU. Landstingens anskaffning av läkemedel gör det (prop. 1996/97:27, sid. 88 - 89). Huvudfrågan är således om den omständigheten att RFV fastställer ett försäljningspris på läkemedel till ledning av beräkningen av högkostnadsskydd innebär att RFV därmed även får bestämma ett inköps- eller anbudspris som inte får underskridas vid landstingens upphandling av läkemedel enligt LOU. NOU anser att de två nämnda lagarnas syften måste hållas isär. RFV skall enligt lagen om högkostnadsskydd fastställa underlaget för beräkning av högkostnadsskyddet för patienter inom öppenvården med höga sammanlagda kostnader vid köp av läkemedel och vissa andra varor. Denna lagstadgade uppgift kan enligt NOU:s mening inte innebära att RFV har rätt att sätta bestämmelserna i

LOU ur spel genom att ingripa i en upphandlande enhets, dvs. ett landstings, faktiska upphandling av läkemedel inom den slutna vården eller påverka anbudsgivarnas anbudspris. Även om RFV har till uppgift att begränsa pris- och kostnadsutvecklingen för läkemedelsförmånen, bör detta inte styra läkemedlens pris i andra sammanhang. Att medge större rabatter på en delmängd än på den totala volymen kan visserligen, som RFV påpekat, synas vara tveksamt från affärsmässig och samhällsekonomisk synpunkt, men är ofta resultatet av en fri konkurrenssituation och kan ev. utnyttjas i nästkommande förhandlingar. RFV gör dock ingen egen anskaffning och tecknar inte heller något ramavtal för någon annans del. Att vidta 'kännbara åtgärder' mot leverantörerna, såsom att avföra en produkt ur rabattsystemet, förefaller försvarbart bara om detta sker av anledning som täcks av lagen om högstkostnadsskydd. Den omständigheten att landstingen vid upphandling för slutenvården kan erhålla läkemedel till ett annat pris än det av RFV fastställda för öppenvården ändrar inte NOU:s bedömning."

NOU ansåg att RFV:s roll borde preciseras och de ovan anförda omständigheterna beaktas vid en kommande lagreglering av läkemedelsförmåner och läkemedelsförsörjning.

## Upphandling av ventilationskontroll

*Frågorna i ärendet gällde vissa formuleringar i förfrågningsunderlaget beträffande krav och utvärderingskriterier samt huruvida en uppgift om "uppskattad totalkostnad" kunde läggas till grund för utvärderingen. (NOU:s diariernr 154/97-26)*

NOU har i yttrandet uttalat bl.a. följande. "Lagtexten i 6 kap. 12 § LOU innehåller uttrycket '...samtliga omständigheter såsom...'. Detta är nödvändigt, eftersom lagbestämmelsen innehåller exempel på de krav som en upphandlande enhet får ställa. Vid utformningen av ett förfrågningsunderlag får den upphandlande enheten emellertid inte använda orden 'såsom' eller 'som'. Enheten förutsätts vid denna tidpunkt ha fastställt alla kriterier och krav och uppräknningen skall därför vara uttömmande. Kriterierna skall vidare 'om möjligt' anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först. Detta betyder, enligt NOU:s uppfattning, att rangordningen får undvaras endast om sådan inte är möjlig att göra. Bestämmelsens syfte är 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 förutsebart och anbudsgivare och anbud skall behandlas lika och rättvist."

NOU ansåg att ordvändningen "...kriterier som..." samt angivelsen att "anbud som ej följer anbudsförutsättningarna kan komma att förkastas" ger sken av att även andra än de angivna kriterierna kunde läggas till grund för utvärderingen och att kommunen förbehållit sig rätten att anta anbud som inte uppfyller alla ställda krav. NOU föreslog därför att kommunen i fortsättningen klart anger vilka krav och kriterier som gäller och att anbud som inte uppfyller samtliga anbudsförutsättningar kommer att förkastas.

I en bilaga till förfrågningsunderlaget angavs att "anbudet skall omfatta timpris inkl resor, instrument samt en uppskattad totalkostnad." NOU:s uppfattning är att formuleringen inte kunde uppfattas på annat sätt än att anbudsgivarna skulle lämna ett bindande timpris inklusive resor och instrument och mot bakgrund av egen



kunskap, utrustningens kapacitet, de anställdas kunnighet, lokalkännedom m.m. göra en uppskattning av den behövliga sammanlagda tidsåtgången. Därtill krävs dock vissa grundläggande uppgifter som enligt NOU:s uppfattning saknades. Dessutom angavs att anbud kunde lämnas på delar av byggnadsbeståndet. Några uppgifter om förväntad genomsnittlig arbetstidsåtgång fanns inte angivna. Av kommunens sammanställning över de inkomna anbuden framgår att anbudsgivarna har gjort synnerligen olikartade och översiktliga bedömningar, trots att tidsåtgången beräknats i huvuddrag motsvara lagstadgade krav på funktionskontrollens genomförande. Flera anbudsgivare angav sig behöva upp till tre gånger så lång tid att genomföra samma arbetsuppgifter som den som angivit den lägsta tidsåtgången.

Förhållandet mellan priset och de andra kriterierna var vidare inte belyst.

NOU ansåg att "kommunen under dessa förhållanden inte borde ha lagt uppgiften om *uppskattad* totalkostnad till grund för anbudsutvärderingen och att den inte borde ha betraktat denna som ett fast totalpris, i synnerhet som inte alla anbudsgivarna underrättats om detta förhållande och gets en chans att göra en realistisk, på fakta baserad, bedömning av den behövliga tidsåtgången.

En upphandlande enhet skall givetvis sträva efter att som leverantör välja en anbudsgivare som erbjuder rätt mängd och kvalitet av den upphandlade varan eller tjänsten till den lägsta totalkostnaden. I en situation som den förevarande är en uppgift om timkostnad utan en motsvarande uppgift om den bedömda tidsåtgången föga vägledande."

Ett krav på ett bindande fast totalpris måste emellertid, i likhet med övriga utvärderingskriterier, framgå tydligt av förfrågningsunderlaget. Att så inte varit fallet i ärendet framgick av de "olika uppfattningarna" som kommunens arbetsgrupp har haft. Diskussionerna angående dessa uppfattningar tycks dessutom ha försenat kommunens beslut om leverantör tills giltighetstiden för anbuden gått ut, vilket inte är etiskt försvarbart.

## Förhandling - komplettering – dokumentation

*Fråga om det vid en förhandlad upphandling (enligt 4 kap.) LOU är tillåtet att begära in kompletteringar från endast en av anbudsgivarna, om det vid förhandling får ske en ändring av förutsättningarna jämfört med förfrågningsunderlaget samt om kravet på dokumentation vid en muntlig begäran om komplettering. (NOU:s diariernr 227/97-26)*

NOU framhöll i sitt yttrande, rörande en upphandling som gjorts av Banverket, att förhandlad upphandling lätt kan bli en källa till diskriminering om den upphandlande enheten inte noggrant beaktar principerna om lika och rättvis behandling av leverantörerna samt upphandlingsprocessens förutsebarhet och öppenhet. Förhandlingar kräver särskild kompetens hos köparen och är både tidsödande och resurskrävande, eftersom de på ett rättvist och icke-diskriminerande sätt skall upprepas med olika anbudsgivare. Ett hjälpmedel i arbetet kan enligt NOU:s uppfattning vara att upprätta en förhandlingspromemoria eller -protokoll. Det är också viktigt att understryka att förhandlad upphandling inte kan ersätta kravet på fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag. Förhandlingen får inte användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna skall inte behöva

vara osäkra på vad den upphandlande enheten efterfrågar. Förhandlingarna får inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativa utföranden, vilka inte rymms inom den av förfrågningsunderlaget angivna ramen.

EG-kommissionen har, angående övergång till förhandlad upphandling enligt *varudirektivet*, framhållit att det skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen och principen om förutsebarhet/öppenhet att utesluta de anbudsgivare, vars anbudspriser överstiger ett visst belopp och förhandla endast med de återstående. Det skulle nämligen vara omöjligt att fastställa huruvida de uteslutna anbudsgivarna skulle ha uppfyllt kriterierna i förfrågningsunderlaget, om de hade beretts samma möjlighet som de övriga att förhandla (se *NOU info 96*, sid. 10).

Om enheten har motiv för att upphandlingen skall genomföras med förhandlingar, kan enheten däremot förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. Det är dock viktigt att enheten genom förhandlingarna inte *väsentligt* ändrar förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara, entreprenad eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget, inklusive kravspecifikationen.

NOU ansåg det "med hänsyn till ovannämnda principer om lika och rättvis behandling normalt oacceptabelt att en anbudsgivare, som före den slutliga korrigeringen inte ens haft det lägsta priset, uppmanas att ytterligare en gång se över prisbilden samtidigt som övriga anbudsgivare inte ges motsvarande tillfälle att justera sina priser eller villkor i anbudet. Ett sådant handlande skulle dock vara tillåtet under förutsättning att anbudsgivaren redan vid denna tidpunkt till följd av andra bedömningskriterier, dvs. oavsett ytterligare prisnedsättning, framstod som den bästa eller enda tänkbara leverantören. Denna förutsättning förefaller inte ha förelegat i förevarande fall."

Anledningen till och lydelsen av för upphandlingens utgång avgörande åtgärder, såsom en muntlig begäran om komplettering, bör självfallet dokumenteras, åtminstone som en tjänsteanteckning. NOU uppmärksammade särskilt att Banverket, som i stort tycktes ha dokumenterat upphandlingsprocessen ganska väl, inte gjort detta beträffande de sista viktiga stegen inför det slutliga beslutet om leverantör. NOU ansåg det "viktigt att Banverket noggrant dokumenterar sina upphandlingsärenden och iakttar EG-rättens principer om likabehandling och 'transparency'. Den senare innebär bl.a. att upphandlingens olika faser skall vara förutsebara och att ingenting sker i det fördolda."

## Behörighet att avge anbud

*Fråga om en upphandlande enhet kan förkasta ett anbud som inte är undertecknat av behörig firmatecknare. (NOU:s diarienumr 281/97-26)*

NOU har yttrat sig i ett ärende, där Strömstads kommun infordrat anbud avseende skötsel av en bilparkering med tillhörande passagerartrafik. Det anbud som gav kommunen den *högsta* ersättningen för upplåtelsen av parkeringen skulle enligt förfrågningsunderlaget antas, eftersom upphandlingen kopplats till ett arrende avseende det markområde på vilket parkeringen var belägen.

Anbud inlämnades bl.a. av en enskild firma undertecknat av en person, som inte var angiven som firmatecknare i registreringsbeviset. Kommunen förkastade an-

budet på den grunden att det inte var undertecknat av behörig firmatecknare. Anbudet innefattade enligt anbudsförteckningen den högsta ersättningen för kommunen.

NOU framhöll följande i sitt yttrande. ”I lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) anges att t.ex. en anställd kan inneha s.k. ställningsfullmakt: 'Där någon såsom anställd i annans tjänst eller eljest i följd av avtal med annan intager en ställning, varmed enligt lag eller sedvänja följer viss behörighet att handla å dennes vägnar, anses han hava fullmakt att företaga rättshandlingar, som falla inom gränserna för denna behörighet.' En anställd kan vidare på grund av en delegationsordning eller andra tjänsteföreskrifter inom ett företag äga behörighet att avge anbud i företagets namn.

Att anbud inlämnas och undertecknas med stöd av ställningsfullmakt och att upphandlande enheter anser sig kunna förlita sig på att den som undertecknat anbudet innehar den behörighet som en sådan fullmakt medför, torde vara vanligt förekommande. Ofta görs en mer noggrann behörighetskontroll med den vinnande leverantören vid avtalsundertecknandet.

Önskar den upphandlande enheten att det redan av anbudet skall framgå att den som undertecknat anbudet hade den behörigheten, måste detta klart framgå av förfrågningsunderlaget, så att anbudsgivarna informeras om att de till sina anbud skall foga samtliga de handlingar som utvisar behörigheten för den som undertecknat anbudet.

Förkastas ett anbud på grund av att behörigheten inte styrkts i anbudet och utan att kravet enligt ovan angivits i förfrågningsunderlaget, riskerar den upphandlande enheten således att förkasta ett giltigt anbud.”

Enligt 6 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande enhet medge att ett anbud förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

NOU gjorde den bedömningen att, ”med hänsyn till att kommunen inte i förfrågningsunderlaget angett att behörigheten hos den som undertecknat anbudet skulle styrkas genom fullmakt eller på annat sätt, borde kommunen ha utrett dennes behörighet och inom ramen för vad som stadgas i 6 kap. 8 § andra stycket LOU medgett att anbudet kompletterats med behörighetshandlingar. Utan att sålunda ha förvissat sig om att anbudet var undertecknat av behörig firmatecknare hade kommunen inte bort förkasta anbudet.”

Som en ytterligare kommentar till ärendet kan noteras att det enligt NOU:s mening i allmänhet saknas anledning att för varje anbud i en upphandling kontrollera behörigheten hos den som undertecknat anbudet. Det kan vara en lämplig rutin att inskränka sådan kontroll till den eller de anbudsgivare som vunnit upphandlingen. Kontrollen görs då lämpligen i anslutning till kontraktsskrivningen. Ett sådant förfarande har vidare den fördelen att huvudmannen bereds tillfälle att i efterhand godkänna en åtgärd som en fullmäktig, t.ex. en säljare, företagit utan att ha ägt behörighet till det (s.k. ratihabition). Genom ett sådant godkännande försätts huvudmannen i samma position som om fullmäktigen vidtagit åtgärden med rätt behörighet.

## Ändrad anbudsgivare

*Ifrågasatt identitet mellan det bolag som lämnat anbud och det som antagits som leverantör. NOU:s diarienumr. 42/97-26*

Enligt anbudsförteckningen rörande en förenklad upphandling som Statens in-  
vandrarverk (SIV) gjort har anbud inkommit från bl.a. bolaget A. Anbudet är  
emellertid skrivet på brevpapper från B med visst angivet organisationsnummer. B  
nämns också på flera ställen i anbudet som det bolag, som lämnat anbudet. På ett  
ställe i anbudet och i en bilaga till detsamma anges dock att anbudsgivaren är Ak-  
tiebolaget C under namnändring till Aktiebolaget D med ett annat organisations-  
nummer än det B haft. Anbudet är undertecknat av en fysisk person som tillträtt  
bolaget D först efter tidpunkten för anbudets inlämnande. Bolaget D har antagits  
som leverantör.

NOU har anfört att "som huvudregel gäller att bara ett bolag som lämnat in anbud  
före anbudstidens utgång kan tilldelas kontraktet. Detta framgår av bl.a. ett avgö-  
rande av Kammarrätten i Sundsvall (dom den 19 mars 1997 i mål nr 106-1997).  
Kammarrätten har där angivit att det synes strida mot LOU:s bestämmelser att vid  
en förhandlad upphandling utesluta ett aktiebolag och låta ett annat (ombildat)  
bolag inta dess plats i upphandlingen. Vid en förenklad upphandling, som den  
aktuella utför den upphandlande enheten inte någon sådan kvalificering av an-  
budsgivare såsom vid en selektiv eller förhandlad upphandling över tröskelvärde-  
na. Kvalificerings- och anbudsutvärderingsfaserna kan vid förenklad upphandling  
ske parallellt. Detta innebär dock inte att en upphandlande enhet vid en förenklad  
upphandling får förhandla med och anta ett anbud från ett bolag, som inte är iden-  
tiskt med det som lämnat anbud."

Enligt NOU:s mening framgick det inte "med all tydlighet" att det var bolaget D  
som lämnat in anbudet. Det kunde dock ha funnits andra, inte dokumenterade,  
upplysningar (t.ex. inköspersonalens kännedom) om förhållandena som medför-  
de att någon tvekan om anbudsgivarens identitet och anbudsgivarens bundenhet  
vid anbudet inte rådde.

NOU påpekade dock att "anbudsgivarens identitet spelar en helt avgörande roll  
vid bl.a. referenstagning, kontroll enligt 6 kap. 9 § LOU och senare vid trygghand-  
andet av leveranser, ansvar för utfört arbete och betalning med befriande verkan till rätt  
leverantör. NOU anser därför att en situation som den förevarande, med flera an-  
givna bolagsnamn och organisationsnummer, borde ha föranlett att den upphand-  
lande enheten gjort en utredning och fattat ett särskilt beslut om det var /företagen  
A, B, C eller D/ som lämnat in anbudet och huruvida det kommit in i rätt tid. Ut-  
redningen och beslutet jämte allt annat som förekommit av betydelse vid anbuds-  
prövningen skulle ha dokumenterats (6 kap. 13 § LOU). Mot bakgrund av den  
bristande dokumentationen kan det skäligen ifrågasättas om SIV utfört en fullgod  
kontroll av den aktuella anbudsgivaren och inhämtat referenser och utfört kontroll  
enligt 6 kap. 9 § LOU avseende rätt bolag."

## Rättsfall

### EG-domar

### *Inget mål om VM-stadion i EG-domstolen*

Efter kommissionens beslut att väcka talan i EG-domstolen mot Frankrike för brott mot direktiv 93/37/EEG vid byggnation av ett fotbollsstadion i Paris (se *NOU-info okt-97*) togs nya kontakter mellan kommissionen och Frankrike. Dessa ledde till att den klagande fick upprättelse och drog tillbaka sin talan. Vidare gjorde de franska myndigheterna ett tillägg till kontraktet som innebar att en klausul om lokala preferenser, som kritiserats av kommissionen, togs bort.

Slutligen medgav den franske Europaministern formellt i ett brev i mars 1998 att det förekommit en överträdelse och att han själv skulle tillse att gemenskapsreglerna följs vid ytterligare upphandlingar inom ramen för projektet.

Med hänsyn till dessa omständigheter beslöt kommissionen i april 1998 att avsluta ärendet.

## Mål i Regeringsrätten

### *Anskaffning av tjänster i samband med överlåtelse av rörelse*

Regeringsrätten har den 25 mars 1998 (mål nr 1399-1997 och 2006-1997) beslutat att avslå landstingets överklagande av Kammarrättens i Göteborg beslut att visa målet åter för prövning till länsrätten. Målet rörde överlåtelse av en av landstinget ägd tvätterifastighet samt maskiner och inventarier, lager, know-how, fordringar, textilier tillika med förefintliga tvättavtal och övriga avtal. Landstinget garanterade bl.a. att det från tillträdesdagen skulle komma att köpa tvättjänster från förvärvaren till ett visst angivet belopp och garanterade också att en viss tvättvolym skulle överföras till tvätteriet. Regeringsrätten har inhämtat yttrande från NOU. I de delar som tagits upp i Regeringsrättens beslut skiljer sig rättens bedömning inte från den som NOU gjort i sitt yttrande. Regeringsrätten finner i beslutet att överenskommelsen innefattade upphandling av tvättjänster. Sådana tjänster är att hänföra till avdelning B i den till LOU fogade bilagan med förteckning av tjänster. Såsom kammarrätten funnit, är LOU tillämplig på överenskommelsen.

Regeringsrätten anser vidare att uttalanden i förarbetena synes ge uttryck för att ett påbörjat formbundet upphandlingsförfarande skulle vara en förutsättning för talan enligt 7 kap. 1 § LOU (prop 1992/93:88 sid. 101). Detta uttalande ger emellertid enligt Regeringsrättens uppfattning inte stöd för en tolkning som innebär att en direktupphandling inte skulle kunna angripas med stöd av LOU. Regelsystemet får tvärtom anses förutsätta att så kan ske (jämför de principer som kommit till uttryck i rådets direktiv 89/665 EEG artikel 1 p. 3).

Landstinget har gjort gällande att, i den mån LOU skulle anses tillämplig på överenskommelsen, den i 7 kap. 1 § andra stycket LOU angivna tidsfristen för domstol att pröva ansökan har löpt ut. Regeringsrätten uttalar att avtal inte kan anses ha slutits och beslut om leverantör inte ha fattats förrän landstingsfullmäktige godkänt överenskommelsen. Detta hade inte skett inte när kammarrätten fattade det överklagade beslutet om återförvisning eller när länsrätten beslutade om inhibition.

### *Regeringsrätten uttalar sig inte om begreppet upphandlande enhet*

NOU informerade i *NOU info mars -97*, sid. 4 om att Kammarrätten i Göteborg i

ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen uttalat att ett kommunalt bostadsbolag inte är en upphandlande enhet. Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd i målet (mål nr 1323-1997) varför kammarrättens dom står fast. NOU vill dock påpeka att Regeringsrättens beslut inte nödvändigtvis betyder att Regeringsrätten delar kammarrättens uppfattning utan lika gärna kan tolkas på så sätt att den lagstiftning (dvs. de lagändringar) som trätt i kraft den 1 januari 1998 gör ett ytterligare klagörande från Regeringsrättens sida överflödigt. NOU vill samtidigt erinra om att den nuvarande lydelsen av 1 kap. 6 § LOU enligt regeringen och riksdagen inte utgör någon ändring av tidigare gällande begrepp utan skall ses som ett *förtydligande* i syfte att uppnå bättre överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv (prop. 1996/97:153 sid. 53).

### Mål i kammarrätt och länsrätt

- Den länsrättsdom (214-98E) som refererades i NOU info mars -98 och som avser en upphandling av uppförande och drift av friskvårdsanläggningar har vunnit laga kraft. Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.
- Länsrätten i Dalarnas län har i ett avgörande (2178-97) slagit fast att ett företag som kan komma ifråga endast som underentreprenör inte kan betraktas som leverantör enligt LOU och företagets ansökan om överprövning avvisades. Kammarrätten i Sundsvall har fastställt länsrättens beslut (2113-97) och Regeringsrätten har beslutat (1132-98) att inte meddela prövningstillstånd.
- Länsrätten i Göteborg har i en dom (2044-98) beslutat att en öppen upphandling av linjetrafik med buss i Göteborg genomförd av Göteborgs kommun skall göras om. Domen har överklagats till Kammarrätten i Göteborg och NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

I förfrågningsunderlaget fanns krav på övertagande av personal, fordon, gaskompetens och gasinfrastruktur.

Länsrätten finner att Trafiknämnden inte har haft stöd i lagen om anställningsskydd att föreskriva i förfrågningsunderlaget att den nye trafikutövaren var skyldig att övertaga avlämnande trafikutövares personal. Ur domen kan läsas att "Villkoret måste anses strida mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att det inte ger anbudsgivarna frihet att använda den egna organisationens kompetens".

Länsrätten uppger att "en upphandlande enhet får inte i en upphandling som villkor kräva att leverantören övertar befintlig utrustning eller befintliga lokaler om detta kan betraktas som diskriminering av inhemska eller utländska leverantörer. Däremot kan den upphandlande enheten naturligtvis erbjuda anbudsgivarna att de frivilligt, mot särskild betalning, kan få överta utrustning och lokaler. Leverantörerna skall ha möjlighet att konkurrera på lika villkor. Det är viktigt att inte gynna eller missgynna leverantörer på ett konkurrenssnedvridande sätt".

Länsrätten finner vidare att av Trafiknämndens uppsatta villkor om övertagande av gaskompetens och gasinfrastruktur inklusive gasbussar måste anses strida mot de krav på affärsmässighet och likabehandling av anbudsgivare som gäller enligt LOU.

- Länsrätten i Västerbottens län har meddelat en dom (704-98E) avseende en förenklad upphandling av grävmaskintjänster genomförd av Norsjö kommun. Domstolen har förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts. Domen har vunnit laga kraft och kommer att refereras och kommenteras i nästa *NOU info*.
- Länsrätten i Skåne län har i en dom (1373-98E) beslutat att Malmö Högskola skall vidta rättelse av ett visst upphandlingsförfarande på så sätt att urvalet av anbudssökande skall göras om med iakttagande av affärsmässighet och objektivitet och att upphandlingen får fortsätta först sedan rättelse gjorts. Domen har vunnit laga kraft.

Upphandlingen genomfördes med ett selektivt förfarande och avsåg bl.a. el-projektering för bibliotek m.m. för Malmö Högskola. I förfrågningsunderlaget hade angivits att fem anbudssökande per yrkeskategori skulle inbjudas att lämna anbud. I förevarande ärende inkom elva ansökningar. Efter kontroll och prövning av inkomna uppgifter bedömdes att tio anbudssökande var kvalificerade. Eftersom antalet kvalificerade anbudssökande översteg det i underlaget angivna antalet anbudssökande som skulle inbjudas att lämna anbud, genomfördes ett protokollfört lottningsförfarande för att urskilja fem anbudsgivare.

Malmö Högskola har anfört att vid selektivt förfarande skall från kretsen av kvalificerade anbudssökande det efterfrågade antalet urskiljas genom annat förfarande än ytterligare prövning av anbudssökandena. Malmö Högskola har därvid gjort bedömningen att det mest objektiva och minst diskriminerande tillvägagångssättet är att genom ett lottningsförfarande urskilja anbudsgivarna.

Länsrätten uppger följande. "Vid selektiv upphandling skall den upphandlande enheten göra urvalet bland kvalificerade leverantörer som lämnat anbudsansökan. Urvalet skall ske på objektiva grunder. Anledningen till urvalet av anbudssökande och vilka anbudssökande som inte vunnit framgång och anledningen till det skall dokumenteras i en rapport". Länsrätten konstaterar vidare att 1 kap. 4 § LOU om att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och att anbud och anbudsgivare skall behandlas utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt och utan diskriminering, gäller även vid selektiv upphandling.

Länsrätten uppger vidare "Begreppet affärsmässighet och objektivitet innefattar enligt länsrättens mening att det icke är tillräckligt att den upphandlande enheten använder det minst diskriminerande urvalsförfarande vid val av vilka leverantörer som kan komma ifråga vid det slutliga upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten har i stället att följa ett förfarande som inte är diskriminerande och byggt på enbart affärsmässiga grunder. Enligt länsrättens mening tillgodoser ett lottningsförfarande inte kraven på objektivitet och affärsmässighet vid upphandling".

*NOU:s kommentar.* I de kommentarer<sup>1</sup> som Kommissionen har utfärdat till EG:s s.k. klassiska upphandlingsdirektiv anges att den upphandlande enheten,

---

<sup>1</sup> Guide to the Community rules on public procurement of supply contracts, sid 45, Guide to the Community rules on public procurement of services, sid 48 och Guide to the Community rules

i de fall antalet kvalificerade anbudssökande överstiger det antal enheten angett i annonsen, skall välja de anbudssökande som bäst uppfyller de ställda kraven. Om inget antal angetts i annonsen, måste enheten inbjuda samtliga kvalificerade anbudssökande som lämnat en korrekt ansökan.

- Länsrätten i Skåne län har i en dom (4641-98E) beslutat att en upphandling genomförd av Malmöhus läns landsting avseende tvätteritjänster skall göras om. Tiden för ett överklagande har, då detta skrivs, inte löpt ut.

Av domen framkommer att anledningen till att Malmö läns landsting avser förlänga avtalet med nuvarande leverantör är att en gemensam upphandling skall göras av tvätteritjänster för hela "Region Skåne". Förutsättningen för detta uppges vara att avtalstiderna hos de tre nuvarande sjukvårdshuvudmännen avslutas samtidigt, vilket är skälet till önskemålet om förlängning av avtalstiden t.o.m. den 31 december 1998. Förlängningen avser en tid om fyra kalendermånader och, enligt domen, har landstinget uppgivit att kostnaderna för ett eventuellt byte av leverantör inte står i rimlig proportion till eventuella ekonomiska vinster under denna korta period.

Länsrätten uppger att det förhållandet att en förhandling om förlängning av avtal om tvätteritjänster inletts mellan avtalsparterna innebär att en upphandling inletts. Enligt vad som framgår av handlingarna är det inte fråga om lågt värde på upphandlingen. Direktupphandling får således inte ske på sådan grund. Inte heller utgör de omständigheter som landstinget anfört sådana synnerliga skäl som avses i 6 kap. 2 § LOU. Då den inledda upphandlingen av tvätteritjänster inte skett enligt reglerna i LOU och den klagande därigenom lidit eller kan komma att lida skada, skall upphandlingen göras om.

## Miljö

### Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling

*NOU har på uppdrag av regeringen analyserat konsekvenserna av de förändringar i Romfördraget som Amsterdamfördraget medför beträffande eventuellt vidgade möjligheter att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. I rapporten analyseras också konsekvenserna på området av den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat. Rapporten finns på NOU:s hemsida.*

Av rapportens sammanfattning framgår följande.

”NOU har samrått med Kommerskollegium och konsulterat professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi.

När det gäller betydelsen av Amsterdamfördraget för möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling kan det konstateras att ändringarna inte har förändrat denna möjlighet för upphandlande enheter på ett markant sätt.

Amsterdamfördragets största förtjänst vad gäller offentlig upphandling ligger kanske

---

on public works contracts, sid 52. Observera att kommentarerna har anmärkningen: "This Guide has no legal value and does not necessarily represent the official position of the Commission"



i den möjlighet som det har skapat för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven om offentlig upphandling. Integrationsprincipen<sup>\*)</sup> kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för offentlig upphandling.

Reglerna om uteslutning av anbudsgivare som begått brott i yrkesutövningen eller som begått annat allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap. 17 § 1 st. tredje respektive fjärde punkten LOU kan tillämpas på miljöbrott och allvarliga fel i miljöhänsende.

Möjligheten att ställa miljökrav vid kvalificeringen av anbudsgivare är enligt NOU:s bedömning utomordentligt begränsad. Sådan bedömning skall begränsas till en prövning av anbudsgivarnas lämplighet med hänsyn till deras tekniska förmåga och kapacitet samt deras ekonomiska och finansiella ställning.

Enligt NOU:s mening torde krav på EMAS-registrering eller krav på uppfyllande av kriterierna för sådan registrering inte kunna förenas med reglerna för offentlig upphandling. Likaså bedömer NOU att krav att leverantören skall ha antagit en miljöpolicy är oförenligt med gemenskapsrätten.

Det är NOU:s uppfattning att miljöfaktorer kan tillmätas betydelse vid val av det mest fördelaktiga anbudet endast under förutsättning att det föreligger ett samband mellan miljökraven och föremålet för upphandlingen samt att utvärderingskriterierna framgått av annons eller förfrågningsunderlag.

EG-direktiven om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser. I enlighet med resonemanget ovan är det endast möjligt att ställa krav på tillverkningsprocesser då dessa har betydelse för slutproduktens egenskaper.

GPA förefaller tillåta att tillverkningsprocesser inkluderas i kravspecifikationen under förutsättning att dessa inte diskriminerar produkter från andra stater.

Mahmoudi anför visst stöd för att GPA skulle kunna ges företräde (framför EG-direktiven, vår anm.). Enligt NOU:s mening måste dock en upphandlande enhet som vill vara säker på att följa båda regelverken välja att anpassa sig till de strängaste reglerna, vilka i detta fall utgörs av EG-direktiven. Kommerskollegium anser att EG-direktiven skall ha företräde gentemot GPA.

Ett sätt för upphandlande enheter att ställa krav på tillverkningsprocesser som måhända kan accepteras är såvitt NOU kan bedöma att ställa krav på att en vara skall vara märkt med det europeiska miljömärket (EU-blomman).

I enlighet med Beentjes-domen föreligger visst utrymme att uppställa tillkommande villkor som inte utgör kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. I grönbocken synes domen tolkas så, att krav avseende vissa sociala hänsyn skulle kunna uppställas och i en upphandling vara utslagsgivande under vissa förutsättningar medan krav i andra avseenden bl.a. miljöhänsyn inte skulle kunna ligga till grund

---

<sup>\*)</sup> Se Romfördraget, art. 130 r andra stycket, som ändrades genom Maastrichtfördraget. Enligt den ändrade artikeln skall miljöskyddskraven integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik.

för uteslutning.”

Vid sammanträde som NOU haft med kommissionens tjänstemän har dessa emellertid framhållit att avsikten i Grönboken inte varit att göra åtskillnad mellan tillkommande villkor som utgör sociala hänsyn och sådana som utgör miljöhänsyn. Samma möjlighet att beakta miljöhänsyn som sociala hänsyn skulle därför föreligga.

Slutligen kan följande hämtas ur rapporten.

”Enligt NOU:s bedömning kan inom ramen för en upphandling krav inte ställas på leverantören att föremålet för upphandlingen skall transporteras på visst miljövänligt sätt. För den upphandlande enhet som önskar transport på miljövänligt sätt, kan i stället en separat upphandling av själva transporttjänsten göras.”

## **NOU:s nyhetsbrev mars 1998 - är det sista som distribueras per post utan kostnad för de upphandlande enheterna.**

*NOU info* finns på vår hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)) och kan också beställas från Fritzes, se rutan på nästa sida.

Hemsidan är väl värd ett besök, tycker vi. Här återfinns det mesta av NOU:s information - även en bit bakåt i tiden - viktigare yttranden, remissvar, avrapporterade regeringsuppdrag m.m. Exempelvis finns NOU:s utvärderingsrapport om LOU:s effekter, svaret på Riksdagens Revisorers rapport om offentlig upphandling samt rapporten över regeringsuppdraget om kommuners köp från sina bolag. De sistnämnda rapporterna refereras även kort i detta nyhetsbrev. Vi har också en hel del länkar av intresse, t.ex. till Europeiska Kommissionens meddelande med anledning av svaren på grönboken om offentlig upphandling. Även den refereras kort i nyhetsbrevet.

Efter en beklaglig försening kommer de svenska blanketterna för annonsering att finnas på plats som länk från hemsidan före påsk.

Som en allmän orientering om vad som händer på upphandlingsområdet kan nämnas

- att* Delegationen för en ekologiskt hållbar upphandling bildats (se sid. 22),
- att* en PM från Finansdepartementet (1998-03-20) om ändringar i lagen om offentlig upphandling just utsänts på remiss till ett mycket begränsat antal organisationer (syftet med den avsedda lagändringen är att införliva de nya ändringsdirektiven om offentlig upphandling (97/52/EG samt 98/4/EG) som en följd av GPA,
- att* en översyn av 6 kap. LOU samt NOU aviserats av Regeringen att påbörjas under våren,
- att* den statliga inköpssamordningen kommer att ledas från Kammarkollegiet,
- att* Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor bildats på Närings- och handelsdepartementets område (rådet skall främst ta hand om klagomål mot att anbud som lämnats från egenregiverksamhet inte anses konkurrera på lika villkor med anbud från utomstående leverantörer), samt
- att* ytterligare ett antal upphandlande enheter är föremål för Kommissionens granskning. Bland dessa finns två enheter som tagit lokala hänsyn vid utvärderingen av anbud.

NOU har i sitt regleringsbrev för 1998 uppmanats att minska ambitionsnivån beträffande "den individuella rådgivningen". Vi beklagar neddragningen och de ökade väntetiderna i telefon, men hoppas naturligtvis att vår hemsida i någon utsträckning kan kompensera detta. Kanske bör vi överväga ett 071-nummer framdeles. De upphandlande enheter som är i ständigt behov av NOU:s telefonservice bör dock överväga att upphandla lämplig advokat/konsult på området.

Hälsningar

Margareta Hentze

PS. Även med detta nyhetsbrev har vi fått hjälp av Birgitta Hedlund, som annars lämnat oss för den äventyrliga konsultvärlden efter att ha varit med oss i stort sett sedan starten för nästan exakt fem år sedan. Tack Birgitta för gott samarbete och Lycka till!

## Innehåll

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
Nya förordningar	3
Tillämpning av LOU	3
Begreppet upphandlande enhet	3
Annonsering över tröskelvärdena	4
De svenska blanketterna på Internet	4
Avtal, avtalstider m.m.	4
Utnyttjande av ett avtals dröjsmålsklausuler m.m.	4
Statistik	5
Upphandlingar över tröskelvärdena	5
Upphandlingar under tröskelvärdena	8
Statistik för 1997	10
NOU:s ärenden och yttranden	11
Etniska antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal	11
Upphandling av administration av turistbyråauktorisering	11
Effektivare statlig inköpsamordning	12
Riksdagens revisorers rapport om offentlig upphandling	13
Regeringsuppdrag avseende köp från kommunala bolag m.m.	14
Branschsaneringsutredningen - remissvar	16
Referenser vid upphandling	16
Rättsfall	18
EG-domar	18
<i>Begreppet upphandlande enhet m.m.</i>	18
Mål i kammarrätt och länsrätt	19
Skadeståndsmål vid allmän domstol	22
Miljö	22
Regeringsuppdrag	22
Delegation för ekologiskt hållbar upphandling	23
Övrigt	23
Kommissionens meddelande med anledning av på Grönboken	23

### *NOU info*

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012, 103 11 Stockholm  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81  
Webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se)

Utgivare: Margareta Hentze

*NOU info* utkommer med fyra nummer per år

Ca 4 000 upphandlande enheter erhåller ett exemplar av *NOU info mars -98* kostnadsfritt

Prenumeration: Fritzes kundtjänst, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 90  
Telefax: 08 - 690 91 91  
Pris: 220 kronor exkl. moms

Tryck: Militära servicekontoret, Stockholm

Det är tillåtet att kopiera innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan, t.ex. "*NOU info mars -98*"

## LOU - lagen om offentlig upphandling

### Nya förordningar

NOU informerade i december om att nya tröskelvärdena skulle gälla från och med den 1 januari 1998. En förordning (1998:59) om ändring i förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling har nu kommit och träder i kraft den 1 april 1998. I förordningen anges samma värden, men avrundade nedåt till hela tusental, nämligen

#### *Tröskelvärdena uttryckta i SEK*

Byggentreprenader	43 214 000
Varor och tjänster	
○ <i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	3 457 000
- <i>telesektorn</i>	5 185 000
○ <i>Statliga myndigheter</i>	1 157 000
○ <i>Övriga upphandlande enheter</i>	1 728 000
Förhandsannonsering (varor och tjänster)	6 482 000

Regeringen har utfärdat ytterligare två av förordningarna enligt 7 kap. 15 § LOU. Förordning (1998:77) om annonser enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och förordning (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling. Dessa träder i kraft den 15 april 1998.

Förordningen om skriftliga bevis kommer sannolikt senare under våren.

## Tillämpning av LOU

### Begreppet upphandlande enhet

EG-domstolen har i ett nyligen avgjort mål (se sid 17) behandlat en fråga från en österrikisk domstol som gällde huruvida ett företag, vars verksamhet till största delen bestod i ren affärsverksamhet, skulle följa direktivet (93/37/EEG) vid upphandling av en byggentreprenad. Företaget hade dock bildats i syfte att framställa vissa officiella administrativa handlingar, varför det enligt EG-domstolen skulle anses utgöra en upphandlande enhet enligt direktivet.

Regeln i 1 kap. 6 § LOU att termen upphandlande enhet omfattar bolag, föreningar etc som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär... medför således enligt EG-domstolen att, om enbart en mindre del av företagets verksamhet omfattas av bestämmelsen och den större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell karaktär skall ändå bestämmelserna tillämpas fullt ut på bolagets hela verksamhet.

I domen behandlades också huruvida ett dotterbolag till det ovan nämnda företaget skulle omfattas av direktiven. Bolaget bedrev ren affärsverksamhet och förklarades

därför inte omfattas av direktiven. Att det bildats av en upphandlande enhet och mottagit medel som kunde hänföras till moderbolagets icke-kommersiella verksamhet ändrade inte förhållandet.

Vidare förklarades att det förstnämnda företaget inte kunde överlåta rättigheter och skyldigheter i upphandlingskontraktet till ett privat företag med den verkan att direktivet upphörde att gälla. Detta förutsatte enligt domstolen att projektet från början omfattats av mottagarens verksamhet och att kontraktet tilldelades av den upphandlande enheten för mottagarens räkning.

## Annonsering över tröskelvärdena

### De svenska blanketterna på Internet

Efter flera års väntan finns nu annonseringsblanketterna på svenska. Blanketterna, som finns på alla officiella EU-språk, är inte ännu formellt rekommenderade av kommissionen varför de svenska blanketterna tills vidare har försetts med NOU:s logotype.

Blanketterna nås via NOU:s hemsida. De kan fyllas i direkt på skärmen sedan de laddats ner på hårddisken eller i en server för att sedan faxas till Publikationskontoret i Luxemburg, direkt från datorn eller efter utskrift.

*Det går inte att e-posta de ifyllda blanketterna direkt till Publikationskontoret utan endast via förmedlare som har avtal med Publikationskontoret om e-postmottagande.*

Blanketterna överensstämmer med den nya förordning om annonser som träder i kraft den 15 april. I förordningen har de beslutade direktivändringarna beträffande annonseringskraven införlivats, varför dessa gäller i Sverige redan från den dag förordningen träder i kraft

Utförliga kommentarer till blanketterna har utarbetats och kommer inom kort att finnas tillgängliga på NOU:s hemsida.

### CPV

NOU har tidigare (*NOU info dec -97*) vidarebefordrat uppgiften att en ny och förbättrad version av CPV skulle finnas tillgänglig på Internet under våren 1998. Enligt nya uppgifter från Kommissionen (DGXV) beräknas den nya versionen komma före utgången av 1998.

## Avtal, avtalstider m.m.

### Utnyttjande av ett avtals dröjsmålsklausuler m.m.

NOU vill med anledning av några inkomna telefonfrågor påpeka att en myndighet, i vart fall statliga myndigheter, inte anses ha rätt att frångå upphandlade avtalsvillkor och avstå från avtalad fullgörelse eller skadestånd vid dröjsmål, om inte myndig-

heten på annat sätt kompenseras. En sådan uppgörelse får emellertid inte innebära brott mot 1 kap. 4 § eller någon annan regel i NOU.

Förfrågningsunderlagets krav på en snabb leverans eller ”tuffa villkor” förenade med avtalsbestämmelser om avdrag på priset vid bristande avtalsfullgörelse prissätts av leverantören. Krav på kort leveranstid eller viss kvalitet kan medföra behov av nyinvestering, övertidsarbete och liknande fördyring. Detta återspeglas i de inkomna anbuden. Enheten skall därför inte senare avstå från att utnyttja dröjsmålsklausuler, förlänga leveranstid eller efterge kvalitetskrav. En myndighet får i princip inte heller avstå från en fullgörelse eller skadestånd. Att förkasta anbud från de seriösa anbudsgivare, vilka beaktat och värderat kostnaderna och riskerna i sina anbud och senare låta den antagne leverantören ”slippa undan” sådana avtalade klausulers verkningar, kan jämföras med att vid anbudsutvärderingen frångå ställda skalkrav. Beteendet strider mot affärsmässighetskravet i 1 kap. 4 § LOU och även mot likabehandlingsprincipen.

## Statistik

Statistik över upphandlingar som slutfördes under 1996 har levererats till Kommissionen i Bryssel. För statliga myndigheter och för enheter inom försörjningssektorerna gäller statistiken upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena. För övriga enheter omfattar statistikkravet enbart upphandlingar över tröskelvärdena.

De värden som redovisas i nedanstående sammanställningar visar inte hela sanningen. Det finns ett antal annonserade upphandlingar som har efterannonserats ofullständigt eller inte efterannonserats alls, men det har inte varit möjligt att följa upp alla dessa med en rimlig tidsinsats. Till detta kommer också de upphandlingar som avbrutits utan att detta meddelats till Publikationskontoret. Viss uppföljning i efterhand övervägs i syfte att förbättra de upphandlande enheternas rapportering om avslutade upphandlingar.

## Upphandlingar över tröskelvärdena

### *Antal och värde av rapporterade upphandlingar*

En uppdelning av upphandlingen över tröskelvärdena på typ av upphandlande enhet ger följande värden (i miljoner kronor och antal upphandlingar):

	Varor		Tjänster		Entrepr		Totalt	
	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal
Kommuner	4 864	379	2 591	260	731	21	8 186	660
Landsting	5 240	279	1 671	52	46	3	6 957	333
Staten	3 393	190	4 103	120	2 328	20	9 824	330
Övriga	719	42	987	44	759	14	2 465	100
<b>S:a klassiska:</b>	<b>14 216</b>	<b>890</b>	<b>9 352</b>	<b>476</b>	<b>3 864</b>	<b>58</b>	<b>27 432</b>	<b>1424</b>
Försörjnings	2 499	95	10 610	60	2 904	49	16 013	204
<b>Summa totalt</b>	<b>16 715</b>	<b>985</b>	<b>19 962</b>	<b>536</b>	<b>6 768</b>	<b>107</b>	<b>43 445</b>	<b>1 628</b>

### Tillämpade upphandlingsförfaranden

En uppdelning på de tre upphandlingsförfarandena visar att det helt dominerande förfarandet under 1996 har varit öppen upphandling då det gäller upphandling av varor och tjänster inom klassiska sektorn. Inom försörjningssektorerna, som har ett liberalare regelverk när det gäller val av förfarande, dominerar förhandlat förfarande med annonsering.

	Klassiska sektorn					Försörjningssektorerna				
	Öppen	Sel	Förh.	B-tjänst	Totalt	Öppen	Sel	Förh	Kval	Totalt
Varor	833	45	12		890	21	3	71		95
Tjänster	298	60	34	(84)	476	25	2	33		60
Entrepren	18	38	2		58	12	4	32	1	49
<b>Totalt</b>	<b>1 148</b>	<b>143</b>	<b>48</b>	<b>84</b>	<b>1 424</b>	<b>58</b>	<b>9</b>	<b>136</b>	<b>1</b>	<b>204</b>
I procent	81	10	3	6	100	28	4,5	67	0,5	100

Som en jämförelse kan nämnas att totalt inom EU användes öppen upphandling i 51 % av upphandlingarna under 1997.

### Vad har upphandlats? 10-i-topp-listor inom klassiska sektorn (över tröskelvärdena)

#### TJÄNSTER

(Siffrorna inom parentes anger placeringen 1994)

	Tjänstekategori	Antal upph.	Värde (milj.kr)
1. (-)	5 Telekommunikation	7	2 215
2. (3)	25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst *)	26	1 430
3. (1)	2 Landtransport utom postberordran	86	1 124
4. (10)	16 Tjänster för sophantering, sanering o.dyl.	28	762
5. (-)	7 Datatjänster	31	523
6. (4)	14 Fastighetsförvaltning inkl. städning	76	513
7. (2)	24 Utbildning *)	37	427
8. (7)	6 Finansiella tjänster	65	339
9. (-)	18 Rälsbunden transport *)	1	300
10. (9)	4 Postbefordran	3	237
	<b>Totalt 10-i-topp</b>	<b>360</b>	<b>7 870</b>
	<b>Övrigt</b>	<b>116</b>	<b>1 482</b>
	<b>Totalt</b>	<b>476</b>	<b>9 352</b>

\*) B-tjänster som endast behöver efterannonseras. NOU förmodar att siffrorna skulle vara avsevärt högre om all upphandling av dessa tjänster efterannonserats.



## VAROR

(Siffrorna inom parentes anger placeringen 1994)

CPV-avdelning				Antal	Värde
				upph	(milj.kr)
1.	(5)	33	Medicinska och optiska instrument mm	182	2 329
2.	(3)	15	Livsmedel och dryck	73	1 946
3.	(4)	23	Raffinerade petroleumprodukter mm	42	1 781
4.	(1)	24	Kemikalier, kemiska produkter och konstfibrer	59	1 116
5.	(-)	22	Tryckta media och ljudmedia	28	1 075
6.	(2)	30	Kontorsmaskiner och datorer	71	904
7.	(-)	21	Papper och pappersvaror	62	602
8.	(-)	40	El, gas, ånga och hetvatten	14	575
9.	(8)	36	Möbler; diverse andra tillverkade varor	50	545
10.	(-)	14	Produkter från gruvor och stenbrott	10	384
<b>Totalt 10-i-topp</b>				<b>591</b>	<b>11 256</b>
Övrigt				299	2 960
<b>Totalt</b>				<b>890</b>	<b>14 216</b>

*Kommuner - varor och tjänster*

190 av landets kommuner har annonserat upphandlingar över tröskelvärdena och dessutom efterannonserat dem. Ett sjuttioal kommuner har upphandlat både varor och tjänster. Många av efterannonserna saknade nödvändiga uppgifter och kompletteringar har efter uppmaning lämnats av de flesta tillfrågade. Ett antal kommuner har annonserat en eller flera upphandlingar men inte efterannonserat dem.

190 kommuner har alltså annonserat minst en upphandling. Detta innebär med utgångspunkt i lämnade uppgifter att ett nittioal kommuner inte har gjort någon upphandling över tröskelvärdena. Bland dessa finns en del ganska stora kommuner! Av drygt 40 kommuner med över 50 000 invånare hade sex stycken 0-2 upphandlingar under 1996!

*Övriga upphandlande enheter utanför försörjningssektorerna*

För landstingen gäller att samtliga har genomfört minst en upphandling av varor eller tjänster under 1996. Flera av dem har dock inte efterannonserat alla sina upphandlingar. Efterannonsering för 1996 saknas likaså för ett antal statliga myndigheter.

*Försörjningssektorerna*

Uppgifter över tröskelvärdena rörande försörjningssektorerna har sammanställts för första gången. Av siffrorna ovan framgår att försörjningssektorernas upphandling utgör

37 % av den totala upphandlingen över tröskelvärdena,

15 % av varuupphandlingen,

53 % av tjänsteupphandlingen samt

43 % av entreprenadupphandlingen.

NOU konstaterar med en viss förvåning att varuupphandlingen inom försörjningssektorerna har en tämligen liten omfattning.

## Upphandlingar under tröskelvärdena

### Statliga myndigheter

Av 235 statliga myndigheter hade, efter påminnelse, 11 % (27 myndigheter) inte svarat. 6 % (14 myndigheter) uppger att de endast avropat på andra enheters avtal!?

Den statliga upphandlingens omfattning under tröskelvärdena visas nedan (i miljoner kronor och med försäkringskassornas 606 miljoner inkluderade).

Varor	26 507
Tjänster	18 152
<u>Entreprenader</u>	<u>4 233</u>
<b>Totalt</b>	<b>48 892</b>

### Försörjningssektorerna

Inom försörjningssektorerna var svarsprocenten betydligt sämre med undantag för de kommunala förvaltningarna. Ett antal stora företag, främst inom energisektorn, anser sig inte omfattas av LOU och har därför inte lämnat begärda uppgifter. Bland övriga som inte lämnat uppgifter finns ett stort antal små privata företag - de flesta inom energisektorn.

Nedanstående tabell visar värdet (i miljoner kronor) av inköp av varor, tjänster och entreprenader fördelade på de olika sektorerna. (I några fall är fördelningen endast uppskattad.)

Område (kommunal förvaltning redovisas separat)	Varor	Tjänster	Entreprenader	Totalt
1. Vatten	146 685	109 142	269 604	<b>1 194 042</b>
Kommunal förv.	192 832	155 170	203 973	
2. El	3 511 681	2 567 998	1 581 580	<b>8 626 198</b>
Kommunal förv.	18 224	7 950	4 078	
3. Värme	1 341 229	450 440	1 127 240	<b>3 097 201</b>
Kommunal förv.	25 148	3 467	28 445	
6. Järnväg	1 362 992	1 396 714	841 992	<b>3 601 698</b>
7. Transport	479 354	367 150	346 987	<b>1 049 591</b>
Kommunal förv.			1 400	
8. Flygplats	256 000	673 000	552 000	<b>1 483 060</b>
Kommunal förv.	874	583	603	
9. Hamn	106 632	131 693	164 640	<b>492 199</b>
Kommunal förv.	3 270	3 337	11 459	
<b>Totalt</b>	<b>7 444 921</b>	<b>5 866 644</b>	<b>5 134 001</b>	<b>19 543 989</b>

### *Total upphandling*

De statistiska uppgifter som NOU och SCB tagit fram räcker inte som underlag för att beräkna omfattningen av den totala upphandlingen i Sverige. Enligt en uppskattning inom Kommunförbundet torde den kommunala upphandlingen fördela sig 20/80 över respektive under tröskelvärdena, vilket överensstämmer någorlunda med uppgifterna från statliga myndigheter (17/83). Med antagandet att fördelningen är ungefär densamma inom landstingssektorn och inom kategorin "övriga" skulle den offentliga upphandlingen i Sverige, baserad på de statistiska uppgifter som lämnats, uppgå till omkring 200 miljarder kronor. Här ingår dock inte kyrkliga kommuner, Posten, Telia m.fl. Felkällorna är dessutom många. Redovisningssystemen utgör inte ett bra underlag för statistikuppgifter avseende upphandling. Ett problem är t.ex. tecknandet av avropsavtal/ramavtal och avrop på dessa - det förra men inte det senare betraktas som upphandling i LOU:s mening. Ett annat problem kan vara förhyrning av fast egendom som normalt inte omfattas av LOU.

### Statistik för 1997

SCB har på uppdrag av NOU påbörjat statistikinsamling rörande statliga myndigheters (inkl. försäkringskassorna) köp under tröskelvärdena. Det *uppskattade totalvärdet* av ett upphandlat avtal (inkl. optioner/förlängningsklausuler) skall rapporteras av den myndighet som tecknade avtalet. Däremot skall beställning på avropsavtal/ramavtal inte räknas in i värdet av årets upphandling. Myndigheterna bör kunna göra rimlighetsbedömningar utan att lägga ned alltför mycket resurser på rapporteringen. Detta gäller i synnerhet enheter med obetydlig upphandlingsverksamhet.

Resultatet av upphandlingar över tröskelvärdena kommer som tidigare att tas ur databasen TED och sedan kompletteras. Arbetet har påbörjats och de enheter som inte har efterannonserat fullständigt kommer under våren att bli uppmanade att lämna kompletterande information. Av cirka 2 300 annonserade upphandlingar, som ej rapporterats som avbrutna, har omkring 70 % efterannonserats - mer eller mindre fullständigt. Procentsatsen borde vara högre med tanke på att efterannonseringen är en lagstadgad skyldighet och dessutom ger viktig information till bl.a. leverantörer/underleverantörer. Omkring 60 % av tillfrågade leverantörer i NOU:s enkät uppger att de regelbundet eller sporadiskt kontrollerar efterannonseringen.

NOU arbetar tillsammans med systerorganisationer i andra länder för att få mindre omfattande statistikkrav och parallellt med detta undersöks också möjligheterna att förenkla statistikrapporteringen.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Etniska antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal

*NOU:s yttrande över betänkandet Räkna med mångfald! Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet (SOU 1997:174), (NOU:s diarienumr 292-97-22) Yttrandet finns på NOU:s hemsida.*

I betänkandet föreslogs att statliga myndigheter uppmanas eller åläggs en skyldighet att i upphandling säkerställa att leverantören aktivt arbetar med etnisk mångfald i förhållande till sina egna anställda eller inte gör sig skyldig till brott mot diskrimineringsförbud i lag. Detta skulle i praktiken ske genom att *dels* i förfrågningsunderlag ange och *dels* i avtalsförslaget som förutsättning för att ingå avtal ta in vissa krav som föreskrivs i lag och *dels* betrakta diskriminering som ett väsentligt kontraktsbrott som medför rätt att häva avtalet och kräva skadestånd.

NOU:s huvudsakliga inställning var att förslaget om diskrimineringsklausulerna "till följd av de många oklarheter som råder tills vidare bör lämnas utan åtgärd. Om några åtgärder övervägs beträffande antidiskrimineringsklausuler, bör dessa föregås av en noggrann utredning med inriktning i första hand på klausulernas laglighet och lämplighet. Förutsättningarna för klausulernas användning måste preciseras. Först därefter kan innehållet i och närmare rutiner för denna typ av klausuler utredas." NOU:s motivering var att införande av antidiskrimineringsklausuler innebar reglering av andra förhållanden än de som hänför sig till arbetslivet, nämligen reglerna i lagen om offentlig upphandling (LOU) och det civilrättsliga förhållandet mellan en upphandlande enhet och en privat juridisk person. NOU utvecklade i yttrandet de olika skäl som gjorde att klausulernas laglighet och lämplighet kunde ifrågasättas.

### Upphandling av administration av turistbyråauktorisering

*NOU:s diarienumr 108/96-21 och 191/97-21*

NOU har vid nämndsammanträde beslutat om två yttranden angående Turistdelegationens upphandling av turistbyråauktorisering i Sverige.

Turistdelegationen beslutade att upphandla den administrativa hanteringen av turistbyråauktorisering i konkurrens enligt de regler som gäller för förenklad upphandling. I förfrågningsunderlaget angavs att någon betalning inte skulle utgå från Turistdelegationen. Verksamheten kunde finansieras genom exempelvis avgifter från turistbyråerna eller på annat sätt som offererades av anbudsgivare. Vid prövning av anbuderna skulle följande kriterier beaktas i prioritetsordning,

1. anbudsgivarens förankring och representativitet bland Sveriges turistbyråer,
2. förmåga till långsiktigt åtagande samt
3. lägsta pris.

Turistdelegationen beslutade att som leverantör anta den förening, som de tidigare fört diskussioner med. Föreningen begärde ersättning i form av avgifter från turistbyråerna.

Under handläggningens gång uppkom frågan om Turistdelegationens anskaffning avsåg en upphandling enligt LOU. NOU uppgav sammanfattningsvis

- att* skäl saknas att ifrågasätta att Turistdelegationen är en upphandlande enhet,
- att* administration av turistbyråverksamhet är en B-tjänst och skall som sådan normalt upphandlas,
- att* den upphandlade tjänstens genomförande synes vara förenat med sådana ömsesidiga ekonomiska villkor att det enligt NOU:s bedömning är att jämställa med köp eller byte,
- att* det inte kan uteslutas att den aktuella tjänsten är en s.k. tjänstekoncession, vilket i sig inte behöver betyda att LOU inte är tillämplig, samt
- att* en prövning av transaktionens innebörd bör göras i varje enskilt fall."

NOU uttalade därför att "Turistdelegationens beslut att göra en förenklad upphandling definierar förhållandet som en upphandling som skall följa LOU och det har inte framkommit anledning att ifrågasätta denna bedömning."  
(diariernr 191/97-21)

NOU uppgav vidare (diariernr 108/96-26) att de utvärderingskriterier en upphandlande enhet "ställer i förfrågningsunderlaget får inte begränsa konkurrensen, måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas (proportionalitetsprincipen). Kriterierna får inte heller vara diskriminerande. 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." NOU ansåg att beskrivningen av kriteriet "förankring och representativitet" var vagt formulerat och saknade mätbara parametrar, vilket försvårar en objektiv utvärdering. Av Turistdelegationens utvärdering och dess argumentering i svaret till NOU framgick vidare att delegationen hade för avsikt att anta det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till representativitet, uthållighet och lägsta pris. "Vad som menas med lägsta pris och för vem hade inte definierats. Turistdelegationen skulle inte betala för tjänstens utförande. Något lägsta anbudspris för Turistdelegationen var därför inte tänkbart. Eftersom flera alternativa finansieringssätt var tänkbara, kunde kriteriet inte heller tolkas så att den som tog ut de lägsta avgifterna från i-byråerna hade det lägsta anbudspriset." NOU ansåg därför att kriteriet lägsta pris var "alltför otydligt för att läggas till grund för anbudsutvärderingen." I Turistdelegationens yttrande till NOU återopades även andra motiv till valet av leverantör. NOU uttalade att dessa grunder inte fanns med i förfrågningsunderlaget och därför inte fick beaktats vid utvärderingen eller läggas till grund för val av leverantör.

## Effektivare statlig inköpssamordning

*NOU har lämnat yttrande till Finansdepartementet med anledning av betänkandet "Effektivare statlig inköpssamordning" SOU 1997:130. (NOU:s diariernr. 235/97-22). Yttrandet finns på NOU:s hemsida.*

I NOU info okt -97 informerades kort om innehållet i betänkandet "Effektivare statlig inköpssamordning". NOU instämmer i sitt yttrande att det finns stora förde-

lar med ett system med ramavtal för statliga myndigheter. Inriktningen bör dock vara att större bundenhet av/till avtalen skall eftersträvas. Systemet bör emellertid ses över och dessutom utvecklas kontinuerligt. Den nya ekonomistyrningsmyndigheten (inrättas efter organisatoriska förändringar av Riksrevisionsverket) eller någon av de funktionsansvariga myndigheterna med stor egen upphandling bör, enligt NOU:s uppfattning, övervägas för övertagande av de centrala samordningsuppgifterna. NOU föreslår vidare tillsättande av en expertutredning. Den skall ha kompetens från erforderliga sakområden och kunna ta ett samlat grepp om de frågor som berör offentlig upphandling i Sverige, eftersom många frågor inom området behöver analyseras.

Regeringen har nyligen överlämnat en proposition till riksdagen (1997/98:136) "Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst" vari föreslås att Kammarkollegiet ges uppgiften att centralt samordna den statliga upphandlingen. En viktig uppgift för den samordningsansvariga myndigheten blir att fördela rättigheterna till s.k. funktionsansvariga myndigheter att för statens räkning träffa avtal inom relevanta produkt- och tjänsteområden. Samordningsfunktionen skall vidare följa upp ramavtalens omfattning, ändamålsenlighet och användning. I propositionen anförs vidare "Den statliga inköpsamordningen bör stärkas. De fördelar ramavtal, storkundsavtal m.m. erbjuder vid ett samlat agerande inom statsförvaltningen bör tas till vara. Kravet på en effektivare statlig upphandling genom samverkan bör slås fast i en förordning". Propositionen väntas beslutas i riksdagen den 4 juni 1998.

NOU har tidigare informerat om det förfarande som Kommissionen inlett mot Storbritannien avseende användningen av ramavtal av den typ som används i Sverige. Kommissionen har nu fört ärendet vidare till EG-domstolen.

## Riksdagens revisorers rapport om offentlig upphandling

*NOU:s yttrande över och kommentarer till Rapporten 1997/98:3, Offentlig upphandling (NOU:s diariernr 301/97-22). Både yttrandet och kommentarerna finns på NOU:s hemsida.*

Riksdagens revisorer har i december 1997 inkommit med en rapport om offentlig upphandling. NOU, som beretts tillfälle att kommentera rapporten, har vid ett nämndsammanträde enats om följande huvudpunkter.

"NOU tillstyrker framför allt följande förslag i rapporten

- att offentlig upphandling blir föremål för en samlad översyn,
- att LOU och lagen om ingripande mot otillbörligt beteende sammanförs till en lag så att alla aspekter på upphandlingsförfaranden täcks av samma lag,
- att rättsmedel skapas som i praktiken möjliggör ingripande i de fall när upphandlingsreglerna åsidosätts, t.ex. otillåten direktupphandling, otillåten förlängning av avtal eller bristande annonsering,
- att NOU och branschorganisationer ges talerätt i domstol, i vart fall såvitt avser överprövning,
- att det införs en skyldighet för upphandlande enheter att på NOU:s begäran rapportera vilka åtgärder dessa vidtagit med anledning av NOU:s påpekanden,
- att överprövningsmål samlas i ett mindre antal domstolar. Därvid bör göras även en förnyad och fördjupad analys av möjligheten till att överprövningsmål,

skadeståndsmål och mål enligt nuvarande lagen om otillbörligt beteende prövas av en och samma domstolsorganisation,

- att ökat samarbete om upphandlingsfrågor skapas inom regeringskansliet.

NOU anser

- att NOU bör bestå som självständig myndighet och förstärkas,
- att en praktisk vägledning kan åstadkommas grundad på hittills utkommen information från NOU,
- att NOU även i fortsättningen lyder under finansdepartementet, vars resurser för bevakning av upphandlingsfrågor förstärks.

NOU anser att tunga skäl talar mot

- att tillsyn, information och strategiutveckling läggs på flera olika myndigheter eller partsammansatta råd (såsom Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, Konkurrensverket) och nuvarande kompetens vid NOU:s kansli därmed splittras,
- att regeringen inom EU-arbetet verkar för att enhetliga regler skall inkludera försörjningssektorerna."

NOU har, efter ett nytt nämndsammanträde, till Riksdagens revisorer överlämnat en särskild skrivelse med några tillrättlägganden och kommentarer till rapporten.

## Regeringsuppdrag avseende köp från kommunala bolag m.m.

*NOU har på uppdrag av regeringen gjort en genomgång av kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. respektive från sådan verksamhet som avknoppats från kommunal verksamhet, utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande. Beslut om yttrandet har fattats vid nämndsammanträde den 11 mars 1998. (NOU:s diarienumr 165/97-29) Yttrandet finns på NOU:s hemsida.*

*Av rapporten framgår bl.a.: "Kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att utan föregående upphandling genomföra köp från sina egna företag m.m. är begränsade. LOU avviker vad gäller vissa definitioner från den EG-rättsliga regleringen. För att tillgodose uppdragets intentioner föreslår NOU en anpassning av LOU till EG-direktiven i dessa avseenden vilket innebär att de kontrakt som kommer att omfattas av lagstiftningen begränsas."..... "Regeringen bör dock överväga att låta lagändringarna anstå till dess att större klarhet uppnåtts i rättsläget och låta dessa ingå i en mera omfattande översyn av LOU."*

Av EG-kommissionens skriftliga uttalanden framgår inte annat än att kommuners och landstings köp från egna företag m.m. och köp från avknoppad verksamhet omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling. "Enligt diskussioner med tjänstemän vid kommissionen förefaller det dock, enligt deras tolkning, möjligt för kommuner och landsting att i viss utsträckning ingå kontrakt med sina helägda företag, förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren (dvs. även utan en formell upphandling, vår anm.)."

"De länder inom EES som NOU varit i kontakt med har ej särskilt reglerat frågan om kommuners eller landstings (eller motsvarande) möjligheter att genomföra köp från sina egna företag m.m. i vare sig lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt. Dessa länders resonemang avseende tolkningen av direktiven vad gäller köp från

helägda företag överensstämmer i stora delar med den tolkning tjänstemännen vid kommissionen gör."

"Några avgöranden i frågan av EG-domstolen föreligger ännu ej. Emellertid har en domstol i Nederländerna (det s.k. Arnhem-målet, vår anm.) begärt ett förhandsavgörande av domstolen i en närliggande frågeställning ...." som gällde ett beslut av två nederländska kommuner att sammanföra sina befintliga sophämnings- och renhållningstjänster till en ny juridisk enhet med självständig status. "Av generaladvokatens förslag till avgörande, som redovisades den 19 februari 1998, framgår att de två kommunernas åtgärd i det aktuella fallet att av organisatoriska skäl överföra en uppgift som tidigare utfördes av respektive kommun till ett "organ inom den egna förvaltningen", en form av inter-organisatorisk delegering som inte lämnar kommunens administrativa sfär, inte omfattas av tjänstedirektivet."

"Skillnaden mellan kommissionens och generaladvokatens uppfattningar synes vara följande. Kommissionens resonemang förutsätter att företaget kan betraktas som en del av förvaltningen. För detta krävs att företaget är helägt och uteslutande levererar till ägaren. Generaladvokaten anser i den aktuella situationen, att åtgärden är en inter-organisatorisk delegering som inte omfattas av tjänstedirektivet. Ägar- och leveransförhållanden har i resonemanget inte någon betydelse, eftersom kontrakten ifråga enligt hans uppfattning inte är att betrakta som tjänstekontrakt i direktivets mening."

"Utifrån ovanstående kan NOU konstatera att rättsläget fortfarande är oklart. Mycket tyder dock på att det finns en möjlighet att undanta uppdrag till företag, som är helägda av kommunen och enbart utför verksamhet åt ägaren, utan att ändra i direktiven." ..... " Eftersom EG-domstolens dom i Arnhem-målet i väsentlig mån berör frågan om kommuners köp från egna bolag, bör en eventuell lagändring anstå till dess att Sverige haft möjlighet att studera domstolens tolkning." (Här åsyftas EG-domstolens kommande dom i Arnhem-målet, vår anm.)

"Kommuners och landstings köp från avknoppad verksamhet omfattas enligt NOU:s uppfattning av direktiven. Någon annan uppfattning har heller inte framkommit vid diskussionerna med tjänstemän vid kommissionen och de länder NOU varit i kontakt med. Det är således inte möjligt att ingå kontrakt med avknoppad verksamhet utan att detta föregåtts av upphandling i enlighet med gällande regler. Förslag till lagändringar eller direktivändringar för att möjliggöra köp från sådan privat verksamhet är ej förenligt med gemenskapsrätten. Enligt den tolkning tjänstemännen vid kommissionen gör av direktiven vad gäller privatisering, förefaller det emellertid möjligt att från ett kommunalt företag "föra över" ett redan ingånget avtal i samband med försäljningen av företaget, förutsatt att organisationsförändringen sker i två steg. Om en kommun skapar ett helägt företag och med tiden ger detta företag ett antal uppdrag/kontrakt, så kommer dessa att utan någon särskild upphandling följa med företaget om detta i framtiden byter ägare. Om företaget uteslutande levererar till kommunen har dessa avtal aldrig upphandlats i enlighet med det ovan angivna resonemanget. Första gången kommunen upphandlar blir då när de löpande avtalen går ut."

"Kommunens eller landstingets anskaffning från egna företag behöver idag inte följa bestämmelserna i LOU om företaget är en upphandlande enhet med en ensamrätt som den åtnjuter i enlighet med en publicerad lag, förordning eller föreskrift.



NOU:s uppfattning är att bestämmelsen inte kan ha någon större praktisk användning för att tillgodose detta uppdrags syfte. Ett förtydligande i LOU om kravet på publicering bör dock läggas till, .....

"En annan möjlighet att inte tillämpa ett formellt upphandlingsförfarande är de situationer när vissa kommunala företags tjänster kan betraktas som s.k. tjänstekoncessioner. Den osäkerhet om rättsläget som för närvarande råder inom EU öppnar en möjlighet att tjänstekoncessioner kan undantas från LOU:s tillämpning eller åtminstone undantas från bestämmelserna i 5 kap. LOU. Definitionsvårigheter, en kommande dom i EG-domstolen och EG-kommissionens avsiktsförklaring att i tjänstedirektivet reglera anskaffning av koncessioner, medför att NOU inte föreslår någon lagändring utan anser att tjänstekoncessioner tills vidare betraktas som tjänster."

Slutligen bör det observeras att reglerna om laglighetsprövning enligt kommunallagen blir tillämpliga på de beslut, som i och med en lagändring inte kommer att omfattas av LOU.

"Det är NOU:s uppfattning att ökade möjligheter att *avstå* från konkurrensutsättning normalt inte innebär ökad effektivitet. Det ligger heller inte i linje med det intensiva förändringsarbete som pågår i de flesta kommuner vad gäller antagande av kommunala konkurrensprogram i syfte att bl.a. utveckla och effektivisera verksamheten. NOU ifrågasätter därför om det ur ekonomisk synvinkel är tillrådligt att begränsa konkurrensen."

## Branschsaneringsutredningen - remissvar

NOU har överlämnat sitt remissvar på betänkandet (SOU 1997:111) Branschsanering – och andra metoder mot ekobrott. Yttrandet finns på NOU:s hemsida.

## Referenser vid upphandling

*Fråga hur LOU skall tillämpas vid utvärdering av referenser i anbud. Upphandling av B-tjänster enligt 6 kap. (NOU:s diarienummer 166/96-26)*

I en upphandling av terapeuter, gjord gemensamt av ett antal sociala distriktsnämnder i Stockholms stad, har en anbudsgivare i enlighet med förfrågningsunderlaget uppgivit tre referenser. "Upphandlingsgruppen" avvisade anbudet utan att kontakta referenterna främst med hänvisning till att två personer i upphandlingsgruppen haft "negativa erfarenheter" av leverantören. Anbudsgivaren har påpekat att han, blott två månader efter det att hans anbud förkastats, blev anställd på nytt av ett av de distrikt som omfattades av denna upphandling.

I NOU:s yttrande sägs beträffande upphandlingsgruppens invändning att referenserna inte behövde följas upp eftersom de förutsattes vara positiva, att det följer "av 6 kap. 12 § LOU att samtliga omständigheter som den upphandlande enheten kommer ta hänsyn till måste finnas med i förfrågningsunderlaget. Ett förfrågningsunderlag som anger referenser som utvärderingskriterium skapar en plikt för anbudsgivaren att lämna sådana. En skyldighet finns även för den upphandlande enheten att beakta samtliga efterfrågade uppgifter, främst för att kunna garantera anbudsgivarna att deras anbud bedöms på objektiva och lika grunder i enlighet med 1 kap. 4 § LOU. Det är inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller ta

bort utvärderingskriterier. En upphandlande enhet bör därför ha som utgångspunkt att inte begära in uppgifter i ett anbud om man ej kommer att använda dem. Om referenser anges som utvärderingskriterium skall dessa följaktligen normalt användas."

"Upphandlingsgruppen synes vidare mena att en referenskontroll var onödig *i detta fall* då några i gruppen hade kännedom om anbudsgivaren sedan tidigare samarbetade. Såvitt NOU förstår föreligger inget principiellt hinder mot att använda egen erfarenhet eller kännedom om anbudsgivare, men det personliga omdömet måste bygga på saklig grund och innehålla substantiell kritik gällande resultatet av tidigare genomfört uppdrag eller anställning, i detta fall terapi för barn, ungdomar och deras familjer."

"Det finns ingen generell rätt att förkasta anbud enbart p.g.a. det förhållandet att de tjänstemän som sköter upphandlingen inte kommer överens med anbudsgivaren på ett personligt plan eller ligger i tvist med denne. Upphandlingsgruppen får endast bedöma anbudsgivarens förutsättningar att uppfylla de utvärderingskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget. En tvist eller personlig motsättning som uppkommit av att anbudsgivaren i ett tidigare uppdrag inte uppfyllt sina åligganden, borde dock kunna påverka valet av leverantör lika väl som om en sådan uppgift erhållits via en referens. Självfallet bör en sådan uppgift inte ligga för långt tillbaka i tiden och i övrigt vara relevant för den senare upphandlingen. Likaså måste uppgiften rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen) och ha samband med den upphandlade tjänsten, i detta fall anbudsgivarens formella och praktiska förmåga att utföra barn- och familjeterapi i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Att leverantören brutit i avtalade förpliktelser borde normalt kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattningar om t.ex. avtalets innehåll torde detta inte utan vidare diskvalificera anbudsgivaren."

"NOU vill påpeka att tidigare negativa erfarenheter inte för all framtid kan läggas en anbudsgivare till last. En upphandlingsansvarig som har en personlig uppfattning om en anbudsgivare, positiv eller negativ, bör för objektivitetens skull jämföra sin uppfattning med referenternas. Det är därför NOU:s uppfattning att upphandlingsgruppen i anbudsgivarens fall borde ha kontaktat angivna referenter dels för att förfrågningsunderlaget ställde som krav att referenser skulle anges och dels med tanke på de negativa erfarenheter som presenterats internt om anbudsgivaren."

## Rättsfall

### EG-domar

#### *Begreppet upphandlande enhet m.m.*

Den 15 januari 1998 avkunnade EG-domstolen dom i mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. och Strohal Rotationsdruck GmbH. Målet grundades på en begäran om förhandsavgörande vid en österrikisk domstol.

Domen gäller framför allt tillämpningen av artikel 1 i direktiv 93/37 (byggdirektivet), dvs. begreppet upphandlande enhet. Den bakomliggande tvisten gällde det österrikiska statstryckeriet (ÖS), som hade förvärvat bolaget Strohal GmbH (Strohal), som bedrev tryckningsverksamhet. Strohal i sin tur bildade ett bolag SRG, i vilket Strohal innehade 99,9 procent av aktierna. För att snabbt kunna påbörja verksamheten i SRG:s fabrik, inledde ÖS ett anbudsförfarande avseende en driftsanläggning för SRG (som då var under bildande) och införde i kontrakten för bygg- och anläggningsarbeten en klausul enligt vilken ÖS förbehöll sig rätten att när som helst överlåta sina rättigheter och skyldigheter till en tredje part som ÖS själv valt. Med stöd av klausulen underrättades anbudsgivarna efter en tid om att SRG var byggherre och därmed ansvarade för anbudsinfördan och upphandling. Sedan det ifrågasatts om inte anbudsförfarandet skulle ske enligt österrikisk lagstiftning om offentlig upphandling, vilket ÖS och SRG bestred med hänvisning till att det inte fanns någon upphandlande enhet, väckte bl.a. Mannesmann talan i österrikisk domstol. Den österrikiska domstolen var osäker på gemenskapsrättens tolkning och ställde därför ett antal frågor till EG-domstolen.

EG-domstolen förklarade att, med hänsyn till att ÖS bildats för att med ensamrätt framställa officiella administrativa handlingar, ÖS skulle anses utgöra ett organ som lyder under offentlig rätt enligt artikel 1 b andra stycket i direktivet och följaktligen en upphandlande enhet. ÖS hade således tillkommit för att tillgodose allmänna intressen, som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Att denna verksamhet i och för sig endast utgjorde en mindre del av den totala verksamheten, som dominerades av affärsverksamhet förändrade inte saken. Villkoret att organet skall ha ”tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär”, innebär inte att det enbart skall ansvara för att tillgodose sådana intressen. Direktivets bestämmelse gör inte åtskillnad mellan kontrakt som en upphandlande enhet tecknar för att tillgodose allmänna intressen och andra kontrakt utan samband med denna uppgift. Avsaknaden av en sådan distinktion förklaras av att syftet med direktivet är att utesluta risken att nationella anbudsgivare eller anbudssökande ges företräde när upphandlande enheten tilldelar kontrakt. Dessutom skulle tolkningen av bestämmelsen, att dess tillämpning skulle vara beroende av den – mer eller mindre omfattande – del av verksamheten som bedrivs i syfte att tillgodose andra intressen än industriella eller kommersiella, strida mot rättssäkerhetsprincipen. Enligt denna princip skall en gemenskapsrättslig bestämmelse vara klar och dess tillämpning kunna förutses av alla berörda.

Vidare förklarade EG-domstolen att ett företag som bedriver affärsverksamhet, dvs. som inte har som syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell

eller kommersiell karaktär, inte skall anses som en upphandlande enhet enbart på grund av att företaget bildats av en upphandlande enhet eller att enheten tillskjutit medel som härrör från verksamhet den bedrivit i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

Beträffande överlåtelsen av kontraktet till SRG förklarade EG-domstolen att ett kontrakt, som uppfyller villkoren i artikel 1 a i direktivet, inte förlorar sin karaktär av offentligt upphandlingskontrakt om den upphandlande enhetens rättigheter och skyldigheter överläts till ett företag som inte är sådan enhet. Syftet med direktivets bestämmelser, som är att garantera verklig etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster på marknaden för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, skulle nämligen äventyras om direktivets tillämpning kunde uteslutas endast på grund av att den upphandlande enhetens rättigheter och skyldigheter, som följer av en anbudsinfordran, överläts till ett företag som inte är en upphandlande enhet enligt direktivet. – Det förhåller sig endast annorlunda om det fastställs att projektet i fråga, alltifrån sin början, helt och hållet har omfattats av föremålet för det berörda företagets verksamhet och att upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten avseende detta projekt tilldelades av den upphandlande myndigheten för detta företags räkning.

Härutöver hade den österrikiska domstolen ställt en fråga gällande den EG-förordning som reglerar strukturfonderna (förordning nr 2081/93 av den 20 juli 1993 om ändring av förordning nr 2052/88 om strukturfondernas uppgifter och effektivitet samt om samordning av deras verksamheter dels inbördes, dels med Europeiska investeringsbankens och andra befintliga finansieringsorgans verksamheter). EG-domstolen förklarade därvid att förordningen (art. 7.1) skulle tolkas så, att det för gemenskapsfinansierade bygg- och anläggningsprojekt inte fordras att mottagarna följer det prövningsförfarande som föreskrivs i rättsmedelsdirektivet (89/665) om dessa inte själva är upphandlande enheter enligt artikel 1 b i byggdirektivet.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Den länsrättsdom som refererades i *NOU info dec -97* och som avser en för-enklad upphandling av fritids- och öppen fritidsklubbverksamhet genomförd av Östersunds kommun har prövats av Kammarrätten i Sundsvall (3297-1997). Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om, kammarrätten har avslagit kommunens överklagandet och Regeringsrätten (294-1998) har beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande står därför fast.

Av kammarrättens dom framkommer följande. Vid barn - och ungdomsnämndens sammanträde yrkade en ledamot att Östersunds kommuns verksamhetsförvaltning skulle få i uppdrag att bedriva verksamheten med motiveringen att alternativt anbudsgivare ej bedömdes ha den erfarenhet och kompetens som ansågs nödvändig för uppdragets genomförande. Av protokollet framgår att detta yrkande antogs. Kommunen framförde, enligt domen, att överprövning inte kan ske sedan skriftligt avtal träffats. I det aktuella fallet finns inget juridiskt bindande avtal. Istället har beslut fattats att avbryta upphandlingen, varpå upphandling inte längre pågår och överprövning inte heller kan ske. Kammarrätten fann "framför allt mot bakgrund av hur ledamotens yr-

kande utformats samt att dennes yrkande efter proposition antogs att ifrågavarande upphandling ej kan anses avbruten utan avslutad med beslut att anta verksamhetsförvaltningens anbud. Mot denna bakgrund, och då annat skäl för att ändra överklagande domen ej framkommit, skall överklagandet avslås". Upphandlingen skall således enligt länsrättens dom göras om.

*NOU:s kommentar:* Domen synes innebära att det finns större möjligheter för leverantörer att begära överprövning av upphandling som avslutats till förmån för egenregiverksamhet.

- Länsrättsdomen mot Gullspångs kommun avseende skolskjutsar som refererades i *NOU info dec -97* har prövats av Kammarrätten i Jönköping (4471-1997).

Länsrätten anför "Beslutet innebär emellertid att kommunen, under åberopande av sysselsättnings- och serviceskäl för kommunen och med frångående av de bedömningsgrunder som angetts i förfrågningsunderlaget antagit ett annat anbud än det lägsta. Härigenom har kommunen åsidosatt kravet på affärsrämsighet". Genom kommunens förfarande, som uppges strida mot såväl 1 kap. 4 § som 1 kap. 22 § LOU, kan den klagande leverantören antas komma att lida skada. Grund för åtgärder enligt 7 kap. 2 § anses därmed föreligga och upphandlingen skall göras om.

Det klagande bolaget har sedan yrkat att kammarrätten med ändring av länsrättens dom skall förordna att upphandlingen skall avslutas efter rättelse med innebörd att bolaget skall antas som entreprenör i stället för att, såsom länsrätten beslutat, göra om upphandlingen. Kammarrätten framhåller att bolagets yrkande i länsrätten om upphävande kan och måste i detta fall förstås så att det kommunala upphandlingsbeslutet skall undanröjas. Kammarrätten avvisar överklagandet. Regeringsrätten (303-1998) har beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande står därför fast.

- Länsrätten i Skåne län har i en dom (214-98E) funnit att LOU är tillämplig på Lunds kommuns upphandling av uppförande och drift av friskvårdsanläggningar samt beslutat att upphandlingen skall göras om. Tiden för att överklaga domen har ännu - i skrivande stund - inte löpt ut.

Länsrätten anför att det av handlingarna i målet framkommer att Lunds kommun genom Kultur- och Fritidsnämnden "...utan föregående upphandling avsett att slutföra förhandlingar med Bolaget och teckna ett avtal mellan Lunds kommun och Bolaget. Uppgårelsen är i huvudsak tänkt att innehålla följande villkor. Bolaget uppför och bekostar en tillbyggnad till Högevallsbadet (kommunal badinrättning i Lunds kommun) för att sedan låta denna tillbyggnad kostnadsfritt övergå i kommunens ägo. Bolaget förhyr sedan tillbyggnaden av kommunen för drivande av gymverksamhet med tillhörande utrustning av kvalitet typ Nautilus. Det är tänkt att det skall finnas en försäljning av ett kombinerat gym- och badkort. Intäkterna skall fördelas mellan kommun och Bolaget på visst sätt. Minimihyra skall finnas avtalad".

Länsrätten anför vidare att "Genom konstruktionen om fördelningen av intäkterna från gym- och badförsäljning finner länsrätten att den tilltänkta överenskommelsen mellan kommunen och Bolaget innefattar förutom hyresavtal ett

avtal om anskaffning av såväl tjänst (driften av träningslokaler) som byggtreprenad (uppförande av tillbyggnad till simhall). Det är således enligt länsrättens mening inte fråga om ett mellan kommunen och Bolaget ingående av ett renodlat tänkt hyresavtal, vilket är undantaget lagens reglering, utan om en inledd upphandling på vilken LOU är tillämplig". Domstolen uppger vidare att "Eftersom upphandlingen inte skett enligt LOU ankommer det på Lunds kommun att göra om upphandlingen i enlighet med denna lag".

- Länsrätten i Stockholms län har i en dom (Ö 16217-97) avseende Riksförsäkringsverkets upphandling av talsvarssystem beslutat att upphandling skall göras om. Målet har överklagats till Kammarrätten i Stockholm. NOU återkommer när ytterligare information i målet finns.

Enligt domen framgår av handlingarna i målet bl.a. följande. "Riksförsäkringsverket har undersökt möjligheten att införa ett talsvarssystem. Som ett första steg i arbetet genomfördes en förstudie. Därefter gjordes en upphandling. Resultatet av den första upphandlingen fick ligga till grund för en andra upphandling. Denna upphandling avsåg en försöksverksamhet vid fyra försäkringskassor, vars antal sedermera utökades till fem". Efter avslutad upphandling har Riksförsäkringsverket beställt talsvarsutrustning inkl. installation för 1 677 500 kr.

Riksförsäkringsverket har lämnat en specificerad beställning på talsvarsutrustning. Vald leverantör har emellertid inte, såvitt domstolen kunnat utröna, lämnat någon orderbekräftelse på gjord beställning. Det finns således, enligt domen, inget slutligt skriftligt avtal. Rätt för länsrätten att pröva yrkandet om överprövning föreligger därmed.

Länsrätten uppger vidare "Huvudregeln är att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Undantag från konkurrensregeln kan göras i vissa särskilt i lag angivna fall. Riksförsäkringsverket har i sitt yttrande bl.a. anfört att de har sett utökningen av projektet som en komplettering av den tidigare upphandlingen. Av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framgår dock inte att syftet var att utöka projektet till samtliga försäkringskassor. Vid en samlad bedömning av utredningen i målet finner länsrätten att aktuell utökning inte kan betraktas som en komplettering till tidigare upphandling. Det saknas därmed laglig grund för att frånga ovannämnda huvudregel." Länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

*NOU:s kommentar:* NOU framförde i *Sammanställning NOU info 96* sid. 59 att ett skriftligt avtal i upphandlingssammanhang ofta utgörs av leverantörens skriftliga anbud och enhetens skriftliga beställning (accept), i de fall den senare överensstämmer med anbudet. I andra fall kan avtalet utgöras av en beställning från den upphandlande enheten och en överensstämmande orderbekräftelse (accept) från leverantören.

## Skadeståndsmål vid allmän domstol

- Den skadeståndsdom som meddelats av Varbergs tingsrätt (T 881-95) och som refererades i *NOU info dec -97* har vunnit laga kraft. Upphandlingen avsåg en

byggentreprenad av en etapp i om- och tillbyggnad av en gymnasieskola. Kommunen skall enligt domen utge skadestånd till bolaget.

- Stockholms tingsrätt har meddelat en dom (T 4-446-96) avseende en öppen upphandling av tjänster för att klara förmedling av texttelefonsamtal och konvertering av samtal mellan texttelefon och taltelefon genomförd av Socialstyrelsen. Staten skall enligt domen utge skadestånd med tio miljoner kronor till klagande leverantör. Domen har överklagats till Svea hovrätt och NOU återkommer när ytterligare information finns.

Leverantören har hävdats *dels* att Socialstyrelsen till grund för prövningen använt sig av annat kriterium än som angivits i förfrågningsunderlaget och *dels* vid anbudsprövningen gjort bedömningar som rätteligen borde ha gjorts som ett led i den s.k. kvalifikationsfasen. Staten har bestritt käromålet i dess helhet.

Domstolen uppger att "i förfrågningsunderlag uppställs inte krav på att den tilltänkte leverantören av förmedlingstjänster skulle ha tidigare erfarenhet av verksamheten, viss storlek på sin organisation eller viss finansiell styrka. Alldeles bortsett från om sådana krav med fog kunnat ställas i det aktuella fallet, där endast viss aktör tidigare kunnat skaffa sig erfarenhet av verksamheten, har kraven inte kommit till uttryck och har därför inte fått läggas till grund vare sig för kvalifikation av anbudsgivarna eller anbudsutvärderingen."

Domstolen uppger vidare att det måste "...betraktas som felaktigt att på sätt som här skett sammanblanda de två momenten kvalifikation och anbudsprövning, även om den svenska nationella regleringen inte varit alldeles tydlig på denna punkt före de senaste ändringarna i LOU". Socialstyrelsen anses, enligt domen, därför ha brutit mot bestämmelserna i LOU, dels genom att beakta omständigheter som inte i förväg angivits ha betydelse, dels genom att vid anbudsutvärderingen beakta omständigheter hänförliga till bedömningen av leverantörernas kvalifikationer.

## Miljö

### Regeringsuppdrag

Regeringen har givit NOU i uppdrag att analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Analysen skall göras mot bakgrund av EG:s direktiv om offentlig upphandling samt GPA.

NOU skall särskilt analysera konsekvenserna av de förändringar i Romfördraget som Amsterdamavtalet medför samt grönboken om offentlig upphandling.

Uppdraget skall redovisas senast den 31 mars 1998 och kommer därefter att läggas ut på NOU:s hemsida.

### Delegation för ekologiskt hållbar upphandling

Miljödepartementet har tillsatt en särskild delegation för ekologiskt hållbar upphandling. Delegationens uppgift är att arbeta pådrivande för att den offentliga upp-

handlingen skall vara ett instrument som skall bidra till en ekologiskt hållbar samhällsutveckling bl.a. genom att ange vilka miljökrav som lämpligen bör ställas på olika områden. Johan Svedberg vid NOU kommer att knytas till delegationen som expert.

## Övrigt

### Kommissionens meddelande med anledning av Grönboken

I Commission Communication, Public Procurement in the European Union, XV/5500/98-EM anger Kommissionen sin handlingsplan för de närmaste fem åren.

Mer än 300 yttranden på Grönboken lämnades av olika intressenter inom EU. Av svaren kan utläsas t.ex. att omkring 50 % berörde elektronisk handel och omkring 25 % miljöfrågor. Många framförde olika krav på förenklingar av regelverket. Dessa områden betonades också i Sveriges svar på Grönboken.

Kommissionen aviserar/redovisar ett antal ändringar i regelverket såsom att från försörjningsdirektivet undanta verksamhet som arbetar under effektiv konkurrens och att introducera mer flexibla procedurer. Här nämns införandet av ett nytt upphandlingsförfarande, "competitive negotiated procedure", för att vidga möjligheterna till förhandlingar.

För att följa den faktiska utvecklingen måste regler, som är anpassade för den inre marknaden, antas för områden som koncessioner, "private partnership", privatisering samt fullständig elektronisk handel.

I första hand kommer Kommissionen att utveckla tolkningar och förtydliganden av existerande regelverk men det kan även bli fråga om ändringar i direktiven.

Kommissionen vill öka kontrollen över att regelverket följs och uppmanar medlemsstaterna att inrätta oberoende tillsynsorgan som har något större befogenheter än NOU.

När arbetet med tolkningar och förtydliganden är genomfört avser Kommissionen att år 2001 sammanföra de tre klassiska direktiven till ett gemensamt.



## NOU:s nyhetsbrev december 1997

Ännu ett upphandlingsår har gått till ända, ett upphandlingsår som startade med en Grönbok från Europeiska kommissionen om strategiska frågor på området och som "avslutades" med en slags avsiktsförklaring av kommissionären Mario Monti vid en stor konferens den 8-9 december i Bryssel. I nyhetsbrevet görs ett försök att mycket kort sammanfatta kommissionens intentioner. NOU skall förstärka sin tillsyn under 1998, vilket till viss del kommer att drabba vår dokumenterat uppskattade telefonservice. Vår uppdragsgivare anser inte att NOU skall lämna någon anslagsfinansierad "individuell rådgivning". Vi får överväga vilka praktiska åtgärder som kan vidtas för att uppfylla detta krav. De upphandlande enheterna måste sannolikt i än större utsträckning än tidigare förlita sig på sina egna experter eller anlita konsulter "på sta'n". Förhoppningsvis kommer förbättrade informationsvägar att förta de värsta negativa effekterna. I början av 1998 kommer NOU äntligen att ha en hemsida på Internet. Den kommer inledningsvis att omfatta *NOU info*, LOU, Kort om LOU och NOU, några vanliga frågor med svar, länkar till en del relevanta hemsidor, länk till nya blanketter och något senare också kommentarer till blanketterna. Inom kort kommer även *NOU info* från 1997 att läggas in. Starten blir relativt blygsam utan omfattande länkningar mellan olika dokument. Gör gärna en kontroll i januari - kanske är vi igång! Adressen är lätt att komma ihåg: [www.nou.se](http://www.nou.se) NOU överväger med hänsyn till dessa åtgärder att från och med 1998 inte längre distribuera *NOU info* gratis till de upphandlande enheterna. NOU vill ändå tillönska alla läsare en riktigt God Jul och ett Gott Nytt 1998

Margareta Hentze

### *Innehåll*

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
Tröskelvärden	3
Omräknade tröskelvärden för 1998	3
Krav som får ställas på leverantörer	4
Lokala/regionala hänsyn vid upphandling	4
Annonsering över tröskelvärdena	5
Efterannonsering	5

<i>Ingen efterannonsering</i>	5
<i>Ofullständig efterannonsering</i>	6
<i>1997 års upphandlingar</i>	6
Blanketter på svenska	6
CPV	7
Anbudsinfordran m.m.	7
Anbudslämnande per fax	7
Upphandling inom försörjningssektorerna	8
Elmarknaden, köp av förlust-el	8
Statistik	9
NOU:s ärenden och yttranden	9
LOU:s tillämplighet	9
Yttrande till miljödepartementet	9
ILO-konventionen	10
Rättsfall	10
EG-domar	10
Systembolaget AB	10
Mål i kammarrätt och länsrätt	11
Skadeståndsmål vid allmän domstol	13
Andra domstolsavgöranden	14
Övrigt	16
Akademisk utbildning i offentlig upphandling	16
Övrigt	17
LOU:s effekter	17
Offentlig upphandling – överväganden inför framtiden.	17

## LOU - lagen om offentlig upphandling

Riksdagen antog den 2 december de i proposition 1996/97:153 föreslagna ändringarna i LOU. Ändringarna skall träda i kraft den 1 januari 1998. Lagen kommer att tryckas om i sin helhet. Enligt telefonbesked från riksdagen skall lagen få nummer SFS 1997:1068 och beräknas utkomma från trycket den

17 december 1997. Ändringarna följer i huvudsak vad som föreslagits i propositionen. NOU har tidigare informerat om de föreslagna ändringarna främst i *NOU info juni -97*.

Regeringen kommer med hänvisning till 7 kap. 15 § i den ändrade LOU att meddela ytterligare föreskrifter i form av tre förordningar beträffande

1. vad en annons skall innehålla,
2. tekniska specifikationer,
3. skriftliga bevis som avses i 1 kap. 18 § gällande kvalificering av leverantörer.

Förordningarna förväntas under januari 1998.

## Tröskelvärden

### Omräknade tröskelvärden för 1998

I enlighet med överenskommelsen om offentlig upphandling inom ramen för världshandelsavtalet (GPA inom WTO) skall de omräknade tröskelvärdena gälla från 1 januari 1998

Med anledning av Kommissionens omräkning av ECU-värdet och SDR\*-värdet till nationella valutor meddelas här nedanstående (här ej avrundade) belopp som skall gälla i Sverige från 1

januari 1998. En ny tröskelvärdesförordning, med avrundade belopp, som ersätter SFS 1996:581 kan förväntas inom kort.

	<i>Tröskelvärdena uttryckta i</i>	
	<i>ECU</i>	<i>SEK</i>
Byggentreprenader	5 000 000	43 214 600
Varor och tjänster		
○ <i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	400 000	3 457 168
- <i>telesektorn</i>	600 000	5 185 752
○ <i>Statliga myndigheter</i>	SDR <sup>*)</sup> 130 000	1 157 410
○ <i>Övriga upphandlande enheter</i>	200 000	1 728 584
Förhandsannonsering	750 000	6 482 190

<sup>\*)</sup> SDR betyder särskilda dragningsrätter (special drawing rights) och används inom GPA.

Andra omräkningstal av intresse är

<i>1 ecu</i> motsvarar	8,643 kronor	
<i>80 000 ecu</i> -"-	691 440 kronor	(delkontrakt vid upphandling av tjänster)
<i>1 000 000 ecu</i> -"-	8 643 000 kronor	(delkontrakt vid upphandling av entreprenader)

## Krav som får ställas på leverantörer

### Lokala/regionala hänsyn vid upphandling

NOU har fått ett stort antal frågor och även skriftliga ärenden rörande möjligheten att ta lokala hänsyn vid upphandling. Flera frågor har rört ett brev från "Föreningen landsbygdshandelns främjande" som "på uppdrag av Landsbygdshandelns Riksdag" vänt sig till "kommunstyrelserna i Sveriges kommuner" med synpunkter på vikten av att viss kommunal upphandling sker lokalt. I skrivelsen påpekas också att "det hittills inte förekommit att en kommun åtalats för den lokala kommunala upphandling, som trots allt förekommer i vissa kommuner". Andra frågor har rört en uppsats, "Möjligheter till lokal och miljöanpassad livsmedelsupphandling", som lades fram vid Mitthögskolan redan våren 1996.

Med anledning härav vill NOU upplysa om att varken gemenskapsrätten eller LOU medger att lokala hänsyn tas. I en relativt uppmärksam upphandling som genomförts i Gullspångs kommun (se sid. 11) bestämde sig kommunen för att inte anta det anbud som var det mest fördelaktiga enligt anbudsutvärderingen, utan antog ett annat anbud av den anledningen att det företaget var beläget i kommunen och därför bidrog med arbetstillfällen där. Ett sådant förfarande strider mot centrala regler i Romfördraget, upphandlingsdirektiven och LOU. EG-domstolen har i ett antal domar behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot fördraget. I domen C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale No 2 di Carrara*, REG 1990, sid. 889, hade den upphandlande enheten i enlighet med italiensk nationell lagstiftning förbehållit företag belägna i södra Italien en andel om 30 % av de beställningar som omfattades av upphandlingen. Lagstiftningen hade tillkommit som en åtgärd att befrämja tillväxten och att skapa arbetstillfällen i regionen. EG-domstolen fann att reglerna i den italienska lagstiftningen stod i strid med art. 30 i fördraget. (I domen C-360/89, *Kommissionen mot Italien*, REG 1992, sid. 3401, fann domstolen samma förfarande gällande upphandling av en byggentreprenad stå i strid med art. 59 i fördraget).

Ur EG-rättslig synvinkel är det ovidkommande om en diskriminerande åtgärd vidtas med stöd av en nationell lagregel, kommunalt beslut eller liknande. Det avgörande är *effekten* av åtgärden.

Således kan den bestämmelse i 2 kap. 8 § kommunallagen som i vissa undantagsfall ger en kommun rätt att ge individuellt riktade bidrag till enskilda näringsidkare, inte utgöra stöd för särbehandling i strid med gemenskapsrätten i en upphandling.

Inte hindrar dock en upphandlande enhet att *med syftet att få till stånd en bättre konkurrens eller eljest fördelaktigare villkor* vid upphandlingen, dvs. en bättre affärssuppgörelse i det enskilda fallet, låta leverantörerna lämna anbud på såväl delar av en anskaffning som anskaffningen i sin helhet. Det är den upphandlande enheten som gör bedömningen huruvida detta är intressant från affärsmässig utgångspunkt. Syftet får således inte vara att underlätta för (gynna) lokala leverantörer att lämna anbud. Sannolikt sker upphandling från lokala leverantörer i omfattande utsträckning helt i enlighet med regelsystemet. Mot bakgrund av olika tidningsuppgifter har dock NOU anledning att befara att upphandlingar ibland sker med uppdelning av upphandlingar i andra syften än de tillåtna.

Det är emellertid i sådana fall viktigt att det av förfrågningsunderlaget fullkomligt klart framgår på vilket sätt anbud kan lämnas, t.ex. om man kan bjuda på såväl delar som på ett helt paket, och efter vilka kriterier utvärderingen kommer att ske. Övergång till förhandlad upphandling från öppen eller selektiv upphandling (som endast är tillåtet i vissa fall) kan inte ske enbart på den grunden att den upphandlande enheten önskar förhandla någon eller några delar av ett "paket". En sådan möjlighet skulle bl.a. få till följd att leverantörerna till sådana produkter (tjänster) eller produktområden (tjänsteområden) som man är tämligen ensam om, lägger in förhandlingsutrymme i sina anbudspriser.

Likaså är det viktigt att tänka på att reglerna om tröskelvärdesberäkning måste iakttas. NOU kan erinra om vad som skrivits i *NOU info okt -97* angående upphandling av ett "projekt" (Rikspolisstyrelsens uniformsupphandling), dvs. upphandling i etapper eller delar av en "helhet". Även om en uppdelning av ett projekt sker i mindre delar, skall sålunda varje enhet i hela projektet ingå i tröskelvärdeberäkningen och om projektet i sin helhet överstiger tröskelvärdet skall varje enskild del upphandlas enligt de regler som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena, således även för de delar som ligger under tröskelvärdena.

NOU finner i sammanhanget anledning att kommentera den uppsats, "Möjligheter till lokal och miljöanpassad livsmedelsupphandling", som lagts fram vid Mitthög-skolan våren 1996 (Amcoff/Ansgariusson), eftersom dess slutsatser och förslag uppfattats som sanktionerade av Glesbygdverket. NOU kan, efter kontroll med Glesbygdverket, meddela följande.

Glesbygdverkets emblem samt uttrycket "En rapport från Glesbygdverket" på uppsatsens framsida innebär inte att verket står bakom uppsatsen. Uppsatsen har endast gjorts på uppdrag av och finansierats av verket. Det vetenskapliga resultatet har endast bedömts av högskolan.

Uppsatsens slutsatser och förslag har ifrågasatts i många telefonpåringningar till NOU (även i skriftliga ärenden) och följer enligt NOU:s uppfattning inte i alla delar LOU:s krav.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Efterannonsering

Vid genomgången av annonser om upphandling och efterannonser har det visat sig att många enheter inte sköter efterannonseringen på ett tillfredsställande sätt. NOU vill påpeka att efterannonseringen är *obligatorisk* samt att en *avbruten* upphandling också skall annonseras, dock inte på blanketten för efterannonsering. I *NOU info okt -96* och i *Sammanställning NOU info*

1996 finns ett förslag till formulering för ett meddelande om avbruten upphandling till Publikationskontoret.

### *Ingen efterannonsering*

Av de upphandlingar som annonserades under perioden januari till september 1996 kunde NOU i drygt 1000 fall inte hitta någon efterannons i TED före årets slut. Förklaringarna kan vara att

- upphandlingen ännu inte har avslutats (i många fall hade dock den uppgivna leverans- eller genomförandetidpunkten passerats),
- upphandlingen har avbrutits (vilket skall meddelas till Publikationskontoret enligt ovan),
- upphandlingen har efterannonserats sent dvs. efter utgången av 1996 (Observera att efterannonsering skall göras på snabbast möjliga sätt efter avslutad upphandling och senast inom 48 dagar inom klassiska sektorerna och 60 dagar inom försörjningssektorerna),
- efterannonseringen av genomförd upphandling har glömts bort.

### *Efterannonsering*

Ett stort antal efterannonser är ofullständiga. Bland annat skall följande uppgifter finnas med i efterannonsen:

- upphandlingsförfarande,\*
- motiv för förhandlad upphandling utan annonsering enligt 2 kap. 10-11 §§, 3 kap. 15 och 17 §§ och 5 kap 17 och 19 §§,\*
- datum för kontraktstilldelning,\*
- de utvärderingskriterier som använts,
- antal mottagna anbud,
- antagna leverantörer (I de fall det är många leverantörer kan det enklaste sättet vara att bifoga en namnlista. Adress är särskilt viktig då det gäller en utländsk leverantör),\*
- upphandlingens värde (Det är meningslöst att ange t.ex. pris per matportion, kostnad per kilometer eller värde per år. Det som skall anges är de tilldelade kontraktens uppskattade *totalvärde* för hela kontraktperioden inklusive optioner),\*
- datum för upphandlingens annonsering samt annonsens referensnummer i EGT.\*

\* Dessa uppgifter är nödvändiga om det skall vara möjligt att samla in uppgifter för statistik direkt ur databasen TED. Det är tidsödande både för de upphandlande enheterna och för NOU att samla in dessa uppgifter i efterhand.

### *1997 års upphandlingar*

NOU vädjar till alla upphandlande enheter att snarast göra en genomgång av de upphandlingar som genomförts under 1997 för kontroll av om efterannonsering gjorts.

I de fall efterannonsering inte gjorts eller en upphandling avbrutits - skicka omgående uppgifter till EGT!

### *Blanketter på svenska*

Som meddelades i förra *NOU info* finns nu blanketterna för annonsering på svenska. De har ännu inte formellt rekommenderats av Kommissionen och så förväntas inte ske förrän under våren 1998. NOU avser dock att lägga ut blanketterna i Wordformat på Internet ([www.nou.se](http://www.nou.se)) redan under januari 1998. Observera att blanketterna ännu inte är professionellt "designade" och att någon smärre ändring kan komma att göras. Eventuella ändringar kommer att föras in efter hand. NOU:s kommentarer till blanketterna är under utarbetande och avses vara tillgängliga på Internet under februari 1998.

Följande nya blanketter finns

*Blanketter för "klassiska" sektorn*

- o Förhandsannonsering (samma blankett för såväl varor som tjänster och entreprenader)
- o Anbudsinfordran (samma blankett för alla förfaranden och för såväl varor som tjänster och entreprenader)
- o Efterannonsering (tilldelade kontrakt)
- o Koncession (anbudsinfordran)
- o Anbudsinfordran (som görs av en koncessionsinnehavare som ej är upphandlande enhet)

#### *Blanketter för försörjningssektorerna*

- o Förhandsannonsering (ej anbudsinfordran)
- o Förhandsannonsering (även anbudsinfordran)
- o Anbudsinfordran
- o Efterannonsering
- o Kvalifikationssystem

#### *Gemensamma blanketter*

- o Formgivningstävlan
- o Resultat av formgivningstävlan

## CPV

En ny och förbättrad version av CPV kommer enligt uppgift att bli färdigställd under april/maj 1998 och då också göras tillgänglig på Internet. I den nya versionen har (bl.a. på förslag från användare) vissa ändringar inklusive många tillägg och borttagningar gjorts. Indelningen i avdelningar, som överensstämmer med näringsklassindelningen och som används i många andra sammanhang, är densamma som tidigare. Det kommer att finnas ett sökverktyg så att den nya versionen blir lättare att använda.

## Anbudsinfordran m.m.

### Anbudslämnande per fax

#### *Över tröskelvärdena*

Vid upphandling över tröskelvärdena måste anbudet enligt LOU lämnas skriftligen (EG-direktiven anger däremot inte hur anbud skall lämnas). Om anbud i framtiden skall kunna lämnas elektroniskt krävs därför en lagändring.

Anbudsansökningar får lämnas muntligen, per telegram eller per fax.

Ansökningar som inte lämnas skriftligen skall omgående bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling.

En anbudsansökan eller inbjudan i påskyndat förfarande *skall* skickas på snabbast möjliga sätt t.ex. per fax, telefon eller elektronisk överföring. Ansökan skall bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling som måste vara avsänd före tidsfristens utgång.

#### *Under tröskelvärdena*

Anbud skall lämnas skriftligen. Anbud som lämnas genom telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling. Se nedan.

Faxnummer bör inte anges till faxapparater som är så placerade att obehöriga kan ta del av inkomna anbud.

Anbud som kommer in per fax skall läggas i ett kuvert som tillsluts, märks och läggs bland övriga anbud. Upphandlande enheter bör ha tydliga rutiner för detta.

*"Bekräftas omgående"*

Anbud som lämnats per telegram eller fax skall omgående bekräftas skriftligen. Någon ytterligare betänketid tillåts inte. Ett anbud som faxas "i sista minuten" måste således omedelbart lämnas för postbefordran.

## Upphandling inom försörjningssektorerna

### Elmarknaden, köp av förlust-el

Efter omregleringen inom elmarknaden gäller att konkurrensutsatt verksamhet dvs. produktion av och handel med el, skall hållas isär från överföringen av el dvs. nätverksamheten (som även efter reformen skall bedrivas med särskilt tillstånd). Verksamheterna skall bedrivas i olika juridiska personer. Reglerna inom elområdet skall garantera att nätverksamheten inte subventionerar elhandel eller produktion av el hos närstående företag.

Nätmyndigheten NUTEK, som har till uppgift att utöva tillsyn över reglernas efterlevnad inom elområdet, har av regeringen fått i uppdrag att analysera riskerna för korssubventionering. Med korssubventionering avses bl.a. att nätbolag köper förlustel till överpris från närstående elhandels- och/eller elproduktionsbolag.

NUTEK har med anledning av uppdraget avgett en rapport med förslag till åtgärder för att komma till rätta med korssubventionering. I rapporten föreslås bl.a. att det bör övervägas att införa en regel som förbjuder direktupphandling av förlust-el eller som påbjuder att nätföretagen skall upphandla förlustel i konkurrens genom anbudsförfarande. En sådan skärpning av reglerna skulle enligt NUTEK:s mening kunna införas i LOU.

Något förslag till lagändring vad gäller LOU har inte lagts fram i anledning av rapporten. Regeln i 4 kap. 7 § LOU, som medger undantag för bl.a. köp av energi eller bränsle för energiproduktion, om köpet görs för verksamhet som anges i 4 kap. 1 § första stycket 1. och 2. som avser bl.a. elektricitet, har inte blivit föremål för ändring. Enligt NOU:s uppfattning kan således nätbolag fortfarande utnyttja denna möjlighet till köp av förlustel utan upphandling enligt LOU.

## Statistik

På grund av att många upphandlande enheter har hanterat efterannonseringen på ett mindre tillfredsställande sätt och vissa dessutom tagit lång tid på sig att lämna kompletterande uppgifter har hela statistiksammanställningen blivit fördröjd. En utförlig rapport kommer först i *NOU info mars - 98*.

För upphandlande enheter som, trots upprepade påminnelser, inte lämnat begärda uppgifter, kan nämnas att den rapport som lämnas till Kommissionen kommer att innehålla enhetens namn samt en kommentar om att uppgift ej lämnats.

## NOU:s ärenden och yttranden

### LOU:s tillämplighet

*Fråga om en upphandlande enhet som endast administrerar ett inköp för ett projekt är skyldig att följa LOU vid inköpet. (NOU:s diariennr. 134/97-26)*

Till NOU har inkommit en begäran om granskning av Länsarbetsnämndens (LAN) inköp av arbetsoveraller för projektet Sommarskolan i Göteborg.

Enligt LAN är Sommarskolan ett samarbetsprojekt mellan Utbildningsförvaltningen i Göteborgs stad, LAN och näringslivet (Volvo Personvagnar AB, Volvo Lastvagnar AB samt SKF Sverige

AB). Projektet har delats upp i tre olika delar; Utbildningsförvaltningen ansvarar för kurser på gymnasieskolans tekniska program, LAN tar fram platser inom arbetslivet, sköter den huvudsakliga administrationen samt tillser att de deltagande eleverna får lön för sin period och näringslivet ansvarar för verksamheten inom företagen, såsom handledning, praktik och skydd (bl.a. arbetskläder).

På ett ledningsgruppmöte fattades beslut om att begära in anbud på 1300 arbetsoveraller till årets Sommarskola. Efter önskemål från näringslivet administrerade LAN inköpet.

NOU avgav följande yttrande: "En statlig myndighet (upphandlande enhet) som gör upphandlingar är skyldig att följa LOU även i de fall när inköpen görs i samarbete med ett privat företag.

Den omständigheten att det är företagen som skall bära den slutliga kostnaden för skyddskläderna kan inte i sig utesluta LOU:s tillämpning. Leverantörerna har inte heller haft anledning att anta annat än att inköpet sker enligt LOU.

Det är därför NOU:s uppfattning att Länsarbetsnämnden borde ha genomfört det aktuella inköpet av skyddsoveraller genom en förenklad upphandling enligt reglerna i 6 kap. LOU."

### Yttrande till miljödepartementet

*NOU har lämnat yttrande till Nationella Agenda 21-kommitténs slutbetänkande "Agenda 21 i Sverige. Fem år efter Rio - resultat och framtid",*

*SOU 1997:105. (NOU:s diariennr. 219/97-22.)*

I betänkandet föreslås att NOU skall utreda och undersöka olika frågor med anknytning till offentlig upphandling. Eftersom den offentliga upphandlingen är styrd av EG-rätten, betonar NOU i sitt yttrande vikten av att kommande utredningar främst inriktas på att undersöka vilka hinder för mer långtgående miljökrav (t.ex. beträffande produktionsprocesser och transportsätt) som skulle behöva undanröjas inom EG:s regelsystem.

Vidare framhåller NOU, liksom i tidigare yttranden, att de s.k. funktionsansvariga myndigheterna som tecknar statliga ramavtal utgör en betydelsefull målgrupp vid miljöanpassning av den statliga upphandlingen. NOU anför även att dessa myndigheter bör ingå, om det statliga miljöledningsprojektet utvidgas till fler myndigheter (se *NOU info mars-97*).

### ILO-konventionen

*Om arbetsklausuler i offentlig kontrakt och gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling. (NOU:s diariennr. 39/96-21)*

NOU har av ILO-kommittén blivit ombedd att inkomma med synpunkter på huruvida en ratificering av ILO-konvention (nr 94) av 1949 angående arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part är förenlig med LOU.

Konventionen innehåller bestämmelser om arbetsförhållanden vid offentliga byggnadsarbeten.

Huvudbestämmelserna avser att garantera att fastställda arbetsvillkor skyddas mot försämringar till följd av konkurrens vid anbudsgivning. I konventionen stadgas bl.a. att offentliga kontrakt skall innehålla klausuler som tillförsäkrar vederbörande arbetare arbetsvillkor som inte är mindre gynnsamma än de som fastställts i t.ex. kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem. De kontrakt som avses är arbeten i samband med bygg- och anläggningsarbeten.

NOU har begärt att få ta del av EG-kommissionens uppfattning huruvida en ratificering av konventionen är förenlig med gemenskapsrätten. EG-kommissionen, DG XV/B3, har som svar på frågeställningarna utarbetat en ärendebeskrivning inför en diskussion vid paketmötet i Sverige i september 1997.



Sammanfattningsvis framgår det av NOU:s yttrande att en ratificering av konventionen kan vara oförenlig med relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten. I sak kan exempelvis skyldigheten enligt konventionen att i offentliga kontrakt införa klausuler om arbetsvillkor visa sig vara oförenlig med EG-rättens regler om offentlig upphandling, liksom vissa bestämmelser i konventionen kan visa sig vara oförenliga med de grundläggande reglerna om fri rörlighet för varor och tjänster.

## Rättsfall

### EG-domar

#### *Systembolaget AB*

Som NOU berört i *NOU info okt -97* har EG-kommissionen ifrågasatt huruvida Systembolaget AB borde upphandla såväl försäljningsvaror som andra varor och tjänster i enlighet med EG:s upphandlingsdirektiv. Regeringen svarade kommissionen att frågan huruvida Systembolagets köp av alkoholdrycker skulle omfattas av EG-direktiven har förts in i processen i målet angående Systembolaget AB:s detaljhandelsmonopol, C-189/95, allmänne åklagaren mot Harry Franzén (Franzénmålet), och att utgången av detta mål borde avvaktas.

Av domen i Franzénmålet (avkunnad den 23 oktober 1997) framgår att Franzén i ett yttrande till domstolen hade framfört att vissa bestämmelser i alkohollagen stod i strid med bl.a. gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling. Frågan avvisades dock av domstolen med hänsyn till kompetensfördelningen i art. 177 i Romfördraget, dvs. regeln om förhandsavgörande. Enligt denna regel kan EG-domstolen *på begäran av en domstol* i ett medlemsland meddela förhandsavgörande i frågor gällande bl.a. tolkningen av Romfördraget samt giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutats av gemenskapens institutioner. EG-domstolen kan således inte meddela förhandsavgörande i en fråga på begäran av en part i en process.

### Mål i kammarrätt och länsrätt

- Den länsrättsdom som refererades i NOU info juni -97 och som behandlar en förenklad upphandling genomförd av Vilhelmina kommun avseende ajourhållning av kartdatabaser har nu prövats av Kammarrätten i Sundsvall (943-1997). Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om och kammarrätten fastställde länsrättens domslut. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

I förfrågningsunderlaget har kommunen under rubriken Anbudsbedömning angett sex kriterier. Kammarrätten uppger bland annat följande. "Vad som krävs i organisatoriskt hänseende eller vad som krävs i form av resurser och vad som avses med det senare begreppet definieras inte. Inte heller lämnas någon information i förfrågningsunderlaget om vad som avses med t.ex. projekt- och lokalkännedom. I stället överlämnas åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de anser att de uppfyller dem. Kommunen har genom en sådan utformning av förfrågningsunderlaget och principerna för anbudsbedömningen lämnat utrymme för heltigenom subjektiva bedömningar. Enligt kammarrättens mening har kommunen härigenom åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen. Förfarandet strider därför i detta avseende mot LOU". Kammarrätten fastställde länsrättens domslut att upphandlingen skulle göras om.

- Länsrätten i Skaraborgs län har prövat Gullspångs kommuns upphandling av skolskjutsar i ett mål (1789-97) och beslutat att upphandlingen skall göras om. Domen har överklagats till

Kammarrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns i målet. Överklagandet har skett av leverantören som yrkar att upphandlingen inte skall göras om utan avslutas efter rättelse.

Enligt domen framgår av förfrågningsunderlaget att vid en jämförelse av anbuderna skulle en helhetsbedömning göras, där hänsyn - utan rangordning - skulle tas till pris, fordonens lämplighet, inklusive ålder, företagets totala resurser och möjligheter att fullgöra uppdraget, personalens kompetens samt företagets garanterade servicenivå. Av domen framkommer att kommunstyrelsen beslutat att anta anbudet från Gullspångs Buss AB och som skäl för sitt ställningstagande beträffande leverantör åberopat följande skäl:

- "1. Det aktuella bussföretaget har 3,5 årstjänster. Samtliga är boende inom Gullspångs kommun. Kommunen tillmäter detta stor betydelse, dels för skattemässiga effekterna dels ock för att stadigvarande arbetstillfällen skapas.
2. Tillgången till ett bussföretag på orten bidrar till att kunna erbjuda medborgarna en god lokal service inom denna sektor.
3. Genom inköp av betydande kvantiteter drivmedel samt service och reparationer lokalt tryggas flera arbetstillfällen. Lokalisering på orten av ett bussbolag medför vidare att underlaget för serviceföretag inom denna bransch på orten säkerställs."

Av länsrättsdomen framkommer vidare att kommunen vid kammarrättens prövning av det överklagade interimistiska beslutet uppgett "...att man är medveten om att de argument och synpunkter som framförts som motiv för kommunens ställningstagande ej sammanfaller med intentionerna i LOU, men att de omständigheter som beaktats har en mycket stor betydelse för en liten kommun i dess strävan att uppnå en bra sysselsättnings- och servicenivå för invånarna." Länsrätten anför "Beslutet innebär emellertid att kommunen, under åberopande av sysselsättnings- och serviceskäl för kommunen och med frångående av de bedömningsgrunder som angetts i förfrågningsunderlaget antagit ett annat anbud än det lägsta. Härigenom har kommunen åsidosatt kravet på affärsmässighet". Genom kommunens förfarande, som uppges strida mot såväl 1 kap. 4 § som 1 kap. 22 § LOU, kan den klagande leverantören antas komma att lida skada. Grund för åtgärder enligt 7 kap. 2 § anses därmed föreligga och upphandlingen skall göras om.

- Länsrätten i Jämtlands län har i ett mål (1010-97 E) prövat en förenklad upphandling av fritidsgårds- och öppen fritidsklubbssverksamhet genomförd av Östersunds kommun. Domstolen har beslutat att upphandlingen skall göras om. Domen har överklagats till kammarrätten och NOU återkommer när ytterligare information finns i målet. Länsrätten anför "Konkurrenskravet i LOU måste tolkas som ett krav på aktivt handlande från upphandlande enhets sida för att undersöka och tillvarata den konkurrens som finns vid varje enskild upphandling. I kravet på affärsmässighet ligger bl.a. att låta leverantörerna tävla om vem som bäst kan anpassa sig till uppställda krav. Därför är det viktigt att förfrågningsunderlaget har en godtagbar standard. För att kunna iaktta objektivitet och bortse från ovidkommande hänsyn vid anbudsprövningen är det absolut nödvändigt att inte avvika från vad som krävs i förfrågningsunderlaget. Det är därför väsentligt att kraven är klart och entydigt beskrivna i underlaget. Vidare är det av vikt att en rimlig kravnivå fastställs på det som skall upphandlas.

I förevarande fall har Barn- och Ungdomsnämnden inte antagit handelsbolagets anbud, som hade det lägsta priset. I stället har nämnden med åberopande av delvis andra kriterier än som

angetts i förfrågningsunderlaget valt ett anbud från kommunens verksamhetsförvaltning till ett avsevärt högre pris. Enligt länsrättens mening har Barn- och Ungdomsnämnden inte förmått att tillräckligt tydligt precisera hur denna anbudsbedömning gjorts och således inte heller på vilket sätt handelsbolaget befunnits ha lägre kompetens och mindre erfarenhet än verksamhetsförvaltningen. I detta sammanhang bör dessutom framhållas att en uppställd kravnivå skall vara rimlig och att det vid utvärderingen av anbud normalt inte får beaktas att en leverantör kan erbjuda en tjänst som är bättre än uppställd kravnivå. Med hänsyn till vad Barn- och Ungdomsnämnden anfört i sitt yttrande i målet framstår det som om nämnden vid sin utvärdering beaktat verksamhetsförvaltningens kompetens och erfarenhet utöver vad som rimligen kan anses följa av de uppställda kraven i förfrågningsunderlaget. Av vad som sålunda framkommit i målet kan länsrätten inte finna någonting som ger stöd för att handelsbolaget i något betydelsefullt avseende brister vad gäller förutsättningarna att bedriva den verksamhet som är föremål för upphandling." Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.

## Skadeståndsmål vid allmän domstol

- Gävle tingsrätt har meddelat dom ( T 195/96) i ett skadeståndsmål och förpliktigt Länsarbetsnämnden i Gävleborgs län (LAN) att till den klagande leverantören utge skadestånd med 62 318 kr jämte ränta med anledning av en förenklad upphandling av utbildningstjänster. Leverantören förpliktigades att till viss del ersätta LAN:s rättegångskostnader med 28 125 kronor jämte ränta. Domen har vunnit laga kraft. Tingsrätten konstaterar "att det är ostridigt att vissa brister har vidlåtit upphandlingarna. Således har LAN vitsordat att beslutsmotiveringarna i vissa fall har varit bristfälliga. Det kan också, vid en jämförelse mellan de skriftliga beslutsmotiveringarna och förfrågningsunderlagen, slås fast att till viss del andra kriterier än de som angetts i anbudsfrågningarna har anförts som skäl för beslut. Detta är emellertid inte tillräckligt för att /leverantören/ skall vara berättigad till skadestånd. För att LAN skall vara skadeståndsskyldig krävs att /leverantören/ kan visa att /hans/ anbud skulle ha antagits om enbart de faktorer som framgått av förfrågningsunderlaget hade beaktats". Upphandlingen avsåg fyra olika typer av utbildningar, industriteknisk utbildning i Söderhamn, industriteknisk utbildning i Bollnäs, Restaurangutbildning i Söderhamn och utbildning Ny kompetens i Bollnäs eller Söderhamn. LAN tecknade avtal med samma leverantör avseende alla fyra utbildningstjänsterna. Tingsrätten fann att LAN handlat i strid mot bestämmelserna i 1 kap. 4 § samt 6 kap. 12 § LOU genom att inte anta den klagande leverantörens anbud avseende en av dessa utbildningar - utbildningen Ny kompetens. Den klagande leverantörens anbud avseende denna utbildning uppges vara lägst och det var en stor prisskillnad. Som skäl för att anta vald leverantör har LAN enligt domen hänvisat till kopplingen till den industritekniska utbildningen. Någon sådan koppling framgår emellertid inte av de i anbudsfrågningen angivna kriterierna och kan, enligt domstolen, inte godtas som motivering för att anta den valda leverantören. Vid beräkning av den uppkomna skadan uppger tingsrätten att ersättning skall utgå dels för den handelsvinst som leverantören förlorat genom att inte erhålla uppdraget och dels de nedlagda kostnaderna för anbudsgivning. Vad gäller rättegångskostnaderna konstaterar domstolen att leverantören endast vunnit en begränsad del och huvudsakligen tappat målet. Tingsrätten anser att leverantören skall ersätta tre fjärdedelar av LAN:s rättegångskostnader.

- Varbergs tingsrätt har meddelat en dom (T 881-95) avseende Falkenbergs kommuns upphandling av en byggtreprenad av en etapp i om- och tillbyggnad av en gymnasieskola. Kommunen skall ersätta det klagande bolaget med 370 400 kr jämte ränta. Vardera parten skall bära sina rättegångskostnader. Tiden för att överklaga domen har i skrivande stund inte löpt ut och NOU återkommer när ytterligare information finns i målet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget uppgivit att 6 kap. LOU skall vara tillämpligt. Tingsrätten uppger: "Då emellertid total anbudssumma för samtliga delentreprenader i upphandlingsförfarandet kommit att uppgå till mellan drygt 45 miljoner och drygt 47 miljoner kr, d.v.s. över tröskelvärdet (som då var 40 miljoner kronor. *NOU:s anm.*) skall upphandlingen prövas enligt 1 kap. och 3 kap. LOU". Det är ostridigt i målet att den klagande leverantören lämnat det lägsta anbudet. Av domen framkommer vidare att "...kommunen vid anbudsprövningen prioriterat kvalitetssystem högst. Falkenbergs kommun har emellertid varken i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling angett särskilda omständigheter som skulle tillmätas betydelse. Väl angav kommunen att beställaren förbehöll sig fri prövningsrätt av inkomna anbud och rätt att förkasta samtliga anbud om kostnadsläget bedömdes för högt. Förbehållet om fri prövningsrätt har emellertid inte givit en anbudsgivare någon ledning att inse vilka särskilda omständigheter eller kriterier som skulle komma att tillmätas betydelse. Såsom förfrågningsunderlaget varit utformat har det enda mätbara och för anbudsgivarna synbara kriteriet för anbudsprövningen då varit det lägsta priset. Kommunen har därför haft att anta /leverantörens/ anbud som var det lägsta". Den klagande leverantören har som uppkommen skada uppgivit dels omkostnader och dels utebliven handelsvinst. Kommunen har bestritt rätt för en anbudsgivare att få ersättning för kostnader för anbudsprövningen. Tingsrätten hänvisar till prop. 1992/93:88, sid. 102 f. och anför att det av förarbetena framgår att med uppkommen skada avses såväl onödiga kostnader som det positiva kontraktsintresset. Tingsrätten uppger vidare "Skadestånd för utebliven vinst på grund av att ett anbud inte antas bör beräknas som skillnaden mellan de intäkter som anbudsgivaren hade kunnat påräkna i anledning av uppdraget och de kostnader som denne sparar in genom att inte behöva lägga ned arbete på uppdraget (Se SOU 1976:66 sid. 177)". Leverantören har, enligt domen, hävdade att i anbudssumman låg en kalkylerad vinst om fem procent eller 1 478 750 kr. Sedan kommunen endast accepterat 270 000 kr som skäligt belopp för en inkomstförlust finner tingsrätten att det beloppet skall utdömas som skadestånd i denna del (utebliven handelsvinst). Med hänsyn till att det av tingsrätten utdömda skadeståndsbeloppet innebär en högst väsentlig jämkning, och utdömd ersättning motsvarar knappt en fjärdedel av vad leverantören yrkat, skall enligt domslutet vardera parten bära sin egen rättegångskostnad.

## Andra domstolsavgöranden

- Svea hovrätt har meddelat dom (B 2507/96) i ett mål som tidigare refererats i NOU info (Sammanställning NOU info 1996, sid. 72). Hovrätten har fastställt tingsrättens dom. Hovrättens dom har överklagats till Högsta domstolen som har beslutat att inte lämna prövningstillstånd i målet, varpå hovrättens dom står fast. I tingsrätten dömdes en upphandlingsansvarig tjänsteman för trolöshet mot huvudman till villkorlig dom och böter. Bland annat hade tjänstemannen lämnat ut uppgifter om vilka företag som hade kvalificerats för entreprenader inom projektet "Norra länken". När det gäller valet av påföljd anför hovrätten att gärningen har ett relativt högt straffvärde. Hovrätten uppger vidare

"I hovrätten har emellertid tillkommit den omständigheten att /nn/ nu avskedats från sin anställning vid Vägverket och att han därför saknar förvärvsarbete. Mot denna bakgrund finner hovrätten att påföljden för /nn/ kan stanna vid villkorlig dom i förening med ett kännbart bötesstraff."

- Solna tingsrätt har i ett mål (T 360/96) förpliktigt staten att betala 500 000 kr i skadestånd jämte ränta till ett företag. Staten skall enligt domen även betala företaget dess rättegångskostnader med drygt 150 000 kr. Domen har överklagats och NOU återkommer med information när hovrätten har avgjort målet.

Fråga är i målet om staten vid Sveriges anslutning till EG den 1 januari 1995 underlåtit att på ett korrekt sätt implementera det s.k. mervärdesskattedirektivet och om staten till följd härav ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot företaget. I domskälen anför tingsrätten följande. "Staten har alltså enligt tingsrättens mening i det aktuella avseendet underlåtit att - före den lagstiftning som trädde i kraft den 1 januari 1997 - korrekt implementera direktivet.

Enligt EG-domstolens praxis är en medlemsstat i princip ansvarig för förluster som enskilda har lidit som ett resultat av att staten har överträtt EG-rätten. Av detta följer att skadeståndsskyldighet kan uppkomma bl.a. då staten har underlåtit att implementera ett direktiv eller då staten har implementerat ett direktiv felaktigt.

En första förutsättning för att skadeståndsskyldighet skall föreligga är att den rättsregel som överträts har till syfte att *ge enskilda rättigheter*. Det primära syftet med mervärdesskattedirektivet torde inte ha varit att tillförsäkra enskilda subjekt rättigheter, men detta hindrar inte att direktivet indirekt gett upphov till sådana rättigheter". Domstolen anför vidare "En andra förutsättning är att överträdelsen av gemenskapsrätten är *tillräckligt klar*. Tingsrätten finner att direktivet i nu aktuellt hänseende är tydligt, och att det saknas handlingsutrymme för de nationella eller gemenskapsrättsliga myndigheterna. Av redogörelsen för vad som förekommit i lagstiftningsärendena framgår att staten varit medveten om direktivets innebörd men likväl underlåtit korrekt implementering. Överträdelsen kan ej anses oavsiktlig eller vittna om en rättsvillfarelse. Mot den angivna bakgrunden bedömer tingsrätten att överträdelsen varit så klar, att skadeståndsskyldighet för staten kan följa. En tredje förutsättning är att det finns ett *direkt orsakssamband* mellan åsidosättandet av statens skyldighet och den skada som den drabbade har lidit. Staten har vitsordat att ett sådant orsakssamband föreligger".

## Övrigt

### Akademisk utbildning i offentlig upphandling

NOU får regelbundet förfrågningar om vilka utbildningar som finns i offentlig upphandling.

Efterfrågan förefaller fortfarande vara stor både hos upphandlande enheter och leverantörer. Vissa universitet och högskolor i landet har börjat uppmärksamma detta och kan idag erbjuda akademiska utbildningar i ämnet. NOU fortsätter därför att informera om kurser i upphandling. NOU vill gärna uppmärksamma övriga akademiska utbildningsinstitutioner på utbildningsbehovet. De universitet och högskolor som kan erbjuda utbildning är välkomna att höra av sig genom att skicka kursinformation och namn på kontaktpersoner till NOU.

*NOU info* har tidigare (juni-97) redovisat innehållet för kurserna vid Linköpings universitet samt Högskolan i Örebro. I detta nummer kommer informationen från Mälardalens högskola och Uppsala universitets kursverksamhet.

## *Mälardalens Högskola*

1. *Byggjuridik 5 poäng* är en fristående kurs på A-nivå vid Institutionen för Ekonomi & Informatik (IEI) i Västerås. Ämnet offentlig upphandling ingår som ett avsnitt på ca: 6-8 timmar. Övrigt innehåll är kontraktsrätt, avtalsrätt, köprätt och obeståndsrätt med inriktning på problem med anknytning till byggentreprenader. I kursen ingår dessutom ett obligatoriskt projektarbete som redovisas i PM-form. Eleven väljer ämne för PM i samråd med huvudläraren.

*Förkunskapskrav:* Allmän behörighet till universitet.

*Undervisning:* Lektioner med tillämpningsövningar, dagtid.

*Kursansvarig och huvudlärare:* Jur. dr. Leif Ståhlros tel. 08-64 09 10 och Bengt Birgersson tel: 021-10 13 00.

*Nästa kurstillfälle:* hösten 1998.

2. *Associationsrätt 5 poäng* är en fristående kurs på B-nivå och ges i både Västerås och Eskilstuna. Huvuddelen av kursen består av bolagsrätt (aktiebolag, stiftelser m.m.) men offentlig upphandling ingår i ett block på sex lektionstimmar där EG-rätt och konkurrensrätt berörs.

*Förkunskapskrav:* Handelsrättslig översiktscurs (HÖK) 10 poäng eller motsvarande.

*Undervisning:* Lektioner och seminarier med tillhörande övningsuppgifter. Obligatorisk PM-uppgift och tillhörande opposition motsvarar 1 poäng. Undervisning sker på både dag- och kvällstid.

*Kursansvarig och huvudlärare:* Advokat Johan Huldt, tel. 016-12 01 12. Kursen ges en gång per termin.

*Nästa kurstillfälle:* Våren 1998.

## *Uppsala universitets Kurssekretariat*

Sekretariatet har i brev till NOU lämnat följande information:

"Kurssekretariatet erbjuder öppna tvådagarsseminarier för upphandlande enheter och leverantörer. Syftet med utbildningen är att ge en såväl teoretisk som praktisk inblick i tillämpningen av LOU men frågor som upphandlingsstrategi och affärsmässighet diskuteras även. Undervisningen sker i form av föreläsningar och tillämpningsövningar.

### *Uppdragsutbildning för företag*

Skräddarsydda utbildningar för företag som offererar till kommuner och landsting. Utbildningen kan genomföras i Uppsala eller på företaget.

Lärare är Susanne S:t Clair-Renard, universitetslektor i rättsvetenskap, specialist på offentlig upphandling, Uppsala universitet och Stefan Zetterström, biträdande jurist, Grönbergs advokatbyrå, tidigare universitetslektor i rättsvetenskap, Uppsala universitet samt gästföreläsare." Kontaktperson för anmälan och övrig information är Nina Kain (kursutvecklare och administratör) tel: 018 - 471 19 83.

## Övrigt

### LOU:s effekter

Insamlingen av uppgifter från upphandlande enheter och leverantörer angående LOU:s effekter är nu slutförd. Det visade sig att svarsfrekvensen i leverantörsenkäten inte nådde upp till samma höga tal som enkäten till de upphandlande enheterna. Ungefär hälften av de tillfrågade leverantörerna har dock svarat på enkäten.

Sammanställningen av materialet pågår och rapporten slutförs under december och kommer att distribueras under januari. Alla som besvarat enkäterna kommer att få rapporten sig tillsänd. Övriga kan beställa den från Fritzes från den 19 januari 1998.

Viss information om vad utredningen visar presenterades i *NOU info okt -97*. NOU återkommer angående rapporten.

## Offentlig upphandling – överväganden inför framtiden.

Den 8-9 december hölls en konferens i Bryssel om elektronisk handel och uppföljning av Kommissionens Grönbok om offentlig upphandling. EG-kommissionären Mario Monti talade om vilka ändringar av upphandlingsdirektiven som kommissionen anser angelägna. Kommissionen grundar sig främst på de synpunkter man fått från upphandlande enheter och leverantörer med anledning av Grönboken och har särskilt tagit intryck av önskemål om förenklade och mer flexibla regler. Villkoret för detta skulle dock enligt Monti vara en bättre efterlevnad av reglerna från medlemsstaternas sida.

Monti framhöll att det övergripande regelverket mer eller mindre är på plats. Regelverket har i huvudsak två grundläggande syften, nämligen att åstadkomma att beställarna får valuta för pengarna och att leverantörerna garanteras en rättvis behandling. De flesta yttranden över Grönboken anger att grundreglerna inte bör ändras.

Följande punkter togs upp av Monti:

- Anpassningen av regelverket till modern informationsteknologi kommer att ges högsta prioritet.
- En enhetlig tillämpning av upphandlingsreglerna skall eftersträvas. Han lämnade här två exempel:  
De grundläggande principerna om likabehandling och transparens skall tillämpas både över och under tröskelvärdena. Här kan kommissionen komma med ett skriftligt förtydligande.  
Vid upphandling av försvarsprodukter skall strävan vara att öppna dessa för konkurrens när möjlighet finns.
- Information om upphandlingar kommer att kunna nås kostnadsfritt på Internet.
- En sammanslagning av de klassiska direktiven kan komma att övervägas.
- Kommissionen kommer att överväga möjligheterna till utökad användning förhandlingar.
- Möjligheten att använda ramavtal även inom den klassiska sektorn kan också bli föremål för framtida överväganden.
- Marknaderna inom försörjningssektorerna har förändrats genom avregleringar. Omfattningen av försörjningsdirektiven kan därför komma att behöva ändras med hänsyn till den liberalisering som sker på gemenskapsnivå. Här ansåg Monti att en tumregel skulle vara att operatörer inom försörjningssektorerna som arbetar under normala konkurrensförhållanden och inte har exklusiva eller särskilda rättigheter inte skall behöva tillämpa speciella upphandlingsregler. Inte minst gäller detta telekommunikationssektorn.
- Ett klarläggande av regelverkets omfattning behövs också med hänsyn till andra trender: ökningen av privat finansiering, förekomsten av offentlig/privata samarbetsavtal, privatisering och divisionering av verksamheten m.m.
- För att små- och medelstora företag (SME) skall få bättre tillgång till marknaden måste informationen om upphandlingsmöjligheter göras mer lättillgänglig vilket kan uppnås genom IT-satsningen. En satsning på utbildning liksom på standardisering är ytterligare förutsättningar för en öppnare marknad.

- Ett närmare klagörande av var de "yttre gränserna" för regelverket går, särskilt beträffande sociala frågor och miljöpolicy är nödvändigt.
- Andra frågor som kan komma upp på agendan är inrättandet av tillsynsmyndigheter i de olika länderna, alternativt ökade befogenheter för kommissionen avseende bevakning av överträdelser av upphandlingsreglerna.
- Kommissionen vill kunna garantera företagen tillgång till marknader utanför EU vilket till en del redan har gjorts inom GPA och två bilaterala avtal.
- Ett klarläggande av regelverkets omfattning behövs också med hänsyn till andra trender: ökningen av privat finansiering, förekomsten av offentlig/privata samarbetsavtal, privatisering och divisionering av verksamheten m.m.
- För att små- och medelstora företag (SME) skall få bättre tillgång till marknaden måste informationen om upphandlingsmöjligheter göras mer lättillgänglig vilket kan uppnå genom IT-satsningen. En satsning på utbildning liksom på standardisering är ytterligare förutsättningar för en öppnare marknad.
- Ett närmare klagörande av var de "yttre gränserna" för regelverket går, särskilt beträffande sociala frågor och miljöpolicy är nödvändigt.
- Andra frågor som kan komma upp på agendan är inrättandet av tillsynsmyndigheter i de olika länderna, alternativt ökade befogenheter för kommissionen avseende bevakning av överträdelser av upphandlingsreglerna.
- Kommissionen vill kunna garantera företagen tillgång till marknader utanför EU vilket till en del redan har gjorts inom GPA och två bilaterala avtal.
- Möjligheten att använda ramavtal även inom den klassiska sektorn kan också bli föremål för framtida överväganden.
- Marknaderna inom försörjningssektorerna har förändrats genom avregleringar. Omfattningen av försörjningsdirektiven kan därför komma att behöva ändras med hänsyn till den liberalisering som sker på gemenskapsnivå. Här ansåg Monti att en tumregel skulle vara att operatörer inom försörjningssektorerna som arbetar under normala konkurrensförhållanden och inte har exklusiva eller särskilda rättigheter inte skall behöva tillämpa speciella upphandlingsregler. Inte minst gäller detta telekommunikationssektorn.
- Ett klarläggande av regelverkets omfattning behövs också med hänsyn till andra trender: ökningen av privat finansiering, förekomsten av offentlig/privata samarbetsavtal, privatisering och divisionering av verksamheten m.m.
- För att små- och medelstora företag (SME) skall få bättre tillgång till marknaden måste informationen om upphandlingsmöjligheter göras mer lättillgänglig vilket kan uppnå genom IT-satsningen. En satsning på utbildning liksom på standardisering är ytterligare förutsättningar för en öppnare marknad.
- Ett närmare klagörande av var de "yttre gränserna" för regelverket går, särskilt beträffande sociala frågor och miljöpolicy är nödvändigt.
- Andra frågor som kan komma upp på agendan är inrättandet av tillsynsmyndigheter i de olika länderna, alternativt ökade befogenheter för kommissionen avseende bevakning av överträdelser av upphandlingsreglerna.
- Kommissionen vill kunna garantera företagen tillgång till marknader utanför EU vilket till en del redan har gjorts inom GPA och två bilaterala avtal.



## NOU:s nyhetsbrev oktober 1997

En glädjande första nyhet som kan utläsas av enkätsvaren i NOU:s utvärdering av LOU:s effekter är att LOU totalt sett medfört *klart positiva ekonomiska effekter* för den offentliga upphandlingen, men skillnaderna mellan olika typer av enheter kan vara mycket stora. Kommunerna förefaller ha sparat mest. Särskilt gäller det kommuner i den inte allra största storleksklassen. Kommunala bolag har också sparat en hel del liksom regionala myndigheter inom staten. Utvärderingen är ännu inte slutförd.

Det har hänt en hel del på upphandlingsområdet sedan föregående nyhetsbrev. Flera utredningar och regeringsuppdrag har avslutats eller påbörjats. En del informerar vi om i detta nyhetsbrev. Visserligen är det naturligt att en myndighet medverkar till att uppnå de mål som statsmakterna ställt upp för samhällets utveckling. Ibland förefaller det emellertid som om alla samhällsproblem ska lösas via den offentliga upphandlingen. Och visst finns det många behjärtansvärda syften att använda ett par tre hundra miljarder till, såsom färre svartjobb, en bättre miljö, en levande glesbygd, ökad jämställdhet, utveckling av mindre och medelstora företag osv. Det finns snart inte mycket tid över för inköparna att göra bra affärer, med tanke på att de även ska följa ett omfattande regelverk som bygger på den för Sverige nya EG-rätten.

Riskerna med att tjänstemän med en viss profession (inköp) ska ägna sig åt att bedöma andra och dessutom känsliga frågor får inte heller nonchaleras. Påtryckningarna på inköparna att väga in för den enskilda upphandlingen irrelevanta hänsyn tycks öka. Det förekommer t.o.m. att man vid utvärderingen tar hänsyn till omständigheter som leverantören inte ens informerats om i förfrågningsunderlaget! Många tycker sig uppenbarligen "veta bättre" om vad som är bäst för samhället och därför kunna sätta sig över regelverket, både den svenska lagen och gemenskapsrätten. Och leverantörerna får betala med arbetsinsatser för utsiktslösa anbud.

Beklagligtvis har besked om att lagändringarna till följd av prop.1996/97:153 skulle skjutas upp och inte träda i kraft förrän några månader in på 1998, hunnit lämnas från riksdagen. I skrivande stund gäller dock att *ändringarna i LOU* förväntas tas av riksdagen den 27 november och träda i kraft 1 januari 1998. Det är också förordningar att förvänta, t.ex. inom området tekniska specifikationer. NOU återkommer med närmare besked.

Detta nyhetsbrev innehåller information om bl.a:

- senaste paketmötet
- upphandling och jämställdhet
- avgjorda NOU-ärenden (om krav på bonus från leverantör, om uthyrning, om inköp utöver avtal, om utnyttjande av förlängningsklausul, om krav på underleverantör)
- några rättsfall, bl.a. ett från regeringsrätten och ett skadeståndsmål

Hälsningar

# Innehåll

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
Paketmöte med EG-kommissionen	3
<i>Rikspolisstyrelsens upphandling</i>	3
<i>Systembolaget AB - upphandlande enhet?</i>	4
<i>ILO-konventionen</i>	4
<i>EU:s strukturfonder</i>	4
<i>Stockholms stad och Stockholms läns landsting - miljökrav</i>	5
Tillämpning av LOU	5
Undantagna tjänster	5
Prövning av anbud	5
Krav på jämställdhetsplan	5
Annonsering över tröskelvärdena	6
Läget beträffande annonseringsblanketter	6
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena	6
Definition	6
Tjänsteupphandling	7
Arkeologiska tjänster och upphandling	7
Fastighetsförvaltning	7
Statistik	8
NOU:s ärenden och yttranden	8
Ramavtal - krav på bonus i förfrågningsunderlaget	8
Uthyrning - upphandling	9
Utnyttjande av ramavtal och inköp vid sidan av dessa	9
Utnyttjande av förlängningsklausul	11
Krav på underleverantör och möjlighet att byta ut denne	11
Yttrande till Kretsloppsdelegationen	13
Yttrande över skrivelse från kommissionen angående miljö	14
Rättsfall	15
Talan enligt artikel 169 i Romfördraget	15
<i>VM-stadion i EG-domstolen</i>	15
<i>Upphandlande enhet</i>	15
Mål i Regeringsrätten	15
Mål i kammarrätt och länsrätt	16
Skadeståndsmål vid allmän domstol	17
Danska klagenämnden för utbud	18
Miljö	18
Övrigt	19
Råd för konkurrens på lika villkor	19
Teknikupphandlingsutredningen	19
Utredningen om effektivare statlig inköpssamordning	19
Branschsaneringsutredningen	20
LOU:s effekter	20

# LOU - lagen om offentlig upphandling

## Paketmöte med EG-kommissionen

EG-kommissionen har åter haft ett s.k. paketmöte med Sverige för att diskutera inre marknadsfrågor. På agendan fanns flera frågor på upphandlingsområdet.

### *Rikspolisstyrelsens upphandling*

Inför kommissionens besök i Sverige riktades kritik mot Rikspolisstyrelsens (RPS) upphandling av slipshållare, mössmärken och tjänstgöringstecken. Upphandlingen genomfördes 1994 som en öppen upphandling och denna diskuterades även vid kommissionens tidigare paketmöte i Sverige (*NOU info dec -96*, sid. 5). RPS har vidgått kommissionens kritik på ett flertal punkter och redovisat åtskilliga redan vidtagna eller planerade åtgärder för att hindra att de påtalade felen skall upprepas. NOU har - efter inhämtande av yttrande från RPS - yttrat sig till Finansdepartementet som i sin tur har svarat kommissionen.

Kommissionen har påtalat att RPS tilldelat kontraktet till en anbudsgivare som inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Genom ett skall-krav i de tekniska bestämmelserna i underlaget efterfrågade RPS mössmärken vars färg skulle anbringas genom "velourisering eller emaljering". RPS godtog emellertid ett anbud som innehöll en alternativ - och billigare - teknisk lösning trots att det inte uppfyllde skall-kraven. Detta strider enligt kommissionen mot likabehandlingsprincipen, dels därför att ett godtagande av denna alternativa tekniska lösning vid en jämförelse av anbudena lett till prisfördel för den leverantör som offererat den alternativa lösningen och dels därför att RPS själv frångått ett av sina egna skall-krav. Kommissionen påtalar vidare att RPS har valt en slipshållare i ett annat, betydligt enklare utförande än det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. I *NOU info* har tidigare framhållits att en enhet under pågående upphandling inte får lägga till, dra ifrån eller ändra kraven i förfrågningsunderlaget. Anbudsutvärdering skall göras utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller alla ställda krav (*Sammanställning NOU info 93-95*, sid. 44).

Kommissionen har också påtalat att bland RPS utvärderingskriterier ingår även vissa kriterier (t.ex. krav på stabilitet beträffande företagens resurser, soliditet och likviditet) som det enligt varudirektivet (93/36/EEG) endast är tillåtet att använda under kvalificeringen av anbudssökande eller anbudsgivare. NOU har i *NOU info okt -96* informerat upphandlande enheter om att prövningen av anbudsgivarens lämplighet och anbudsutvärderingen är två olika moment som skall ske i nämnda ordning, oavsett upphandlingsförfarande, och att de två procedurerna styrs av olika regler. Vid öppen upphandling anses dock de två procedurerna kunna göras i direkt anslutning till varandra. LOU föreslås i prop. 1996/97:153 tillföras en ny paragraf vari denna turordning av de två prövningarna förtydligas.

Kommissionen har även framfört kritik mot att förhandlingar ägt rum mellan RPS och vald leverantör efter det att beslut om leverantör tagits. Förhandlingarna ledde till förändringar i förfrågningsunderlaget och anbudspriset genom att RPS accepterade produkter som inte överensstämde med kraven mot en sänkning av priset. Kommissionen hänvisade här till att EG-domstolen i sin dom i Stora Bält-målet har framhållit att av principen om likabehandling av alla anbudsgivare följer ett krav på att anbudena, för att kunna accepteras, skall överensstämma med

förfrågningsunderlaget. Beträffande principen om likabehandling och Stora Bält-målet, se *NOU info mars -96*, sid. 6 och *NOU info okt -96*, sid. 10 och 17f (Anbud som avviker från kravspecifikation).

Kommissionen uppger att RPS:s förfrågningsunderlag på flera punkter är bristfälligt. I underlaget anges bl.a. att "samtliga krav i denna anbudsbegäran skall vara uppfyllda. I annat fall riskerar anbudet att förkastas..." Denna formulering antyder, enligt kommissionens mening, att RPS har förbehållit sig rätten att ta upp till prövning och anta ett anbud som inte uppfyller kraven.

Kommissionen har också framfört kritik mot att RPS senare upphandlat varor av samma typ genom förenklad upphandling och hävdar att detta innebär en artificiell uppdelning av upphandlingen. Om värdet uppgår till tröskelvärdet skall samtliga delupphandlingar ske enligt bestämmelserna i varudirektivet (93/36/EEG motsvarande 2 kap. LOU).

### *Systembolaget AB - upphandlande enhet?*

Kommissionen har i en skrivelse vänt sig till Sverige med frågor huruvida Systembolaget AB upphandlar sina försäljningsvaror och andra varor, tjänster och byggtreprenader enligt EG:s upphandlingsdirektiv. Svenska regeringen har svarat bl.a. att frågan huruvida Systembolaget AB skall omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling, dvs. om Systembolaget skall anses vara en upphandlande enhet, har tagits upp i det s.k. Franzén-målet (mål C-189/95) och att kommissionens frågor bör anstå tills detta mål avgjorts.

### *ILO-konventionen om arbetsklausuler i offentliga kontrakt och gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling*

Med anledning av att NOU har fått en skriftlig fråga från ILO-kommittén, har NOU begärt att få ta del av kommissionens uppfattning huruvida en ratificering av ILO-konventionen (NR 94) av 1949 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt är förenlig med gemenskapsrättsliga regler om offentlig upphandling.

Frågan diskuterades på paketmötet och NOU kommer i nästa nyhetsbrev att återge en sammanfattning av NOU:s svar till ILO-kommittén.

### *EU:s strukturfonder*

Tilldelning av medel ur EU:s strukturfonder och offentlig upphandling behandlades under mötet. Bland annat framförde kommissionen (DGXV:s kansli) att krav på upphandling med tillämpning av EG-direktiven för offentlig upphandling inte kan krävas av någon som inte utgör upphandlande enhet enligt direktiven. Enbart det förhållandet att ett privat företag tagit emot medel ur fonderna medför således inte skyldighet att tillämpa direktiven för offentlig upphandling eller LOU. Den mening NOU gett uttryck för i *NOU info juni -96* beträffande privata företag som mottar medel ur fonderna stämmer således inte med den från kommissionens sida framförda uppfattningen. NOU har ingen anledning att idag ha en annan uppfattning än kommissionen.

NOU ställde en del frågor till kommissionen om val av projekt inom "mål 3" (bekämpande av långtidsarbetslöshet) för strukturfonderna och hur upphandlingsdirektiven skall tillämpas i dessa fall. Kommissionens representanter lovade att återkomma med skriftligt svar till NOU efter att ha diskuterat frågan med de kolleger som specialiserat sig på fondfrågor.

## *Stockholms stad och Stockholms läns landsting - miljökrav*

Kommissionen har begärt information om de miljökrav som ställs beträffande transporter m.m. Frågan diskuterades under paketmötet. Se vidare sid. 14.

## Tillämpning av LOU

### Undantagna tjänster

De i 5 kap. 1 § 2 st. uppräknade transaktionerna omfattas inte av direktivet för tjänsteupphandling. NOU vill påpeka att de inte heller omfattas av några regler i LOU även om detta inte uttryckligen framgår. Någon lagändring för att klarlägga detta är inte föreslagen.

## Prövning av anbud

### Krav på jämställdhetsplan

Såvitt NOU erfarit förekommer det hos vissa kommuner och länsstyrelser att jämställdhetsplan eller liknande uppgifter i jämställdhetshänseende inforas från anbudsgivare eller anbudssökande. NOU anser det därför angeläget att understryka att en upphandlande enhet enligt 1 kap. 17 § andra stycket LOU får begära upplysningar endast om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella ställning (och ekonomiska ställning, enligt direktiv och föreliggande förslag till lagändring). Uppgifter om jämställdhet hos leverantören kan normalt inte falla inom detta stadgande och måste därför anses vara ett med LOU oförenligt krav som inte får påverka kvalificering eller anbudsprövning i upphandlingar över tröskelvärdena. Om uppgifter ändå begärs in föreligger självfallet den risken att en leverantör som inte har någon jämställdhetsplan kan komma att avhålla sig från att inge anbud på grund av kravet.

Beträffande möjligheter att verka för ökad jämställdhet mellan könen inom ramen för direktiven, se kommissionens Grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska Unionen, avsnitt 5.38 - 43.

Vad gäller upphandlingar under tröskelvärdena (och enligt försörjningsdirektivet) är inte de krav som får ställas på leverantörer begränsade till teknisk förmåga, kapacitet och finansiell (och ekonomisk) ställning. Enligt 6 kap. 12 § skall dock den upphandlande enheten alltid ange i förfrågningsunderlaget vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. De skall dessutom rangordnas om så är möjligt.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Läget beträffande annonseringsblanketter

NOU har aktivt deltagit i en arbetsgrupp som arbetat fram förslag till nya blanketter för annonsering i EGT/TED. Förslaget har översatts till samtliga EG-språk och synpunkter har inhämtats från medlemsländerna.

Enligt planerna skall förslaget behandlas i Rådgivande kommittén för offentlig upphandling i början av december och sedan kommer förhoppningsvis en rekommendation till medlemsländerna att använda blanketterna vid all annonsering.

Den arbetsgrupp som NOU deltagit i försökte åstadkomma mer långtgående förenklingar dvs. ta bort sådant som inte ansågs nödvändigt att informera om redan i annonseringsskedet. Eftersom ett sådant förslag skulle ta lång tid att genomföra (det skulle kräva ändringar i direktiven) beslöts att blanketterna skulle bygga helt på annonsförslagorna i direktiven och sedan förenklas ytterligare på sikt.

NOU återkommer med ytterligare information i nästa *NOU info*.

## Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### Definition

Definitionen av byggentreprenad har, i förslaget till ändringar i LOU, utökats till att också avse arbeten hänförliga till bilaga C till lagen (bifogad) och skall enligt förslaget ha följande lydelse: "utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion."

Entreprenaddirektivets (93/37/EEG) definition är dock tredelad och omfattar också formuleringen "utförande, av vad slag det vara må, av bygg- och anläggningsarbete i dess helhet som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven" (översättningen här av engelskans "the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority" överensstämmer inte helt med den som finns i direktivet på svenska). Definitionerna avser att klarlägga att alla kontrakt som gäller utförande av ett bygg- eller anläggningsarbete, oavsett om de kombineras med andra uppgifter eller ej, är byggentreprenadkontrakt. En upphandlande enhet kan inte genom olika "arrangemang" (t.ex. genom uppdrag åt konsult/ombud att sköta upphandlingen m.fl. uppgifter och sluta avtal med entreprenör) frånhända sig ansvaret för att upphandlingen genomförs enligt gällande regler.

Definitionen täcker även vissa kontrakt som ibland betecknas som "utvecklingskontrakt" dvs. då en entreprenör bygger på mark som inte ägs av den upphandlande enheten och sedan säljer eller hyr ut marken inklusive byggnad till den upphandlande enheten. Sådana kontrakt omfattas dock endast om byggnaden uppförs enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav.

Denna del av definitionen ("utförande, av vad slag det vara må...") har inte tagits med i förslaget till ändringar i LOU, vilket kanske kan tolkas så att de utförandeformer som avses med formuleringen redan anses täckta av den i LOU införda definitionen.

## Tjänsteupphandling

### Arkeologiska tjänster och upphandling

Enligt lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. (KML) skall länsstyrelsen fatta beslut om särskild utredning för att ta reda på om en fast fornlämning berörs av ett planerat arbetsföretag i vissa fall i enlighet med 2 kap. 11 § KML. Vidare skall länsstyrelsen fatta beslut om särskild undersökning eller arkeologisk förundersökning som villkor för tillstånd att rubba, ändra eller ta bort en fast fornlämning i vissa fall i enlighet med 2 kap. 13 § KML. I sådana beslut om särskild utredning eller särskild undersökning och/eller arkeologisk förundersökning skall länsstyrelsen ange vem som skall utföra utredningen respektive undersökningen.

Frågan huruvida länsstyrelsens angivande av vem som skall utföra utredningarna och de arkeologiska undersökningarna eller särskilda undersökningarna skall föregås av upphandling enligt reglerna i LOU har varit föremål för en del domar i överprövningsmål. Vidare har frågan utretts inom Kulturdepartementet.

Till följd av en ändring i KML gäller sedan den 1 juli 1997, att LOU inte är tillämplig när länsstyrelsen skall besluta om vem som skall utföra en särskild utredning enligt 2 kap. 11 § KML och en arkeologisk undersökning eller en särskild undersökning enligt 2 kap. 13 § samma lag. Länsstyrelsen skall dock enligt lagändringen beakta att "undersökningen skall vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna."

I motiveringen till lagändringen (prop. 1996/97:99 sid. 17f) anges att länsstyrelsens beslut om vem som skall utföra särskild utredning, särskild undersökning eller arkeologisk förundersökning utgör myndighetsutövning, varför LOU inte är tillämplig på länsstyrelsens beslut. Som stöd för att myndighetsutövning är undantaget från tjänstedirektivets tillämpningsområde stöder sig regeringen på artikel 66 och 55 i Romfördraget (prop. 1996/97:99 sid. 10), som gör undantag för verksamhet som hos medlemsstaten är förenad med utövandet av offentlig makt.

På förslag av Lagrådet ändrades lagparagrafen så, att det uttryckligen anges att LOU inte är tillämplig på de ovan angivna besluten. Därvid anförde Lagrådet (prop. 1996/97:99 sid. 43) bl.a. att - även om det anges i paragrafen att LOU inte är tillämplig - så "gäller självfallet att frågan i sista hand kan komma att bli föremål för prövning av EG-domstolen."

### Fastighetsförvaltning

Fastighetsförvaltning inkl. städning och löpande underhåll är en A-tjänst i tjänstekategori 14. Smärre reparations- och underhållsarbeten som normalt ingår i fastighetsförvaltningen och som inte utgör det huvudsakliga föremålet för upphandlingen omfattas således av tjänsten fastighetsförvaltning och skall inte upphandlas som entreprenad eller som B-tjänst.

## Statistik

Sammanställning av uppgifter för statistikändamål pågår under oktober. Information kommer att lämnas i kommande *NOU info*. Resultatet skall rapporteras till kommissionen.

Ett stort problem vid sammanställningen av uppgifter om upphandlingar över tröskelvärdena är att så många enheter inte i efterannonseringen anger totalvärdet på upphandlingen. I många fall anges ett värde per år men inte hur många år avtalet gäller. Det förekommer även styckepris, kilometerpris och pris per kubikmeter utan att antal eller volym anges. Bristerna i efterannonseringen leder till ett omfattande merarbete, dels för NOU men även för de upphandlande enheterna, som långt i efterhand måste plocka fram de uppgifter som krävs för att statistiken skall kunna sammanställas.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Ramavtal - krav på bonus i förfrågningsunderlaget

*Fråga om rättsläget beträffande upphandlande enheter som efterfrågar en bonus från leverantörerna bl.a när upphandlande enheter i förfrågningsunderlaget kräver en bonus eller provision, antingen genom att begära en viss procent av fakturerat belopp eller att bonus skall utgå med minst x %.*  
(NOU:s diariennr. 272/96-21)

I NOU:s yttrande angavs bland annat följande: "Något direkt hinder eller förbud föreligger inte för att en upphandlande enhet begär provision i samband med upphandling av ett ramavtal. Förfarandet förekommer såväl i Sverige som i de flesta andra medlemsstater i EU. NOU konstaterar att LOU inte specifikt behandlar den aktuella frågan. Såvitt NOU känner till har frågan inte prövats vare sig av EG-domstolen eller svensk domstol."

Av yttrandet framgår vidare: "Om en upphandlande enhet avser att ta ut en bonus som ersättning för de kostnader som är förknippade med att genomföra upphandlingen och att administrera ett ramavtal, anser NOU, att enheten bör efterfråga *en viss bestämd angiven bonus*. Den efterfrågade bonusen gäller då lika för alla tänkbara leverantörer och kravet gäller som andra uppställda skalkrav i upphandlingen. Den fastställda bonusen eller avgiften skall då spegla enhetens administrativa kostnader som är förknippade med ramavtalet.

NOU:s uppfattning är för närvarande att upphandlande enheter inte bör efterfråga en bonus som skall utgå med *minst* en viss procent. En sådan bonuskonstruktion skulle närmast komma att ingå bland utvärderingskriterierna och kan bland annat komma i konflikt med den upphandlande enhetens intresse att upphandla till ett så lågt pris som möjligt, eftersom ett högt pris kan ge den upphandlande enheten en hög bonus. En annan konsekvens är att en hög bonus kan påverka decentraliserade delar av en upphandlande enhet att inte avropa på ramavtalet utan i stället genomföra en separat upphandling med vald leverantör utan bonus men med ett lägre pris".

Sedan NOU avgjort ärendet har utredningen om effektivare statlig inköpssamordning avgett ett betänkande (SOU 1997:130, kommenteras på sid. 19) där det bl.a. föreslås att nuvarande provisionssystem behålls. Beträffande finansieringen av ramavtalsverksamheten anges följande:



"Ramavtalen har som regel initierats för att tillgodose den avtalstecknande funktionsansvariga myndighetens eget behov. Systemet bygger således i princip på frivillighet även i denna del. Om denna myndighet skall tillgodose även andras behov måste den kompenseras på något sätt för det merarbete som kan uppkomma. Det nuvarande provisionssystemet upplevs av de funktionsansvariga myndigheterna och av de upphandlande myndigheterna som ändamålsenligt och praktiskt. Vi har inte funnit några tillräckligt starka principiella skäl att frånga detta system".

## Uthyrning - upphandling

*Fråga om uthyrning av lokaler och överlåtelse av verksamhet bort upphandlas. Även fråga om ett landstings åtagande i ett avtal att verka för att landstinget i framtiden förlägger sina kurser och sin representation hos en viss leverantör strider mot LOU. (NOU:s diariennr. 289/96-26)*

Till NOU har inkommit en begäran om prövning av frågan om Stockholms läns landsting bort upphandla överlåtelsen av konferensverksamheten på och uthyrningen av Ulvsunda slott.

Landstinget har, i yttrande till NOU, anfört att de aktuella avtalen inte reglerar andra förhållanden beträffande rörelsens bedrivande än vad som normalt kan anses ligga i en hyresvärds intresse med avseende på ordnade förhållanden samt med hänsyn till byggnadens karaktär, omsättningshyran och rörelsens anseende för det fall hyresvärden skulle ha för avsikt att återuppta verksamheten om avtalen upphör. Vidare har landstinget anfört att avtalen inte innehåller några bindande åtaganden för hyresgästen att mot bestämt vederlag tillhandahålla tjänster åt hyresvärden och att avtalen inte i något avseende syftar till att trygga utförandet av tjänster åt landstinget utan i stället ger hyresgästen fria händer att självständigt bedriva kursgårdsverksamhet i lokalerna.

NOU har efter granskning av de i ärendet ingivna hyresavtalet jämte bilagor funnit att avtalet "inte upptar några villkor som avviker från vad som normalt förekommer vid dylika sammanhang. Inte heller åtar sig hyresgästen att utföra några tjänster åt landstinget. Transaktionen är därför i allt väsentligt att beteckna som ett hyresavtal. LOU är därför inte tillämplig på den transaktionen. I 5 § i bilaga 3 till det aktuella hyresavtalet har emellertid Stockholms läns landsting, genom dess kultur- och utbildningsnämnd, åtagit sig att verka för att förlägga landstingets egen kurs- och konferensverksamhet samt representation till Ulvsunda slott. Med anledning härav vill NOU påpeka att detta åtagande strider mot LOU." Kommande anskaffning av kurs- och konferenslokaler skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn, 1 kap. 4 § LOU. Detta gäller även vid förenklad och s.k. direktupphandling enligt 6 kap. LOU. Det är därför inte förenligt med lagen att en upphandlande enhet i sin verksamhet aktivt verkar för att en speciell leverantör skall anlitas vid framtida upphandlingar.

## Utnyttjande av ramavtal och inköp vid sidan av dessa

*Fråga om anskaffning av en vara i samband med större inköp som görs som avrop på ett ramavtal. Regler för direktupphandling. (NOU:s diariennr. 269/96-26)*

Linköpings kommun har vid en upphandling av persondatorer för elevbruk till skolor vänt sig till "de företag som kommunen via Statskontoret slutit avtal med". Dessa företag skulle ges

"möjlighet att lämna alternativa förslag på lösningar för kommunens IT-satsning för skolorna" inklusive stöldskydd till datorer.

En av anbudsgivarna uppgav att han erbjudit kommunen det enda lås som ingick i Statskontorets avtal. Kommunen förkastade detta lås och köpte annat stöldskydd utan att skriva en kravspecifikation eller fråga om leverantören hade några alternativa produkter att erbjuda.

Linköpings kommun har i sitt yttrande till NOU anfört bl.a. att kommunen har genomfört en "pris- och produktkontroll avseende persondatorer enligt Statskontorets avtal. Efter test kom kommunen fram till att låset på Statskontorets avtal inte motsvarade kommunens krav". Eftersom köpet av säkerhetsutrustning var kritisk för den övriga upphandlingen valdes i stället en lättare lösning i form av stöldskyddsskenor. Inköpet genomfördes efter kontakt med kommunens inköpsavdelning i form av direktköp. Linköpings kommun hade ingen beslutad övre beloppsgräns för direktköp/upphandling."

NOU avgav följande yttrande. "NOU gör inte här någon bedömning huruvida Statskontorets ramavtal tecknats i enlighet med LOU. Linköpings kommun har dock inte ägt rätt att inom ramen för Statskontorets avtal, dvs. utan upphandling i särskild ordning, upphandla varor, vilka inte omfattas av ramavtalet. Det är därför tveksamt om en så kallad pris- och produktkontroll kunde ske inom ramen för Statskontorets avtal. Kommunen synes därför, i vart fall vad säkerhetsanordningarna beträffar, ha påbörjat en upphandling vid sidan av Statskontorets ramavtal. Sådan upphandling måste följa reglerna i LOU. Av utredningen i detta ärende framgår inte på vilka i förfrågningsunderlaget angivna grunder kommunen för-

kastat leverantörens anbud eller om något formellt beslut i detta avseende har fattats. Linköpings kommun har sannolikt inte heller haft rätt att handla på någon annan kommuns ramavtal. Sådan rätt hade kommunen haft om den redan från början varit med om att teckna avtalet eller om den andra kommunen i förfrågningsunderlaget tydligt angivit att även Linköpings kommun skulle kunna komma att avropa på avtalet. Om kommunen påstått sig ha denna rätt i kontakterna med leverantören har den dock inte vidhållit detta påstående i sitt svar till NOU. Kommunen har inte gjort gällande att det har förelegat några särskilda skäl som gett den rätt att tillfråga endast en leverantör enligt reglerna för förenklad upphandling. Kommunen uppger i stället att den har gjort en direktupphandling från en tidigare inte tillfrågad leverantör. Det sammanlagda värdet av upphandlingen av datorer och skyddsanordningar torde klart överstiga tröskelvärdena för upphandling av varor. Om det inte förelegat en naturlig grund till att dela upp upphandlingen borde en laglig möjlighet att använda sig av en direktupphandling vara utesluten redan på den grunden att upphandlingen avsåg varor över tröskelvärdena. Även värdet på enbart låsskenor har överstigit vad som rimligen kan direktupphandlas. Då någon brådska eller synnerliga skäl inte kan anses föreligga, gör NOU bedömningen att Linköpings kommun har gjort en otillåten direktupphandling i strid med bestämmelserna i LOU."

Enligt 6 kap. 2 § 2 st. skall den upphandlande enheten vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. NOU såg det som en allvarlig brist att Linköpings kommun inte hade fastställt några beloppsgränser för direktupphandling.

## Utnyttjande av förlängningsklausul

*Inköp av större mängd än som avtalats i ett ramavtal anses vara direktupphandling vid sidan av avtalet. Förlängningsklausul bör inte utnyttjas om den vid upphandlingen avtalade volymen redan köpts. (NOU:s diarienumr. 26/97-26)*

En kommun har slutit avtal om leverans av ett par varuslag. Avtalen omfattade en två-årsperiod med rätt till ett års förlängning. Inköpsvolymen beräknades i förfrågningsunderlaget och avtalet till ett visst belopp för varje varutyp. Redan det första året överskreds inköpsvolymerna med betydande belopp. En organisation ansåg att kommunen därför inte borde förlänga avtalet. Kommunen, som var nöjd med leverantören och de villkor som kommunen haft, ville utnyttja förlängningsklausulen. Till detta kom att kommunen och leverantören deltog i ett pilotförsök med elektronisk handel.

Eftersom ärendet inte ansågs vara av allmänt eller principiellt intresse granskade inte NOU kommunens agerande och inhämtade därför inte något yttrande från kommunen utan uttalade sig endast om vad som gäller i liknande situationer. Enbart det som hävdats i de inkomna handlingarna användes därför som underlag för följande synpunkter. "Utnyttjandet av ett avtals förlängningsklausul är en avtalsrättslig fråga, som inte regleras av LOU. Utnyttjandet av förlängningsklausulen kan dock inte innebära att avtalet utsträcks till större volymer än de ursprungligen upphandlade. Anskaffning av varor utöver i avtalet reglerade volymer skall upphandlas. Att den upphandlande enheten har varit dåligt marknadsorienterad eller felbedömt sina inköpsbehov är inte ett fullgott skäl för direktupphandling. Inte heller är en pågående försöksverksamhet med elektronisk handel ett sådant skäl i sig. NOU uttalar sig inte här om det i vissa situationer kan finnas synnerliga skäl för direktupphandling utöver i avtal bestämda volymer."

## Krav på underleverantör och möjlighet att byta ut denne

*Fråga om den upphandlande enhetens möjlighet att begära att en underleverantör byts ut och de med det kravet förenade riskerna att bryta mot LOU. (NOU:s diarienumr. 70/97-26. Beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997.)*

En advokatfirma har frågat

1. Har Danderyds kommun rätt att begära att leverantören A inte anlitar bolaget B som underleverantör?
2. Är det acceptabelt och i övrigt lämpligt att muntligen inhämta referenser utan att på något sätt skriftligen dokumentera dessa?

A har uppgett att kommunen hävdar att B ägnat sig åt "ekonomiskt betänkliga affärer". Kommunen hänvisade senare till en fackförening, som skulle ha anlagt synpunkter på ett av B:s arbeten. B ansåg sig ha blivit utesluten från deltagande i upphandlingen på oklara och felaktiga grunder.

Danderyds kommun har i sitt yttrande anfört bl.a. följande. Kommunen har inte påstått att B varit inblandad i "ekonomiska betänkligheter" och har inte heller haft anledning att pröva detta i annat avseende än vad som följer av förfrågningsunderlagets krav på att underentreprenörer fullgör sina åligganden. Skälet till diskussionen var att A:s anbud på underhåll av vägar uppvisade

synnerligen låga priser avseende vinterväghållning. A:s representant kunde inte ange skäl därtill, varför frågan om att förkasta anbudet med stöd av 1 kap. 23 § LOU uppkom. A hade begränsad erfarenhet av vinterväghållning och uppgav att denna del skulle överlämnas till underentreprenören B. Vid sammanträde mellan kommunen och A framfördes kommunens synpunkt att A och B inte i referenser styrkt tillräcklig erfarenhet av vinterväghållning. A förklarade att man skulle ompröva valet av underentreprenör samt att lämnat anbud, oaktat detta, stod fast. A garanterade att en underentreprenör med god erfarenhet och kunskap om vinterväghållning, som kommunen kunde godkänna, skulle anlitas. A utsågs påföljande dag som entreprenör. Ingående kontakter har sedan hållits mellan kommunen och A, som utsett ny underentreprenör med god erfarenhet av vinterväghållning. A har vidare nyanställt kompetent arbetsledning för bl.a. vägunderhållet.

NOU har beslutat att avge yttrande enligt följande.

"Underleverantören (underentreprenören) berörs i LOU endast i 3 kap. 3 och 8 §§ samt 5 kap. 6 §. Den aktuella upphandlingen avser vägunderhåll och snöröjning, vilka - om de överstiger tröskelvärdena - torde upphandlas som A-tjänster enligt 5 kap. Upphandlingsformen har enligt uppgift varit öppen upphandling. Enligt 5 kap. 6 § får den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget begära att anbudsgivaren i sitt anbud redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan (tredje man). Lagstiftaren har valt att i LOU inte införliva en regel som motsvarar artikeln 25 stycket 2 i EG-rådets direktiv 92/50 EEG (This indication shall be without prejudice to the question of the principal service provider's liability. - Sådan redovisning skall inte påverka huvudleverantörens ansvar).

Vidare bör observeras att enligt EG-direktivens bestämmelser skall kvalificeringen av anbudsgivarna och anbudsutvärderingen utgöra två skilda moment inte bara vid selektiv och förhandlad upphandling utan även vid öppen upphandling."  
(EG-domstolens dom C-31/87 Beentjes, REG 1988, sid. 4635)

Vidare sägs i NOU:s yttrande: "Några uttryckliga lagbestämmelser om vilka krav en upphandlande enhet får ställa på en underleverantör finns inte. Upphandlingsförfarandets uppläggning talar dock för att en upphandlande enhet i normala fall inte har anledning att kontrollera underleverantörens förmåga, eftersom det är anbudsgivaren, som till alla delar ansvarar för kontraktets fullgörande. Om någon prövning av underleverantörens förmåga ändå måste ske, bör denna göras i samband med kvalificeringen av anbudsgivare. Den upphandlande enheten får vid sådan prövning inte ställa högre eller andra krav på underentreprenören än de som får ställas på anbudsgivare.

Den följande bedömningen avser därför snarare lämpligheten än lagligheten av kontrollen av underleverantör. Det får i vissa fall godtas att upphandlande enhet kontrollerar en underleverantörs kompetens. Enheten får t.ex. på grund av krav på särskild kompetens kräva att angivna nyckelpersoner (projektledare, underleverantörer) inte får bytas ut. Den upphandlande enheten skall givetvis försäkra sig om att kontraktet kan utföras. De ställda kraven måste dock ha fog för sig. De grunder på vilka en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen anges i 1 kap. 17 § LOU. Skälet att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen får användas endast om den upphandlande enheten kan visa detta. En upphandlande enhet får vidare i annons begära upplysningar endast om leverantörens tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella och ekonomiska ställning. Danderyds kommun har enligt NOU:s mening inte åberopat sådana skäl, vilka vid prövningen av anbudsgivarnas

lämplighet enligt 1 kap. 17 § LOU kunnat medföra att B uteslutits från upphandlingen, om B varit leverantör.

Begäran att anbudsgivaren skall byta underleverantör kan dessutom uppfattas som ändring av avgivet anbud samt en - vid öppen upphandling otillåten - förhandling med en av leverantörerna. NOU uttalar sig i detta yttrande inte i frågan huruvida förutsättningar för övergång till förhandlad upphandling har förelegat. Förhandling med en av anbudsgivarna i en öppen upphandling får dock anses strida mot principerna om likabehandling av anbudsgivarna, öppenhet och transparens.

Kommunens uppgifter får vidare tolkas så att kommunen dels övervägt att förkasta A:s anbud med stöd av 1 kap. 23 § LOU och dels ansett att underhåll av vägnätet vintertid utgjorde en så stor och betydelsefull del av upphandlingen att väldokumenterad och med referenser styrkt erfarenhet av vinterväghållning varit nödvändig. Kommunen kunde av denna anledning inte godta A:s avgivna anbud. NOU konstaterar dock att kommunen tecknat avtal med A direkt efter det att denne förklarat sig villig att ompröva valet av underentreprenör, således utan att invänta att en ny underentreprenör har presenterats, kontrollerats och kunnat "godkännas" av kommunen. Av kommunens yttrande framgår inte heller om kommunen i enlighet med 1 kap. 23 § LOU skriftligen begärt förklaring till det låga priset och om A före beslutet om leverantör har givit någon förklaring till det låga priset på vinterväghållningen eller om denna förklaring ansågs tillfredsställande."

NOU har ansett att "kommunens krav på godkännande av A:s underleverantör har medfört att kommunen brutit mot principerna om likabehandling och öppenhet genom att dels inte förkasta ett anbud, vilket inte ansågs uppfylla alla ställda krav och dels inlett en förhandling med en av leverantörerna om ändring av anbudet utan att ge de övriga anbudsgivarna samma chans därtill."

NOU har slutligen pekat på att de "skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen skall finnas dokumenterade hos den upphandlande enheten. Därtill hör rimligen även vad som framkommit vid referenstagning. Någon sådan skriftlig bevisning har inte åberopats av Danderyds kommun."

(Efter det att NOU uttalat sig har frågan berörts i SOU 1997:111, Branschsanering, sid. 512. I utredningen anges att en upphandlande enhet inte kan utestänga underleverantören från upphandlingen enligt de uteslutningsgrunder som är tillåtna enligt 1 kap. 17 § LOU.)

## Yttrande till Kretsloppsdelegationen

*NOU har lämnat yttrande till Kretsloppsdelegationens rapport 1997:14 Strategi för kretsloppsanpassade material och varor.  
(NOU:s diarienumr. 147/97-22)*

Vägledningen om miljöanpassad statlig upphandling som gavs ut 1996 av Naturvårdsverket i samarbete med Kemikalieinspektionen och NOU kritiseras på flera ställen i rapporten vilket föranledde NOU att yttra: "NOU har i sitt yttrande över Europeiska kommissionens Grönbok om Offentlig Upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden (bilaga 3), påtalat att det finns en intressekonflikt mellan å ena sidan principerna om icke-diskriminering och varors fria rörlighet och å andra sidan hänsynstagande till miljön. NOU betonade att det är viktigt att det tas ett samlat grepp inom hela Kommissionen vad avser miljökrav och offentlig upphandling. Vidare anförde NOU att miljön genom de förändringar som skett i Romfördraget

p.g.a. Enhetsakten och Maastrichtfördraget kommit att tillmätas betydligt större betydelse inom EU än vad som tidigare varit fallet. NOU argumenterade även för att regelverket om offentlig upphandling inte bör verka hämmande för ett land som vill utveckla sina företag i miljövänlig riktning.

Kretsloppsdelegationen anser att den vägledning om miljöanpassad statlig upphandling som gavs ut 1996 av Naturvårdsverket i samarbete med Kemikalieinspektionen och NOU mer förutser framtida eventuella svårigheter i EG-domstolen än ser till de möjligheter som finns. En tillsynsmyndighet som NOU måste dock i sina uttalanden till upphandlande enheter utgå ifrån hur man bedömer att EG-domstolen skulle tolka en viss fråga i dagens läge. Eftersom det ofta rör komplicerade spørsmål och EG-domstolen ännu inte har uttalat sig i något mål om miljökrav vid offentlig upphandling är det sällan möjligt att ge ett säkert svar på vilka miljökrav som kan ställas. Både möjligheter och risker måste belysas och NOU vill understryka att EG-direktiven för offentlig upphandling begränsar möjligheterna att ställa miljökrav.

NOU vill avslutningsvis påpeka att det bland centralt upphandlingsansvariga i övriga EU-länder utöver Danmark är svårt att finna stöd för den vida tolkning som NOU redan gjort av vilka miljökrav som kan ställas."

## Yttrande över skrivelse från kommissionen angående miljö

*(NOU:s diariennr. 126/97-22)*

Kommissionen har sänt en skrivelse (B/96/2239) till Sverige med begäran om att få ta del av handlingar med anknytning till ett beslut som skulle ha fattats av Stockholms stads miljö- och hälsoskydds nämnd att skärpa miljökraven till att gälla även transporter vid stadens inköp av varor och tjänster. Vidare ville kommissionen få information om det sätt på vilket Stockholms stad och Stockholms läns landsting beaktar miljöhänsyn vid upphandling av varor och tjänster.

Kommissionens skrivelse är inte en s.k. formell underrättelse (se *NOU-info juni-97*) men om kommissionen inte får ett tillfredsställande svar inom den utsatta tiden kan en sådan formell underrättelse förväntas.

Regeringen anmodade NOU att yttra sig över kommissionens skrivelse samt inhämta yttranden från Stockholms stad och Stockholms läns landsting.

I NOU:s yttrande till regeringen framhålls att Stockholms stad ännu inte har fattat något beslut om att skärpa miljökraven till att gälla även transporter vid inköp av varor och tjänster samt att ärendet skall beredas ytterligare för att anpassas till EG:s regler i syfte att inte bryta konkurrensneutraliteten.

Stockholms läns landsting säger sig inte ställa krav på uppfyllande av miljökriterier för transporter vid upphandling av varor och tjänster. Miljökrav på transporter ställs endast vid separata upphandlingar av fordon eller transporttjänster.

I regeringens svar till kommissionen ingår yttrandena från NOU, Stockholms stad och Stockholms läns landsting som bilagor. Efter detta har ett paketmöte hållits vid vilket representanter för Stockholms stad och Stockholms läns landsting var närvarande.

## Rättsfall

### Talan enligt artikel 169 i Romfördraget

#### *VM-stadion i EG-domstolen*

Kommissionen har beslutat att väcka talan i EG-domstolen mot Frankrike för brott mot direktiv 93/37/EEG vid tilldelning av ett bygg- och anläggningskontrakt för ett fotbollsstadion (Stade de France) i Paris inför fotbolls-VM 1998.

Kommissionen anser att den upphandlande enheten inte har följt förfrågningsunderlaget med hänsyn till att den segrande anbudsgivaren tillåtits göra väsentliga ändringar av sitt anbud under upphandlingens gång. Dessutom innehöll inte avtalet med denne drift av stadion, varför kommissionen ifrågasätter om upphandlingen rätteligen skulle ha klassificerats som bygg- och anläggningskontrakt i stället för koncession för drift av anläggningen.

Avtalet medförde också att anbudsgivaren beviljades ansevliga bygg- och anläggningskontrakt och att lokala företag tilldelades en viss procent av anknutna byggnadsarbeten, vilket strider mot artikel 30 (fria varurörelser) och artikel 59 (rätt att tillhandahålla tjänster) i Romfördraget och mot direktiv 93/37/EEG.

#### *Upphandlande enhet*

Kommissionen har inlett ett förfarande enligt artikel 169 i Romfördraget gentemot Irland på grund av bristande uppfyllande av direktiv 77/62 (äldre version av direktivet) avseende varuupphandling, mål C-353/96.

The Irish Forestry Board hade upphandlat gödningsmedel till ett värde som översteg tröskelvärdet utan föregående annonsering enligt upphandlingsdirektivet. Frågan gäller huruvida Irish Forestry Board omfattas av direktivet eller inte. Irland har invänt bl.a. att Irish Forestry Board såsom ett kommersiellt organ inte omfattas av definitionen "a body governed by public law". Kommissionen har invänt att frågan inte gäller huruvida det är ett kommersiellt organ, utan huruvida det tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, samt att det av bl.a. den irländska lagstiftningen inom skogsvårdsområdet framgår att det är just ett behov i det allmännas intresse som Irish Forestry Board tillgodoser. Jämför förslaget till ändring av 1 kap. 6 § LOU enligt prop. 1996/97:153.

### Mål i Regeringsrätten

Regeringsrätten har i en dom den 19 juni 1997 (mål nr 4942-1995) behandlat frågan huruvida det är förenligt med LOU att en upphandlande enhet i anbudsinfordran kräver att en anbudsgivare skall lämna uppgift om vilka kostnader dennes anbud grundar sig på och vilka påslag som gäller för de olika kostnaderna samt anbudsgivarens vinst för den händelse anbudet skulle antas. Upphandlingen gällde arbetsmarknadsutbildning, dvs. en B-tjänst. Av anbudet skulle således framgå anbudsgivarens kostnader för bl.a. administration, lärare och instruktörer samt dennes pålägg och vinstmarginal.

I länsrätten och kammarrätten förklarades kravet inte vara förenligt med LOU.

Regeringsrätten förordnade att NOU skulle yttra sig i ärendet liksom Konkursverket. NOU anförde bl.a. att det i målet ifrågasatta förfarandet måste anses vara konkurrensbegränsande och därför oförenligt med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. NOU anförde också att förfarandet fick anses stå i strid med upphandlingsförordningen och Riksrevisionsverkets föreskrifter till förordningen, vilka till stor del ligger till grund för reglerna om upphandling enligt 6 kap. LOU. I ett par angivna undantagsfall kunde förfarandet tillåtas enligt föreskrifterna, nämligen dels då affärsmässigt godtagbara villkor inte kunde uppnås som en direkt följd av att konkurrens saknades eller var otillräcklig och dels då ett utvecklings- eller produktionsuppdrag måste läggas ut, trots att stor osäkerhet förelåg beträffande kostnaderna.

Konkursverket delade NOU:s bedömning att förfarandet var konkurrensbegränsande och stod i strid med affärsmässighetsprincipen och anförde bl.a. att verkets erfarenheter var att ett sådant krav i många fall har motverkat en effektiv upphandling och konkurrens.

Regeringsrätten anförde i domskälen att den delade NOU:s och Konkursverkets bedömning att kravet fick anses vara konkurrensbegränsande och mot den bakgrunden oförenligt med 1 kap. 4 § LOU. Regeringsrätten fann därför att det var ett förhållande som borde föranleda att upphandlingen skulle göras om.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Länsrätten i Stockholms län har prövat en upphandling av punktskriftsböcker i ett mål (Ö 9105-97) och avslagit ansökan om ingripande enligt LOU. Domen har vunnit laga kraft.

Klaganden har vänt sig mot en formulering i underlaget till intresseanmälan som tycks hindra nya aktörer att ens lämna in en intresseanmälan. Formuleringen lyder: "Förutsättningar; minimikrav för att ansöka om att få lämna anbud är en tidigare originalproduktion av minst 10 000 punktskriftssidor/år under minst två år". Denna restriktion innebär - enligt klaganden - att endast firmor som idag har eller som tidigare har haft avtal om framställning av punktskriftsböcker med Talboks- och Punktskriftsbiblioteket (TPB) kan komma ifråga och har yrkat att formuleringen skall tas bort.

TPB har anført att ett selektivt förfarande har valts för att kunna begränsa anbudsgivningen till leverantörer som visat att de har teknisk förmåga och kapacitet för den aktuella produktionen. När det gäller punktskrift är en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet för den avsedda produktionen särskilt viktigt. Leveransförseningar och kvalitetsbrister i leveransen får särskilt menliga konsekvenser för den enskilde och kan inte tolereras.

Länsrätten anger att "Det är tillåtet att ställa andra krav (än de i 1 kap. 17 §, *NOU:s anm.*) som den upphandlande enheten anser vara viktiga. Dessa krav skall dock vara affärsmässigt avvägda i förhållande till det som upphandlas. Med hänsyn till den speciella marknad och den produktionsvolym det rör sig om samt den av TPB uppgivna känsligheten för leverans- och kvalitetsstörningar finner länsrätten att de krav som TPB ställt i underlaget, med förutsättningar och krav för att ansöka om att få lämna anbud för produktion av punktskriftsböcker, inte strider mot kravet på affärsmässighet i LOU".

Länsrätten avslag ansökan om ingripande enligt LOU.



## Skadeståndsmål vid allmän domstol

För första gången skall ett skadeståndsmål enligt LOU prövas av högsta instans. Högsta domstolen (HD) har nyligen meddelat prövningstillstånd (T 1441-97) i målet Arkitekttjänst i Uppsala AB mot Heby kommun. (för information om tingsrättens och hovrättens domar se *Sammanställning NOU info 96* sid. 67). Den normala handläggningstiden är lång och målet har inte förtur, varför det lär dröja innan HD avgör målet. NOU återkommer med information.

Den skadeståndsdom från Falu tingsrätt (T 1158-96) som refererades i *NOU info juni -97* har vunnit laga kraft.

- Lunds tingsrätt har meddelat dom (T 1795-96) avseende en öppen upphandling av färdtjänst som genomförts av Lunds kommun. Den förfördelade leverantören tillerkändes ett skadestånd på 3 852 000 kronor jämte ränta. Kommunen skall dessutom utge ersättning för leverantörens rättegångskostnader. Målet har överklagats till hovrätten.

Tingsrätten fann att Lunds kommun brustit i den affärsmässiga objektivitet och saklighet som 1 kap. 4 § LOU kräver genom att för socialnämnden presentera ett mycket *missvisande beslutsunderlag*.

Domstolen uppger att beräkningarna i de till nämndens ledamöter utdelade ta-bellerna bygger på förutsättningen att s.k. särskild hjälpinsats - för vilket den förfördelade leverantören i sitt anbud som enda bolag debiterar 17 kr/resa - förekommer vid samtliga körningar. Av utredningen i målet framgår att sådan särskild hjälpinsats i verkligheten endast erfordras vid högst 5,7 % av körningarna - ett förhållande som inte kan ha varit okänt för tjänstemännen vid socialförvaltningen. Vidare uppges att beräkningen också bygger på förutsättningen att väntetidsersättning aldrig utgår, dvs. att fordonet aldrig skulle stå stilla eller färdas långsammare än 33 km/tim. I den förfördelade leverantörens anbud har poängterats att man - till skillnad från övriga anbudsgivare - inte debiterar ersättning för väntetid, vilken kostnad normalt motsvarar ungefär en femtedel av priset. Genom att införa dessa uppenbart orimliga förutsättningar har tabellerna blivit starkt missvisande till den förfördelade leverantörens nackdel och vilseledande för de nämndledamöter som inte var närmare insatta i bakgrundsmaterialet och kände till hur en riktig jämförelse av anbuden skulle göras.

Den *utredning som genomförts beträffande missnöje* med den förfördelade leverantören har varit otillräcklig och inte dokumenterats och borde därför inte tillmätas betydelse vid en objektiv och saklig prövning av anbuden. Lunds kommun har enligt domstolen även i detta hänseende brustit i affärsmässighet.

Utredningen visar, enligt tingsrätten, att Lunds kommun, såvitt avser kriteriet service, främst har grundat sitt beslut att inte anta den förfördelade leverantörens anbud på uppgifter som erhållits från ett antal av kommunen utvalda referenspersoner och på den kännedom om företaget som vissa av nämndens ledamöter själva haft genom tidningsartiklar och kontakter med färdtjänstberättigade resenärer. Uppgifterna har inte dokumenterats. Kommunen har, såvitt framkommit i målet, inte heller närmare undersökt orsaken till kritiken. Särskilt anmärkningsvärt är att kommunen inte hört någon av de referenspersoner som den förfördelade leverantören åberopat. Om så hade skett torde kommunen ha erhållit en mer rättvisande bild av företagets möjligheter att i framtiden uppfylla de ställda kraven på service.

Leverantören har vitsordat att det tidigare förelåg problem på en av bolagets beställningscentraler och att man därför fick befogad kritik från sina kunder. Enligt leverantören lade företaget emellertid ner ett omfattande arbete på att lösa problemen. Vid tidpunkten för upphandlingen ansågs problemen vara lösta, vilket också hade kunnat intygas av planeringschefen vid kollektivtrafiknämnden i Karlstad kommun som åberopats som referensperson av leverantören.

Av domskälen framgår följande. "Enligt tingsrättens uppfattning kan det bara i speciella fall vara tillåtet att vid offentlig upphandling förkasta ett anbud på grund av risken för att en leverantör inte kommer att prestera i enlighet med anbudet. I allmänhet bör den upphandlande enheten kunna utgå från att anbudsgivaren kommer att fullgöra sina åtaganden. Beställaren har vid eventuella kontraktsbrott möjlighet att göra gällande de påföljder som lag och avtal erbjuder och kan skydda sig mot bristande fullgörelse genom ett omsorgsfullt utformat förfrågningsunderlag och kontrakt."

Tingsrätten uppger att Lunds kommun brutit mot LOU:s krav på affärsmässighet och vidare att socialnämnden vid en saklig och objektiv jämförelse av anbuden skulle ha kommit fram till att den förfördelade leverantörens anbud med hänsyn till samtliga omständigheter var ekonomiskt mer fördelaktigt än anbudet från det företag som vann upphandlingen.

Kommunen har således även brutit mot 1 kap. 22 § LOU. Lunds kommun ansågs på grund härav skyldig att ersätta leverantören dennes skada.

NOU återkommer med information när hovrätten har meddelat dom i målet.

## Danska Klagenämnden för utbud

NOU har i *NOU info mars -97* informerat om den danska Klagenämnden för utbud. För den som söker mer information om Klagenämndens verksamhet kan nämnas att myndigheten under året bl.a. kommit ut med skriften "Kendelser fra Klagenævnen for Udbud, 1. Samling" vilket är en samling av de 27 kungörelser man avgivit under perioden Januari 1992 till September 1996. Varje ärende inleds med en sammanfattning. Det finns också ett stickordsregister omfattande parter, tjänster, berörda upphandlingsregler och upphandlingstermer. Skriften, som är på knappt 300 sidor, kan beställas på webadressen <http://www.ks.dk> eller via fax på nummer 009 45 33 32 61 44.

## Miljö

Se sid. 14 "Yttrande över krivelse från kommissionen angående miljö" och sid. 13 "Yttrande till Kretsloppsdelegationen".

## Övrigt

### Råd för konkurrens på lika villkor

Enligt budgetpropositionen skall ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor inrättas. I rådet skall ingå representanter för offentlig och privat verksamhet. Rådets uppgift skall, enligt propositionen vara att, med beaktande av de olika grundförutsättningar som gäller för privat och offentlig sektor, söka undanröja konkurrenskonflikter mellan privat och offentlig verksamhet. Rådets verksamhet skall inriktas på fall av allmänt intresse och särskilt uppmärksamhet skall ägnas åt frågor som rör prissättning och konkurrens på så lika villkor som möjligt. Verksamheten skall syfta till att ge vägledning för framtiden om hur konkurrenssnedvridande förfaranden kan undvikas och om möjligt till att vissa typer av konkurrenskonflikter kan mönstras ut. Rådet skall fortlöpande samråda med Konkurrensverket och NOU, samt med andra berörda organ. Rådet avses få en samlad bild av vad som kan vara osund konkurrens. Med detta som underlag skall rådet diskutera principiella konkurrensfrågor, sprida information om goda exempel på en väl fungerande konkurrens och söka nå en samsyn för framtiden om hur de långsiktiga spelreglerna på området bäst formuleras. Det är ännu obekant för NOU vid vilken tidpunkt rådet börjar sin verksamhet.

### Teknikupphandlingsutredningen

Teknikupphandlingsutredningen uppger i betänkandet "Upphandling för utveckling", (SOU 1997:88), bland annat följande. "Teknikupphandling, upphandling som innebär att leverantören måste genomföra ett tekniskt utvecklingsarbete för att tillgodose köparens krav, är en väl etablerad metod i Sverige. Den används /.../ bl.a. för att upphandla stora komplexa system inom exempelvis försvaret, byggbranschen och för kollektivtrafiken. Offentlig teknikupphandling används också som ett medel för produktutveckling, både för att förse den offentliga sektorn med utrustning och för att tillgodose andra offentliga intressen." Teknikupphandling går att förena med reglerna om offentlig upphandling men reglerna om sekretess (anbudssekretessen hindrar normalt en dialog mellan olika leverantörer, vilken kan vara av stort intresse för beställaren) respektive konkurrens (möjligheten att bilda konsortier vid upphandling påverkas av konkurrenslagen) gör arbetet mer komplicerat än tidigare.

### Utredningen om effektivare statlig inköpssamordning

I betänkandet "Effektivare statlig inköpssamordning" (SOU 1997:130) redovisas ett förslag till principlösning för den statliga inköpssamordningen. I första hand innebär denna att inom givna ramar förbättra det nuvarande systemet. En ny central samordningsmyndighet bör utses och få till uppgift att bedöma inom vilka verksamhetsområden den största besparingspotentialen kan finnas och vilken typ av inköp som därför bör samordnas. Kammarkollegiet föreslås få ansvara för dessa centrala samordningsuppgifter. Ramavtalen bör ses över kontinuerligt så att de täcker de mest angelägna områdena för samordning, dvs. homogena och standardiserade produkter som sammanlagt upphandlas i stor omfattning. Detta kan leda till att antalet ramavtal minskar, men att de återstående används i större utsträckning. En uppgift utöver ramavtalssamordningen för den centrala samordningsmyndigheten kan bl.a. vara att verka för samverkan med kommuner och landsting.

Utredningen är medveten om att kommissionen inlett ett förfarande mot Storbritannien avseende användningen av ramavtal av den typ som används i Sverige. Utredningen föreslår dock att systemet bibehåller sin nuvarande karaktär och att ramavtalen även i framtiden skall vara frivilliga. Om utgången av förfarandet mot Storbritannien skulle bli den att ramavtal inte får användas på det sätt som sker idag, får en förnyad genomgång göras av användningen av ramavtal och organisationen av statlig inköpssamordning.

## Branschsaneringsutredningen

Branschsaneringsutredningen har lämnat sitt huvudbetänkande, (SOU 1997:111). Utredningen, som behandlar offentlig upphandling på mer än 70 sidor i sitt betänkande, lämnar ett antal förslag som kan komma att påverka upphandlingsprocessen. NOU kommer att redogöra för en del av förslagen i kommande *NOU info*.

## LOU:s effekter

Under 1997 har NOU gjort en omfattande enkät till nära 400 upphandlande enheter för att bedöma hur LOU påverkat den svenska offentliga upphandlingen, främst ekonomiska effekter, pris- och kvalitetseffekter och behovet av arbetsinsats. Men också hur reglerna påverkar effektiviteten i upphandlingen och i vilken utsträckning regelverket inte följs samt hur inköpsorganisation och samverkan påverkats. Som en extra kontroll intervjuas enheter med omfattande upphandling som angett betydande nettoeffekter (besparing såväl som fördyring). Uppgifterna har tyvärr ännu inte sammanställts till någon rapport, men vissa bedömningar kan vi börja göra. (Även 300 leverantörer har tillfrågats, men här har vi ännu inte fått tillräckligt med svar för att påbörja några sammanställningar).

I enkäten till de upphandlande enheterna tillfrågades statliga myndigheter, kommuner och kommunala bolag samt landsting och landstingskommunala bolag om sin upphandling av varor och A-tjänster. Svarefrekvensen uppgick till nästan 90%.

*Totalt sett har LOU så här långt medfört positiva ekonomiska effekter för den offentliga upphandlingen*, men skillnaderna mellan olika typer av enheter kan vara mycket stora. Enheterna anger dessutom sina förändringar utifrån skiftande förutsättningar och utgångslägen, så jämförelsemöjligheterna är inte alltid så goda.

*Kommunerna förefaller ha sparat mest*. Särskilt gäller det kommuner i den inte allra största storleksklassen. *Kommunala bolag* har också sparat en hel del liksom *regionala myndigheter* inom staten. Däremot tycks många *små myndigheter* i större utsträckning än andra typer av upphandlande enheter ha drabbats av *fördyringar*. Inom *landstingsvärlden* tycks man totalt sett inte ha gjort så mycket av besparing. Däremot är detta inte sant vad gäller de centrala inköpsenheterna på landstingen.

Över huvudtaget kan man nog säga att *enheter med lite mer omfattande upphandling* är aningen *mer positiva* (dvs. har gjort mer besparingar) än enheter med liten upphandling.

Det tycks också finnas vissa samband mellan *centraliserad upphandling* och besparingseffekter – ju mer centraliserad upphandlingsverksamhet – ju större besparingar. Det förefaller vidare som om *ökad samordning* varit en förutsättning för att kunna tillgodogöra sig besparingseffekter av LOU.

Samordningsinsatser till följd av LOU har mycket riktigt ökat framför allt på den kommunala sidan.

LOU:s regler förefaller vidare ha påverkat särskilt kommunerna till att i ökad utsträckning ta in *anbud i konkurrens*. Beträffande sanktionssystemets inflytande så tycks detta ha medverkat till att mindre kommuner mer än tidigare genomfört upphandlingar i konkurrens.

En glädjande effekt är att konkurrensen i kommunernas upphandling (precis som NOU antog från början) har ökat när det gäller upphandling av varor *under tröskelvärdena*, för övrigt markant mer än inom staten. Det är konkurrensen mellan gamla anbudsgivare som ökat.

En märklig effekt är att *arbetsinsatsen har måst ökas* efter införandet av LOU – även under tröskelvärdena! Eftersom regelsystemet är i stort detsamma som tidigare så kan man väl bara dra slutsatsen att man först nu börjat läsa igenom det och tillämpa det?

## Myndighetens organisation

- en nämnd (expertgrupp), som leds av en ordförande
- ett kansli, som leds av en kanslichef

### Nämndledamöter

Regeringen har utsett följande nämndledamöter:

*Lisbeth Edlund*, kammarrättslagman, Kammarrätten i Göteborg, ordförande

*Bengt Agild*, kommerseråd, Kommerskollegium, vice ordförande

*Charlotte Hedberg*, kansliråd, Finansdepartementet

*Eva Sveman*, jurist, Landstingsförbundet

*Hans Ekman*, sektionschef, Svenska Kommunförbundet

*Tomas Axi*, inköpschef, Luftfartsverket

*Peter Thore*, marknadsdirektör, Partena AB

*Jonas Berggren*, civilekonom, Sveriges Industriförbund

### Kansliet

NOU:s kansli skall

- sköta den löpande verksamheten inom nämndens ansvarsområden,
- svara för kontakter med myndigheter, organisationer och allmänheten.

På kansliet som är lokaliserat till Riddarholmen i Stockholm arbetar f.n. elva tjänstemän,

*Margareta Hentze*, civilekonom, kanslichef

*Monica Bjurler*, assistent

*Hans Sylvén*, chefsjurist

*Marie-Louise Falck*, jur.kand.

*Rickard Falkendal*, jur.kand.

*Camilla Graf Morin*, jur.kand.

*Birgitta Hedlund*, fil.mag.

*Magnus Josephson*, jur.kand.

*Michael Slavicek*, kammarrättsassessor

*Andrea Sundstrand*, jur.kand. (tjl.)

*Johan Svedberg*, jur.kand.

Expeditionstider: 09.00 - 11.30 och 13.00 - 15.00

Telefontider: 09.00 - 11.30

Postadress: **Nämnden för offentlig upphandling**

**Box 2012**

**103 11 STOCKHOLM**

Besöksadress: **Norra Riddarholmshamnen 1**

Telefon: **08 - 454 44 40**

Telefax: **08 - 791 72 81**

## Myndighetens uppgifter

Nämnden bildades den 15 mars 1993 och har bl.a. följande uppgifter:

### *Tillsyn*

- över upphandling enligt Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ändrad och omtryckt 1993:1468, därefter ändrad 1994:614, 1995:704, 1996:433)

### *Information*

- lämna information
- ge ut allmänna råd inom sitt tillsynsområde

### *Internationell bevakning*

- följa den internationella utvecklingen på upphandlingsområdet inom EU och WTO

### *Miljöfrågor*

- verka för en miljöanpassad offentlig upphandling

### *Statistik*

- samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål

### *Effektivitet*

- verka för en effektiv offentlig upphandling

## NOU:s nyhetsbrev juni 1997

Nyhetsbrevet för juni tar naturligtvis upp de *ändringar av LOU* som föreslås i den nyss avlämnade prop. 1996/97:153 för ikraftträdande 1 jan 1998. I stort sett samtliga ändringar är föranledda av påpekanden från EG-kommissionen. Vi kommenterar inte alla, ett 90-tal paragrafer berörs, särskilt många gäller försörjningssektorerna. Många ändringar är av ytterst detaljerad natur.

För alla er som enbart är berörda av *upphandling under tröskelvärdena*, upphandling av B-tjänster eller annan upphandling som skall ske enligt 6 kap. LOU, är endast ett fåtal nyheter av intresse såsom:

- utökad tid för överprövning - fram till dess avtal har träffats - och skadeståndstalan - påbörjas inom ett år från nämnda tidpunkt.
- begreppet upphandlande enhet föreslås bli ändrat/omdefinierat i 1 kap. 5-6 §§ och kommer därmed att omfatta fler organisationer.
- en utökad exemplifiering av de omständigheter som kan tillmätas betydelse vid anbudsprövningen (förutsatt att dessa också framgår av annonsen/förfrågningsunderlaget!) är det enda förslaget till ändring som också berör 6 kap.

Vi tar också upp *NOU:s granskning av klagomålsärenden* och resultatet av några ärendegranskningar som berör frågan om anbudsprövning när någon anbudsgivare uppbär stöd av något slag, skyldigheten att lämna ut handlingar samt skillnaden mellan direktupphandling och förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en anbudsgivare.

*Sveriges yttrande över Grönboken* kommenteras liksom *EG-kommissionens möjligheter till ingripanden enligt art.169* i Romfördraget.

Med utskicket denna gång bifogas ett exemplar av vår reviderade *Kort om LOU och NOU* som är behändig att sätta i händerna på dem som behöver en kortfattad information om offentlig upphandling. Den finns även på engelska och kan som tidigare beställas kostnadsfritt från NOU, men endast genom att skicka adresserat/de och frankerat/de A4-kuvert (häftet väger ca 65g).

*NOU info* skickas normalt i ett exemplar till varje upphandlande enhet utan angivande av enhet eller person. I de fall en enhet eller person önskar få *NOU info* direktadresserad, måste det ske genom en prenumeration via Fritzes (för telefon/fax och pris se sid. 2).

Avslutningsvis kan nämnas att NOU har fått en ny nämndledamot, nämligen Peter Thore, marknadschef vid Partena AB och kansliet en ny assistent som heter Monica Bjurler.

En riktigt trevlig sommar önskar



# Innehåll

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
Ändringar i LOU	3
Upphandling inom försörjningssektorerna	7
Frivillig granskning	7
Statistik	8
<i>Under tröskelvärdena</i>	8
<i>Över tröskelvärdena</i>	8
NOU:s ärenden och yttranden	9
Omfattning av prövning i upphandlingsärenden	9
<i>NOU:s prövning av klagomålsärenden</i>	9
<i>Tolkning av domslut</i>	10
Statsstöd och anbudsprövning	10
Utlämnande av handlingar	11
Direktupphandling eller anbudsinfordran från endast en anbudsgivare	12
Yttrande över Grönboken	13
Rättsfall	15
Klagomål till EG-kommissionen	15
Talan enligt artikel 169 i Romfördraget	15
<i>Kommissionen granskar ramavtal</i>	16
EG-domar	16
<i>Övergång av verksamhet</i>	16
Mål i Regeringsrätten	17
<i>Läkemedelsrabatter</i>	17
Mål i kammarrätt och länsrätt	18
<i>Vad har prövats vid förvaltningsdomstolarna</i>	19
Skadeståndsmål vid allmän domstol	20
<i>Vad har prövats vid de allmänna domstolarna</i>	20
Övrigt	22
Akademisk utbildning i offentlig upphandling	22
LOU:s effekter	23

# LOU - lagen om offentlig upphandling

## Ändringar i LOU

I regeringens (Finansdepartementet) proposition 1996/97:153 om ändringar i lagen om offentlig upphandling föreslås ett stort antal ändringar, som i huvudsak har till syfte att förbättra överensstämelsen med EG:s upphandlingsdirektiv och att förtydliga LOU. I NOU info har tidigare informerats om Finansdepartementets PM 96-12-20 (*NOU info dec. -96*) och NOU:s remissvar (*NOU info mars -97*). Några av de förslag som NOU tidigare har informerat om återfinns inte i propositionen samtidigt som en del nya har tillkommit. Propositionen har behandlats i lag-rådet, beslut i riksdagen väntas under hösten och ändringarna avses träda i kraft den 1 januari 1998.

Nedan informeras om vissa av ändringarna.

### ***1 kap. Allmänna bestämmelser***

#### *Upphandlande enhet*

I 5 § föreslås ett tillägg så att även *sammanslutningar* av myndigheter, bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser m.fl. definieras som upphandlande enheter.

I 6 § har ett förtydligande föreslagits avseende definitionen av "upphandlande enhet". Stadgandet gäller bolag etc. som har inrättats *i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär*. Det är således på ordet behov, som "industriell eller kommersiell karaktär" syftar och inte på den upphandlande enheten som i den nuvarande lydelsen. Avgörande blir därför om syftet med organisationens verksamhet är industriellt eller kommersiellt - något som framgår av bolagsordning, stiftelseurkund m.m. - inte huruvida verksamheten drivs på detta sätt.

Effekten av den föreslagna lagändringen kan bli att vissa organisationer, som i dag inte anser sig vara upphandlande enheter, kommer att omfattas av LOU.

Vidare har rekvisiten i paragrafens andra stycke som gäller tillskott av kapital, tillsyn och utseende av styrelseledamöter utökats att omfatta även *annan upphandlande enhet*.

#### *Definition av entreprenad*

Definitionen av byggentreprenad har ändrats så att även *arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag* omfattas. (Bilaga C kommer att överensstämma med den lista, med reviderad översättning, som publicerades i *NOU info juni -96* och även i *Sammanställning NOU info 96*.)

#### *Överföring av annonser*

Annonseringsregeln i 8 § har preciserats så, att annonser *på snabbaste lämpliga sätt* skall skickas till Publikationskontoret i Luxemburg. I paragrafen införs också kravet att den *upphandlande enheten skall kunna visa vilken dag annonsen avsändes*.

#### *Rapport om avslutad upphandling*

I 11 § andra stycket anges vad den obligatoriska dokumentationen över avslutade upphandlingar skall innehålla. Paragrafen tillförs krav på ytterligare några uppgifter. *Upphandlingens föremål och värde* skall anges, liksom *anledningen till* att den vinnande leverantören fick upphandlingen. Dessutom föreslås att formuleringen beträff-

fande vilka anbudssökande och anbudsgivare som "deltagit vid prövningen av anbud" ändras till vilka som *kvalificerat sig för att delta i upphandlingen*.

### *Tekniska standarder*

Reglerna om hänvisning till europeiska specifikationer när man gör tekniska beskrivningar av varor eller tjänster föreslås ändras för att överensstämja med direktiven. Ändringar görs i 1 kap. 12-15 §§ och fyra nya paragrafer (15 a-d) införs i 4 kap.

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer kommer att meddela ytterligare föreskrifter avseende definitioner av tekniska specifikationer.

### *Likvärdighet*

I 16 § föreslås ett förtydligande som ger följande lydelse av paragrafen: "*Den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen får varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan hänvisning måste åtföljas av orden "eller likvärdig".*

### *Innehåll i inbjudan*

I en ny paragraf, 16 a §, anges vad en inbjudan att lämna anbud vid selektiv och förhandlad upphandling skall innehålla, utöver vad som anges i repektive kapitel om att inbjudan skall vara skriftlig och att den skall sändas till samtliga utvalda deltagare vid ett och samma tillfälle. De uppgifter som skall finnas med är

- adress där ytterligare handlingar kan beställas,
- sista datum för en sådan beställning och om avgift skall betalas, belopp och betalningsvillkor,
- den dag då anbudet skall ha kommit in,
- hänvisning till annonser om upphandlingen
- adress till vilken anbudet skall sändas,
- det eller de språk som kan användas,
- vilka handlingar som skall bifogas,
- utvärderingskriterier, om dessa inte framgått av annonsen,
- andra särskilda villkor för deltagande.

### *Ömsesidigt erkännande*

Vissa förändringar och omflyttningar föreslås ske i 17 och 18 §§ avseende krav på leverantören. I 18 § föreslås, i enlighet med direktiven, att en leverantör som har registrerats i en medlemsstats officiella förteckningar över godkända (recognized) leverantörer, anses uppfylla bl.a. de krav som kan ställas upp med stöd av 17 § första stycket 1-3.

### *Utvärdering i två steg, kvalificering och anbudsprövning*

I ett nytt stadgande i 20 a § föreslås ett förtydligande, så att det klarare framgår att utvärdering vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. skall genomföras i två steg, först genom en prövning av huruvida anbudsgivare eller anbudssökande uppfyller de krav

som uppställts på leverantören ("kvalificeringen" eller "selekteringen") och därefter genom prövning av anbudet.

I *Grönboken* om offentlig upphandling framförs följande beträffande två-stegs-förfarandet:

"Även om domstolen redan tydligt har uttalat sig om det faktum att det finns en klar skillnad mellan kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen och att de bestämmelser och kriterier som styr dessa två faser följaktligen inte får sammanblandas (domen i målet *Beentjes\**) framgår att *ett stort antal upphandlande enheter fortsätter att ställa krav som har drag av kvalifikationskrav under utvärderingsfasen* (NOU:s kursivering). Detta kan i vissa fall leda till att upphandlingskontraktet inte tilldelas den leverantör vars anbud synes vara det bästa i den aktuella upphandlingen utan en leverantör som har större erfarenhet eller finansiell tyngd än de övriga. Liknande problem uppstår när inköpsorganen, i vissa fall enligt nationella bestämmelser som inte överensstämmer med gemenskapsrätten, använder utvärderingskriterier som grundas på andra faktorer än dem som anges i direktiven och som sålunda inte kan godtas. De fall då utvärderingskriterierna utan större precisering vilar på regionala, sociala eller miljöinriktade aspekter kan illustrera problemet i fråga."

\* Dom den 20 september 1988 mål 31/87, REG 1987-1, s. 4635

### *Utvärderingskriterier*

I 22 § om prövning av anbud ges exempel på utvärderingskriterier som, i de fall enheten inte tillämpar lägsta pris, får anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget. Denna paragraf föreslås nu, av pedagogiska skäl, tillföras ytterligare exempel på kriterier som nämns i direktiven, nämligen leveranstid, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service samt tekniskt stöd. För att tydliggöra att utvärderingsgrunden *lägsta pris* inte är huvudalternativ har ordningsföljden i lagtexten ändrats så att det i särklass vanligaste alternativet, *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*, nämns först.

### *Förklaring till orimligt lågt anbud*

I 23 § preciseras att då en upphandlande enhet *skriftligen* begärt förklaring till ett lågt anbud, får enheten endast ta hänsyn till *förklaringar som kan godtas på objektiva grunder*.

## **2 kap. Varuupphandling**

### *Bekräftelse av anbudsansökan gjord genom telefax m.m.*

Regeln i 17 § att anbudsansökan i påskyndat förfarande som görs genom telegram, telex, telefax, telefon eller elektronisk överföring skall bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling, föreslås kompletterad med tillägget att handlingen skall ha *avsänts före tidsfristens utgång* på samma sätt som redan anges i nuvarande 3 kap 22 § och 5 kap 24 §.

### *Förhandsannonsering*

Regeln om årlig förhandsannonsering i 6 § har preciserats så, att annonseringen skall göras *så tidigt som möjligt under budgetåret*.

## **3 kap. Upphandling av byggtreprenad**

### *Koncessioner*

I 7 § föreslås ett nytt stycke, som innebär att då en koncession läggs ut på någon annan än en upphandlande enhet, skall enheten föreskriva att reglerna om annonsering och de i den föreslagna nya 23 § angivna tidsfristerna skall följas om koncessionsinnehavaren lägger ut arbete på tredje man.

I hittillsvarande 23 §, behandlas upphandling av byggentreprenad för bostadsbebyggelse. Den regeln skall enligt förslaget utgå då dess motsvarighet i direktiven avser sådana förhållanden som inte har någon direkt motsvarighet i Sverige.

### *Förhandsannonsering*

Beträffande entreprenader över tröskelvärdena har regeln om förhandsannonsering i 9 § preciserats så att planerade projekt skall förhandsannonseras *snarast möjligt*.

### **4 kap. Upphandling inom försörjningssektorerna**

#### *Upphandlande enhet*

I 1 § har bl.a. definitionen av *särskilt tillstånd* ytterligare preciserats så att det framgår att även företag som bedriver verksamhet som avses i 1 § 1 st. och *levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet* utgör upphandlande enhet.

#### *Undantag från bestämmelserna i 4 kap.*

Undantaget i 4 §, som innebär att "en upphandlande enhet som bedriver busstransportverksamhet som avses i 1 § första stycket 3 ....." inte skall tillämpa bestämmelserna i 4 kap., har ändrats så att undantaget endast gäller *vid upphandling för busstransportverksamheten*.

Undantag från bestämmelserna i 4 kap. föreslås införas i 7 a § för leverans av dricksvatten, elektricitet, gas eller värme i vissa angivna fall.

#### *Anknutet företag*

Anknutna företag enligt 4 a § föreslås i enlighet med direktivet även omfatta *företag vars årsräkenskaper sammanställs med den upphandlande enhetens enligt rådets direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 om koncernredovisning*.

#### *Tekniska specifikationer*

Bestämmelserna avseende tekniska specifikationer för upphandling enligt 4 kap. har preciserats ytterligare och nya paragrafer har införts (15 a-d §§).

#### *Kriterier för urval av deltagare*

I en ny paragraf (22 a §) anges att en *upphandlande enhet skall välja ut de leverantörer som får delta i selektiv eller förhandlad upphandling enligt regler som hålles tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem*.

#### *Särskilt system för urval av deltagare (prekvalificering)*

Bestämmelsen i 23 § föreslås förtydligas i enlighet med direktivet bland annat på det sättet att om en upphandlande enhet uppdaterar reglerna för urval skall samtliga berörda leverantörer underrättas.

#### *Förkastande av orimligt lågt anbud*

Enligt förslag i 26 § får ett anbud, som anses vara orimligt lågt, förkastas om en anbudsgivare som erhållit statligt stöd inte kan visa att EG-kommissionen underrättats om stödet eller godkänt detsamma.

## **5 kap. Upphandling av tjänster**

### *Förhandsannonsering*

Regeln om årlig förhandsannonsering i 11 § har preciserats så, att annonseringen skall göras *så tidigt som möjligt under budgetåret*.

## **6 kap. Upphandling under tröskelvärdena**

Den enda ändringen som nu görs i 6 kap. LOU avser 12 § som handlar om prövning av anbud. Där görs motsvarande ändring som i 1 kap. 22 §, se ovan.

## **7 kap. Överprövning, skadestånd m.m.**

Tidpunkten för när domstolarnas prövningsrätt upphör avseende mål om överprövning enligt LOU (1 §) föreslås ändras från "då beslut om leverantör har fattats" till *då avtal om upphandlingen slöts*. Beträffande skadeståndstalan (8 §) gäller att tidpunkten ändras till "inom ett år från den dag *då avtal om upphandlingen slöts*".

### *Verkställighetsföreskrifter*

Direktivens annonsförlagor, dvs. de ganska omfattande reglerna om vad upphandlingsannonserna skall innehålla, har inte införlivats i LOU. Detsamma gäller direktivens definitioner av tekniska specifikationer och standarder samt de skriftliga bevis som omnämns i 1 kap.18 §. Nu föreslås i 7 kap. 15 § en bestämmelse med innebörden att *regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela de ytterligare föreskrifter som behövs* i dessa hänseenden.

# Upphandling inom försörjningssektorerna

## Frivillig granskning

För detta avsnitt ansvarar: Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll, SWEDAC  
Ytterligare upplysningar lämnas av SWEDAC, genom Peter Kronvall telefon 033-177767.

Försörjningsdirektivet innehåller ett system med granskare av offentlig upphandling. Systemet är frivilligt och innebär att en upphandlande enhet som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorerna, kan få sina rutiner för upphandling granskade av oberoende granskare i syfte att bedöma om rutinerna stämmer överens med EG:s upphandlingsregler, EG-direktivet 93/38/EEG samt LOU.

I LOU ges Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll, SWEDAC, i uppgift att ackreditera granskare. Med ackreditering avses ett formellt erkännande att en organisation är kompetent att utföra specificerade arbetsuppgifter.

Den juridiska person som önskar bli ackrediterad som granskare måste uppfylla kraven i SWEDAC:s föreskrift STAFS 1996:1. Inom organisationen skall finnas kompetens inom bl.a. direktiv och lagstiftning enligt ovan, upphandling i allmänhet och bedömning av överensstämmelse. Granskning av den upphandlande enheten skall utföras enligt den europeiska standarden EN 45 503. Sedan granskaren försäkrat sig om att rutinerna uppfyller kraven, utfärdas ett intyg om detta. Detta skall i sin tur inge förtroende hos anbudsgivare och leda till färre tvister. Eftersom systemet är Europaharmoniserat är intyget användbart inom hela EES-området.

NOU kommer att anordna eller anvisa examination för bedömare anställda hos granskare. Godkänd examination är en väsentlig förutsättning för att kunna visa tillräcklig kompetens hos granskarens personal.

Trots att kraven på en granskare på flera punkter skiljer sig från kraven på ett traditionellt certifieringsorgan, är ackrediteringsprocessen i stort densamma. Efter ansökan om ackreditering gör SWEDAC en bedömning av granskarens kvalitetssystem samt de rutiner och procedurer som granskaren använder för att styra och genomföra granskningar. Då SWEDAC bedömer att granskaren har ett system som fungerar i teorin, genomförs en bedömning av genomförda granskningar. Detta innebär att SWEDAC kommer att delta som observatör vid minst två granskningar som utförs enligt de rutiner som ingår i granskarens kvalitetssystem.

Det finns idag ingen ackrediterad granskare. Det finns ett visst intresse att bli ackrediterad som granskare hos organisationer som certifieringsorgan, revisionsbyråer, konsultföretag och advokatbyråer.

## Statistik

### *Under tröskelvärdena*

I början av juni skickades från SCB och NOU underlag för inhämtande av uppgifter för statistik rörande upphandlingar under tröskelvärdena. Underlaget skickades till statliga myndigheter samt till enheter/organisationer med verksamhet inom försörjningssektorerna vilket omfattar även flertalet kommuner och några landsting. Observera att *kommunerna* sålunda skall lämna uppgifter om köp under tröskelvärdena *endast för verksamhet som bedrivs inom försörjningssektorerna* medan statliga myndigheter skall lämna uppgifter för alla köp under tröskelvärdena.

På förekommen anledning vill NOU påpeka att även verksamhet inom försörjningssektorerna som drivs inom den kommunala förvaltningen (i egen regi) omfattas av uppgiftsskyldigheten. Framför allt beträffande den *kommunala vattenförsörjningen* saknades uppgifter från många kommuner med egenregiverksamhet när motsvarande uppgiftsinsamling gjordes 1995.

### *Över tröskelvärdena*

Som tidigare meddelats kommer uppgifter för statistik över tröskelvärdena att så långt det är möjligt att hämtas ur databasen TED. Endast enheter som missat att efterannonsera eller som vid efterannonsering inte lämnat alla uppgifter som behövs för statistiken, behöver lämna begärda uppgifter.

I utskicket till statliga myndigheter och till företag med verksamhet inom försörjningssektorerna finns också en blankett där enheter, som vet med sig att de inte efterannonserat eller inte tagit med alla uppgifter i annonsen, kan komplettera annonseringen. De enheter som fyller i och skickar blanketten till NOU (helst under juni månad) kommer inte att besväras med några ytterligare uppgiftskrav.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Omfattning av prövning i upphandlingsärenden

#### *NOU:s prövning av klagomålsärenden*

Enligt regeringens senaste regleringsbrev skall NOU "koncentrera uppföljningen av ärenden till vad som bedöms vara av allmänt eller principiellt intresse". NOU har således ingen skyldighet att utreda sakförhållanden i varje enskilt klagomål. De

klagomål som tas upp till prövning översänds normalt till den upphandlande enheten för yttrande. Därefter gör kansliet vid NOU en bedömning och uttalar sig i sakfrågan. Ibland är ärendena av den arten att NOU:s nämnd uttalar sig. NOU har inte talerätt i domstol och kan således inte föra ärenden dit. Detta är förbehållet endast leverantörer. NOU kan dock i sin tillsynsverksamhet granska upphandlingar som anmäls till nämnden av annan än leverantör samt även utan anmälan påbörja en granskning.

NOU gör en bedömning av hur upphandlingen överensstämmer med bestämmelserna i LOU och de bakomliggande EG-direktiven och uttalar sig i sak men utför inte såsom domstolarna någon bevisvärdering vid ärendehandläggningen och tar inte heller ställning i frågan om en leverantör lidit eller kan komma att lida skada till följd av den upphandlande enhetens handlande.

De som, trots en begäran, inte får sina ärenden granskade av NOU blir ibland både överraskade och upprörda eftersom de anser att ärendet t.ex. innehåller klara överträdelser av LOU. Att en upphandling synes strida mot LOU är dock inte ett avgörande kriterium för NOU:s prövning. Att NOU inte tar upp ett ärende till prövning innebär således inte att NOU bedömer handläggningen 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 granskar i stället främst ärenden som kan ge vägledning för tillämpningen av LOU och prioriterar därför fall som kan täcka områden som domstolarna ännu ej prövat. I väntan på en mer utförlig praxis från våra nationella domstolar samt EG-domstolen kan NOU alltså göra en preliminär bedömning av hur vissa frågor med anknytning till LOU bör hanteras. NOU:s yttrande får givetvis inte den rättsliga status som ett domstolsutlåtande har utan bör betraktas som ett vägledande resonemang från en expertmyndighet. Som NOU betonat i tidigare nyhetsbrev är det beträffande EG-rätten (upphandlingsdirektiven inräknade) endast EG-domstolen som kan fastslå en slutgiltig tolkning.

Resultatet av granskningen delges parterna och normalt även berörda revisorer. Ibland refereras ärendet i *NOU info*. Trots särskilda insatser är beklagligtvis ärendebalansen f.n. mycket stor med lång väntetid för avgöranden.

Då NOU är en liten myndighet med många uppgifter utförs tillsynsuppgiften med syftet att få så stor förebyggande effekt som möjligt. Ibland är klagomål eller frågor till NOU av den arten att det finns anledning att behandla ett speciellt problem i *NOU info*.

### *Tolkning av domslut*

Vad gäller domstolarnas avgöranden har NOU märkt att man ofta misstolkar eller övertolkar de avgöranden som hittills har kommit från förvaltningsdomstolar avseende överprövning och från allmänna domstolar avseende skadestånd. NOU vill därför betona att domstolsprövningen styrs av bestämmelserna i 7 kap. och parternas yrkanden. För att länsrätten skall kunna besluta att en upphandling skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, krävs inte bara att det kan visas att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU, utan även att leverantören kan visa att han lidit eller kommer att lida skada.

Förvaltningsdomstolarna har flera gånger funnit att den upphandlande enheten har frångått bestämmelserna i LOU men har ändå avslagit yrkandet om att upphandlingen skall avbrytas eftersom den klagande leverantören inte visat att han lidit eller kan komma att lida skada. Liknande krav på att den klagande leverantören skall påvisa både det begångna felet och uppkommen skada finns även i skadeståndsmål. Ett avslag



på en leverantörs yrkande behöver därför inte tolkas så att den upphandlande enheten har handlat rätt eller att leverantören inte haft fog för sin talan. Den enda berättigade slutsatsen är i stället, om inte annat sägs i domen, att leverantören inte har lyckats styrka det begångna felet, sin egen skada och samband mellan dessa.

## Statsstöd och anbudsprövning

*Frågan om vilken betydelse den omständigheten att anbudsgivaren uppbär någon form av stöd bör tillmätas vid prövning av anbud (NOU:s diariernr 243/96-26)*

Till NOU har inkommit en förfrågan huruvida en upphandlande enhet får avvisa ett anbud som inkommer från en anbudsgivare vars verksamhet subventioneras av bidrag från stat, kommun eller EU. NOU har gjort följande bedömning:

"Enligt bestämmelserna i artikel 92 i Romfördraget skall medlemsstaterna inte ge stöd, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion om det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Kommunen och olika regionala organ jämföras med staten. Undantag från denna regel utgör stöd som är förenligt med den gemensamma marknaden (artikel 92.2 och 92.3 Romfördraget). Kommissionen skall tillsammans med medlemsstaterna fortlöpande granska de former av stöd som förekommer i medlemsstaterna. Stöd som inte är förenligt med den gemensamma marknaden eller stöd som används på otillbörligt sätt skall avskaffas eller ändras (artikel 93 i Romfördraget). Lagliga möjligheter till stöd förekommer därför såväl från stat, landsting, kommun m.fl. som direkt från EU:s olika fonder.

LOU innehåller regler som under vissa särskilt angivna villkor kan vara relevanta. En upphandlande enhet får således utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingen på grund av brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen (1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU). Den får vidare under vissa omständigheter förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt (1 kap. 23 § LOU). Så får ske endast om enheten har angivit att den kommer att anta det anbud som har det lägsta priset och då först efter det att enheten har begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Ett lagligen utgående bidrag eller stöd kan därvid vara en sådan förklaring och tillfredsställande svar.

Någon skyldighet att förkasta anbud från ett företag som uppbär bidrag som utgår på felaktiga grunder eller helt olagligt föreligger förmodligen inte. Frågan är om enheten ens får förkasta anbudet. NOU anser att det inte bör ankomma på den upphandlande enheten vare sig att kontrollera om anbudsgivaren uppbär ett bidrag eller att bedöma om anbudet borde förkastas på den grunden att leverantören inte skulle vara berättigad till det. Undantag från det nyss sagda finns vid upphandling inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationer. En upphandlande enhet får då förkasta anbud som till följd av statsstöd är onormalt låga, om anbudsgivaren trots förfrågan inte kan visa att EG-kommissionen underrättats om stödet i enlighet med artikeln 93.3 i Romfördraget eller att kommissionen godkänt stödet. Denna möjlighet att förkasta anbud finns inte enligt LOU i dess nuvarande lydelse, men framgår av artikel 34.5 sista stycket i direktivet 93/38/EEG.

Enligt NOU:s uppfattning kan inte en upphandlande enhet med stöd av LOU diskriminera en anbudsgivare enbart på den grunden att denne uppbär ett bidrag som är förenligt med gemenskapsrätten. En upphandlande enhet kan däremot vid en objektiv och affärsmässig bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning komma fram till att anbudet bör förkastas. Vid bedömningen av leverantörens ekonomiska styrka får enheten bedöma sannolikheten av att ett utgående bidrag eller stöd i

framtiden kommer att minska, inte förlängs eller till och med kan krävas åter. Enheten får då även uppskatta hur detta kommer att påverka leverantörens ekonomi. Risken för att en leverantör inte kan fullfölja sitt kontrakt får naturligtvis vägas in vid leverantörsbedömningen."

## Utlämnande av handlingar

*Skyldighet att lämna ut handlingar till en leverantör som lämnat anbud, trots att han inte blivit tillfrågad (NOU:s diarienumr 233/96-26).*

Ett bolag har begärt att NOU yttrar sig bl.a. angående en upphandlande enhets vägran att lämna ut kopior av upphandlingsprotokollet till bolaget med motiveringen att bolagets anbud inte överensstämde med förfrågningsunderlaget och bolaget inte inbjudits att lämna anbud.

NOU har i sitt yttrande angivit bl.a. följande: "Vid upphandling av tjänster över tröskelvärdena skall en upphandlande enhet enligt 5 kap. 13 § LOU inom 15 dagar från det att begäran har kommit in lämna upplysningar till varje anbudsgivare som så begär om varför hans anbud förkastats och vem som fått upphandlingen. Vid upphandling under tröskelvärdena har även en leverantör som inte sär-skilt tillfrågats rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer (6 kap. 6 § LOU). Anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall snarast möjligt underrättas om detta. Den upphandlande enheten skall vidare på betryggande sätt förvara anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar och liknande (6 kap. 14 och 15 §§). Huruvida dessa handlingar är offentliga regleras av tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen. Anbud och uppgifter i öppningsprotokoll, beslut om val av leverantör med flera handlingar är ovillkorligen sekretessbelagda fram till dess avtal har slutits eller upphandlingen avslutats på annat sätt. Myndigheter och de kommunala bolagen skall för tiden därefter vid varje ansökan om att ta del av handlingarna pröva om kommersiell sekretess föreligger i det enskilda fallet (6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen)."

NOU hävdade att det i ärendet aktuella bolaget, som i tid lämnat in ett anbud, rimligen borde anses som anbudsgivare. Den omständigheten att bolaget inte fått förfrågningsunderlaget direkt från den upphandlande enheten, ansågs inte kunna föranleda annan bedömning. Om bolagets anbud inte överensstämde med förfrågningsunderlaget borde nämligen anbudet ha förkastats och bolaget underrättats om detta.

NOU angav vidare att en "prövning av vilka handlingar som kan lämnas ut skall göras mot bakgrund av bestämmelserna i sekretesslagen. Ett beslut att inte lämna ut handlingarna kan därför inte motiveras med att anbudsgivaren erhållit förfrågningsunderlaget från någon annan än den upphandlande enheten eller att anbudet inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kriterierna utan skall rätteligen hänvisa till berört lagrum i sekretesslagen samt innehålla en anvisning om hur man överklagar."

## Direktupphandling eller anbudsinfordran från endast en anbudsgivare

NOU:s nämnd har behandlat ett ärende (dnr. 67/97-26) där en statlig myndighet direktupphandlat ett konsultuppdrag med motiveringen att uppdraget enbart var en fortsättning på en tidigare upphandlad konsulttjänst. Myndigheten hade ursprungligen

upphandlat ett konsultuppdrag som innefattade en undersökning inom myndighetens område. Uppdraget kom emellertid att under hand ändras så, att undersökningen inom ett visst område skulle anstå för att behandlas vid ett senare tillfälle. Analysen skulle i stället, inom den tidram som gällde för uppdraget, fördjupas inom övriga områden. Ändringen av uppdraget påverkade därför inte ersättningen.

Drygt två år efter det att det första uppdraget slutförts beslöt myndigheten att uppdraga åt bolaget att utreda det kvarvarande området. Detta uppdrag, värt 450 000 kr, tilldelades bolaget genom direktupphandling med hänsyn till att synnerliga skäl enligt 6 kap. 2 § LOU ansågs föreligga. Vid bedömningen härav hämtades ledning från undantagsreglerna som medger förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § första stycket, fjärde punkten LOU, som behandlar upprepning av tjänster i vissa fall.

*NOU:s bedömning:* NOU delade myndighetens bedömning att sådana synnerliga skäl som avses i 6 kap. 2 § LOU omfattar de situationer som medger förhandlad upphandling utan föregående annonsering. För att dessa regler skall vara tillämpliga krävs dock att den tillkommande tjänsten har ingått i beräkningen av det första uppdragets totala värde och i annonseringen.

NOU ansåg att det undantagna uppdraget skulle ha kunnat direktupphandlas i ett senare skede om uppdraget inte hade ändrats i övrigt. Med hänsyn till att uppdraget ändrades även på så sätt, att en fördjupning beställdes som inte omfattats av förfrågningsunderlaget borde förenklad upphandling i stället ha använts.

Skriftliga anbud avseende det tillkommande uppdraget skulle ha infordrats enligt 6 kap. 4 § LOU. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 1993/94:78 sid. 25) anges att innebörden av bestämmelsen ansluter till vad som tidigare gällde enligt bl.a. upphandlingsförordningen (1986:366) beträffande anbudsinfordran utan annonsering. Vidare hänvisas där till Riksrevisionsverkets föreskrifter till 6 § upphandlingsförordningen. Av paragrafens andra stycke framgår följande: "När det finns särskilda skäl och under förutsättning att kravet på affärsmässighet och objektiv behandling inte åsidosätts får myndigheten tillfråga endast en leverantör. Motivet härtill skall dokumenteras."

NOU bedömde att sådana särskilda skäl sannolikt fick anses ha förelegat som gett myndigheten rätt att beträffande det tillkommande uppdraget tillfråga endast bolaget som utfört det första uppdraget enligt reglerna för förenklad upphandling.

Andra i sammanhanget av myndigheten beaktade omständigheter - bolagets breda erfarenhet av arbetet hos myndigheten, den kompetens som bolaget byggt upp under uppdraget, att det bedömdes som angeläget att analysen genomfördes med samma erfarenhetsbakgrund och enligt samma metodik som tillämpats vid analyserna inom de övriga områdena - utgjorde enligt NOU:s mening inte sådana synnerliga skäl som medger direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU.

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 (konsulter) möjlighet att lämna anbud med stöd av 6 kap. 6 § LOU.

Yttrande över Grönboken

NOU har av Finansdepartementet anmodats att yttra sig över EG-kommissionens Grönbok *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden*.

NOU:s yttrande har i sin helhet översänts till EG-kommissionen som bilaga till den svenska regeringens yttrande, i vilket regeringen ytterligare betonat vissa områden, nämligen införlivandet av direktiven i den nationella lagstiftningen i samtliga medlemsstater, elektronisk upphandling, behovet att ta miljöhänsyn och upphandling utanför unionen, främst inom ramen för WTO (Regeringsbeslut 7, 1997-03-20, Fi97/646).

NOU har i sitt yttrande berört framför allt följande frågor.

### *Bra underlag för fortsatta diskussioner*

Grönboken är ett utmärkt underlag för fortsatta diskussioner om utvecklingen av den offentliga upphandlingen i Europa. I Sverige pågår inom området en positiv utveckling. I samtliga länder behövs dock *ändrade attityder* till upphandlingen.

### *Behov av enklare regler*

En av målsättningarna i det fortsatta arbetet bör vara att göra regelverket mer förståeligt och lätt att följa. Reglerna, förutom att vara ett stöd för leverantörerna, måste tillgodose även de upphandlande enheternas behov av *effektiv och ekonomisk anskaffning*. Valuta för pengarna (value for money) bör därför ingå i den framtida regelutformningen.

NOU instämmer i kommissionens uppfattning att upphandlingsreglerna inte bör bli föremål för någon omfattande ändring i sak. Detta hindrar dock inte att direktiven förenklas och förtydligas. Direktiven inom de klassiska sektorerna borde slås ihop till ett enda. Härmed kunde uppnås en större stringens i tolkningen av begrepp och förfaranden. Därutöver bör alla direktiven genomgå en språklig och systematisk förenkling. Begrepp och definitioner med samma betydelse bör uttryckas likadant. Regler som inte används eller har använts endast undantagsvis, bör utmönstras ur regelverket eller arbetas om för att uppnå avsett syfte.

### *Vikten av elektronisk handel*

Lanseringen och användningen av elektronisk handel bör prioriteras och stödjas och rättshinder undanröjas. Det är viktigt att man inte skapar slutna system, låsningar vid vissa tekniker och regionala eller nationella nät, vilka utesluter de företag som inte har samma tekniska utrustning.

### *Behov av analys av bristande upphandling över gränserna - förslag från leverantörer*

Kommissionen bör göra en fördjupad analys av vilka de viktigaste orsakerna är till att upphandlingen över gränserna inte fått någon större omfattning och utifrån resultaten förbereda verkningsfulla insatser. Följande åtgärder har föreslagits av leverantörer.

*Språk:* Leverantörerna bör få lämna anbud på både upphandlande enhetens språk och ett andra språk, t.ex. engelska.

*Tid:* För att den effektiva anbudstiden inte skall minska, bör publicering ske snabbare. Elektronisk överföring av annonser kan bidra till detta.

*Betalningstider:* Kommissionen bör verka för att betalning till leverantörerna sker inom rimlig tid.

*Onödiga krav:* Kommissionen bör genom upplysning och utformning av blanketter för annonsering verka för att kraven på leverantören, produkten eller tjänsten inte blir orimliga i förhållande till upphandlingens omfattning.

*Information och utbildning:* Kommissionen bör ta fram handböcker för leverantörer innehållande en sammanställning över de olika medlemsstaternas nationella regler och rättsmedel, skatteregler, arbetsskydd, säkerhetsföreskrifter och regler för godkännande samt hänvisningar till nationella myndigheter och organisationer, vilka kan ge ytterligare vägledning och aktuell information.

*Standardavtal:* Kommissionen bör främja framtagande och användande av från konkurrenshänsyn acceptabla internationella standardavtal och allmänna kontraktsvillkor.

*Tillsynsmyndigheter:* Ett väl utbyggt system anses nödvändigt för tilltron till reglerna.

*TED/EGT:* Informationen om upphandlingar bör göras mer lättillgänglig och användarvänlig. TED bör göras mer lättåtkomlig och billigare samt tillgänglig på Internet. Leverantörerna har liten förståelse för att kommissionen tar ut licensavgifter för TED, vilka i onödan fördyrar åtkomsten till information om upphandlingar. CPV bör ses över, uppdateras samt rekommenderas med större kraft eller göras obligatorisk. Förteckningen över CPV-nummer bör göras mera tillgänglig för användarna.

### *Miljökrav*

Avseende miljökrav vid offentlig upphandling ansåg NOU det vara oerhört viktigt att det tas ett samlat grepp inom hela kommissionen. Förtydliganden i direktiv eller genom annan information, t.ex. guidelines, bör lämnas om de möjligheter som finns att ställa miljökrav vid offentlig upphandling och huruvida upphandlingen kan användas som ett instrument för att förbättra miljön. NOU pekade på förändringar som skett i Romfördraget genom Enhetsakten och Maastrichtfördraget genom vilka miljön har kommit att tillmätas betydligt större betydelse än vad som tidigare varit fallet i EG. Att införa och främja miljökrav i europeiska standarder eller gemensamma tekniska specifikationer är viktigt. NOU delar Grönbokens uppfattning att en extra insats bör göras inom detta område. Särskilt viktigt är det att utveckla rådets förordning (EEG) nr 880/92 om gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke (EU-blomman). Vidare vore det enligt NOU önskvärt med ett klagörande huruvida en upphandlande enhet kan hänvisa till EU-blomman. Huvudfrågan är om kommissionen anser att den offentliga upphandlingen kan användas som ett instrument för att förbättra miljön.

## Rättsfall

### Klagomål till EG-kommissionen

Medborgare i EU har möjlighet att vända sig till kommissionen och framföra klagomål. En förutsättning för att kommissionen skall ta upp ärendet är att:

- klagomålet är skriftligt,
- den klagande pekar ut en överträdelse av en EG-rättslig regel,
- den klagande ber kommissionen att ingripa.

Den klagande garanteras då ett mottagningserkännande efter att klagomålet registrerats och blir informerad om alla åtgärder som vidtas av kommissionen. Den klagande kan också kontakta kommissionen när som helst för att få reda på hur ärendet utvecklar sig. Förfarandet är kostnadsfritt.

## Talan enligt artikel 169 i Romfördraget

Kommissionen har möjlighet att föra talan om fördragsbrott mot en medlemsstat enligt artikel 169 i Romfördraget. Vanligvis föregås förfarandet av ett informellt dito varvid kommissionen tillsammans med medlemsstaten försöker nå en lösning. Om man inte lyckas uppnå någon lösning inleds ett formellt förfarande enligt artikel 169 varvid kommissionen sänder en *formell underrättelse* (letter of formal notice) till den aktuella medlemsstaten (till UD via den ständiga representationen i Bryssel) som ombeds att lämna synpunkter avseende det påstådda brottet mot EG-rätten. Vanligtvis får medlemsstaten 30 dagar på sig att inkomma med synpunkter i ärendet.

Om inte kommissionen och medlemsstaten kommer överens efter detta kan kommissionen utfärda ett *motiverat yttrande* (reasoned opinion). I yttrandet anger kommissionen det påstådda brottet mot EG-rätten och medlemsstaten uppmanas att upphöra med fördragsbrottet inom en viss tidsperiod. Om ingen rättelse sker före tidsfristens utgång har kommissionen möjlighet att väcka talan inför EG-domstolen mot medlemsstaten. Om EG-domstolen skulle finna att medlemsstaten i fråga brutit mot gemenskapslagstiftningen meddelar den en dom mot medlemsstaten där den anger hur fördragsbrottet begåtts. Enligt artikel 171 är då medlemsstaten skyldig att följa EG-domstolens avgörande och ändra den lagstiftning etc. som bidrar till brott mot Romfördraget. Vidare är den upphandlande enheten skyldig att stoppa alla åtgärder som bryter mot gemenskapsrätten. Medlemsstaten kan också bli skyldig att utge skadestånd för uppkomna skador.

### *Kommissionen granskar ramavtal*

Underlag till detta avsnitt är hämtat ur: *Single Market news.*

*The Newsletter of DG XV - Internal Market and Financial Services. No 7 - April 1997*

EG-kommissionen har beslutat att sända ett *motiverat yttrande* till Storbritannien med anledning av att den brittiska regeringen inte har kunnat försäkra att miljödepartementet i Nordirland fullföljt sina åtaganden enligt tjänstedirektivet (92/50/EEG).

Talan om överträdelse av (infringement proceedings) EG-rätten hänför sig till att miljödepartementet i Nordirland har använt ramavtal (framework arrangements) vid upphandling av arkitekt-, ingenjör- och andra liknande tjänster i Nordirland. En lista med vinnare har upprättats efter ett upphandlingsförfarande där det, i den i EGT publicerade annonsen, angavs en allmän servicekategori i stället för detaljer om ett specifikt kontrakt.

I den *formella underrättelsen*, som sändes i augusti 1996 påpekade kommissionen att tjänstedirektivet (92/50/EEG) till skillnad från direktiv 93/38/EEG (försörjningssektorerna) inte tillåter sådana ramavtal och krävde att den upphandlande enheten skulle tillämpa de relevanta upphandlingsreglerna för varje särskilt kontrakt när det upphandlas.

Utgången av ärendet är av stor betydelse för Sverige och följs därför med stort intresse från NOU.

## EG-domar

## Övergång av verksamhet

EG-domstolen har i en den 11 mars 1997 avkunnad dom (mål C-13/95, Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice med stöd av Lefarth GmbH) behandlat frågan om tillämpningen av EG-direktivet 77/187/EEG om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag. Målet, som var ett förhandsavgörande enligt art. 177 i Romfördraget, gällde huruvida lokalvårdaren Ayse Süzens anställning vid städföretaget Zehnacker omfattades av direktivet. Zehnacker hade i uppdrag att ombesörja städningen av en skola i Bonn. Sedan skolan sagt upp avtalet, sade Zehnacker upp anställningsavtalet med Ayse Süzen och sju andra städare som hade till uppgift att sköta städningen av skolan. Skolan gav därefter städningsuppdraget till städföretaget Lefarth GmbH, som inte erbjöd städarna ny anställning.

Domstolen anger i motiveringen bl.a. att direktivet syftar till att trygga kontinuiteten i arbetsförhållanden inom en ekonomisk enhet, oberoende av om det sker ett ägarbyte. En sådan enhet avser en sådan organiserad enhet av personer och beståndsdelar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet, genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. En överlåtelse enligt direktivet föreligger om den ekonomiska enheten behåller sin ekonomiska identitet. Huruvida en överlåtelse av enheten förelegat måste avgöras med hjälp av en helhetsbedömning där samtliga omständigheter beaktas, bl.a. överlåtelse av materiella tillgångar, värdet på immateriella tillgångar vid överlåtelsen, huruvida huvuddelen av personalstyrkan gått över till den nya arbetsgivaren, huruvida kundkretsen överlåtits, graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen och eventuella avbrott i verksamheten. Enbart det förhållandet att det är fråga om samma tjänst som tillhandahålls av den tidigare och den nye innehavaren av uppdraget innebär inte att det är fråga om överlåtelse av en ekonomisk enhet. Förlusten av ett tjänsteavtal till en konkurrent kan följaktligen i sig inte anses visa att det rör sig om en överlåtelse i den mening som avses i direktivet.

EG-domstolen meddelade följande förhandsavgörande: Direktiv 77/187/EEG om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter skall tolkas så, "att direktivet inte skall tillämpas på en situation där en uppdragsgivare, som hade givit städningsuppdraget avseende sina lokaler till en första företagare, säger upp det avtal som han hade slutit med denne och sluter nytt avtal med en andra företagare, för utförande av liknande uppdrag, om denna process inte är förenad med vare sig en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan de båda företagarna eller ett övertagande, från den nye företagarens sida, av en huvuddel - i förhållande till antal och kompetens - av personalstyrkan som hans föregångare avdelade för att fullgöra sitt avtal."

## Mål i Regeringsrätten

### Läkemedelsrabatter

Regeringsrätten har i ett beslut den 14 maj 1997, mål nr 4554-1996, behandlat en fråga som gällde "rabatter" på läkemedel. Uppgifter om priser, rabatter, hade infordrats av ett apotek - dvs en del av Apoteksbolaget AB - från läkemedelsleverantörer och på uppdrag av fyra sjukvårdshuvudmän i västra Sverige. Prisuppgifterna gällde läkemedel som huvudmännen endast kunde köpa från Apoteksbolaget, men avsåg rabatter som skulle gälla under förutsättning att leverantören ensam skulle få leverera till samtliga sjukhus under huvudmännen. Klagandebolaget lämnade en offert avseende röntgenkontrastmedel och vid ett sammanträffande mellan huvudmännen och bolaget uppmanades bolaget att lämna ett kompletterande anbud.

Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten gjorde den bedömningen att Apoteksbolaget inte kunde anses vara part i målet, eftersom Apoteksbolaget inte förhandlat om villkor för egen räkning utan endast agerat på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen. Vidare fann kammarrätten att det inte var fråga om en upphandling i LOU:s mening, eftersom förhandlingarna inte gällt villkoren för de inköp som huvudmännen skulle göra hos Apoteksbolaget och det inte heller var frågan om att sjukvårdshuvudmännen skulle köpa läkemedel av tillverkarna. Kammarrätten undanröjde därför länsrättens dom och avvisade bolagets talan.

*Regeringsrätten avskrev målet*

Enligt Regeringsrätten fick sjukvårdshuvudmännens kontakter med läkemedelstillverkare rörande priser m.m. anses ha vidtagits för Apoteksbolagets räkning inom ramen för en av Apoteksbolaget utförd upphandling av varor. Kammarrätten hade därför inte fog för att anse att Apoteksbolaget agerat endast på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen. Ett ingripande enligt LOU förutsätter att Apoteksbolaget kan vara en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 6 § LOU. Denna fråga har kammarrätten inte prövat. Vidare anförde Regeringsrätten att eftersom upphandlingen avsåg inköp under 1996 och inte längre var aktuell och då nya regler om handel med läkemedel införts den 1 januari 1997 saknades anledning att visa målet åter för prövning av frågan huruvida Apoteksbolaget omfattas av upphandlingsreglerna. Regeringsrätten undanröjde därför länsrättens och kammarrättens domar och avskrev målet.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

- Den länsrättsdom som refererades i *NOU info mars -97* som behandlar en kommuns upphandling av "option för etablering av butik" inklusive därmed förenade tjänster har prövats av Kammarrätten i Göteborg (avd. 5, mål nr. 8582-1996).

Kammarrätten uppger att det som kommunen har anfört inte utgör skäl att frångå länsrättens bedömning och avslår överklagandet. Länsrättens bedömning, att det ankommer på kommunen att göra om förfarandet och tillämpa bestämmelserna i LOU eftersom någon upphandling överhuvudtaget inte förekommit, står således fast efter kammarrättens prövning.

- Länsrätten i Västerbottens län har beslutat att en förenklad upphandling av ajourhållning av kartdatabaser skall göras om (mål nr. 187-97). Målet har överklagats till kammarrätten.

Klaganden har anfört att kommunen inte likställt de olika företagen på ett riktigt sätt, vilket starkt missgynnade hans anbud. Olika uppfattningar har framförts av parterna om hur jämförelsen mellan anbudsgivarna har gjorts.

Domstolen uppger att "Konkurrenskravet i LOU måste tolkas som ett krav på ett aktivt handlande från upphandlarens sida för att undersöka och tillvarata den konkurrens som finns vid varje enskild upphandling. Konkurrensen skall alltid så långt som möjligt upprätthållas. I kravet på affärsmässighet ligger bl.a. att låta leverantörerna tävla om vem som kan anpassa sig bäst till ställda krav. Det är då viktigt att förfrågningsunderlaget har en godtagbar standard". Domstolen uppger vidare: "För att kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbuds förfarandet är det absolut nödvändigt att inte avvika från vad som krävs i förfrågningsunderlaget. Det är därför viktigt att målen/kraven är klart och entydigt



beskrivna i underlaget. Vidare är det viktigt att en rimlig kravnivå fastställs på det som skall upphandlas."

I detta fall har kommunen inte antagit klagandens anbud, vilket hade lägsta pris, utan kommunen har med åberopande av andra kriterier valt ett anbud med ett avsevärt högre pris. Vid poängsättning av anbudsgivarna har den klagande i vissa fall fått en tvåa medan konkurrenterna har fått en femma. Enligt länsrättens mening har "kommunen inte förmått tillräckligt precisera hur denna anbudsbedömning gjorts och således på vilket sätt /den klagande/ befunnits ha lägre kompetens och mindre resurser. I detta sammanhang bör dessutom framhållas att en kravnivå skall vara rimlig och att vid en utvärdering normalt inte skall beaktas att en leverantör kan erbjuda en tjänst som är bättre än uppställd kravnivå. Kommunen har inte lämnat sådana uppgifter i målet att det går att bedöma om kommunen vid sin utvärdering beaktat kompetens och resurser utöver vad som följer av rimliga krav i förfrågningsunderlaget."

### *Vad har prövats vid förvaltningsdomstolarna*

NOU har fram till maj -97 tagit del av 258 avgöranden från länsrätter. Av dessa har ca 100 även prövats av kammarrätt. Regeringsrätten har avgjort fem mål enligt LOU och i tolv fall beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Nedan presenteras några uppgifter, enligt NOU:s noteringar, om de mål som prövats av förvaltningsdomstol.

*Enheter som har varit föremål för talan fördelar sig enligt följande:*

Statliga myndigheter	73	Statliga bolag	5
Kommuner	104	Kommunägda bolag	16
Landsting	42	Landstingsägda bolag	22
Kyrklig kommun	1		

*Av de 258 prövade ärenden blev domslutet*

att upphandlingen fick göras om i 33 fall,  
att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse i 8 fall.

*De ärenden där upphandlingen fick göras om avser*

kommuner	19
staten	8
landsting	6

*De ärenden där upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett avser*

landsting (inkl bolag)	5
kommuner	2
staten	1

Det kan konstateras vid en jämförelse med de uppgifter avseende överprövning som presenterades i *NOU info juni -96* att fördelningen av målen på upphandlande enheter, andelen mål där den upphandlande enheten ådömts att göra om upphandlingen eller rätta till densamma (15% respektive 16%), antalet mål som överklagats till kammarrätt m.m. i stort sett är densamma.

Av uppgifterna ovan framkommer att av 258 påtalade fall har domstolen i 41 fall konstaterat att genomförandet av den granskade upphandlingen har brustit och att upphandlingen antingen skall göras om eller rättas till. I åtskilliga av de övriga fallen har emellertid upphandlingen aldrig prövats i sak. Det beror i vissa fall på att ansökan

om överprövning inkom försent till domstolen. I några fall konstaterar domstolen att brister föreligger i upphandlingen men att den inte kan besluta om att upphandlingen skall göras om eller rättas till eftersom leverantören inte har kunnat visa skada. I flera fall har enheten under domstolsprövningen, särskilt vid överklagande till kammarrätt, avbrutit upphandlingen och påbörjat en ny, varpå domstolen avskrivit målet.

## Skadeståndsmål vid allmän domstol

### *Vad har prövats vid de allmänna domstolarna*

Tio tingsrättsdomar avseende skadestånd enligt LOU har, såvitt NOU känner till, hittills meddelats. Av dessa utdömdes skadestånd till leverantören i två fall. Dessa båda mål har överklagats till hovrätten. I det ena målet har hovrätten upphävt tingsrättens dom och ogillat leverantörens talan (se nedan). Den domen har överklagats till Högsta domstolen. Inte någon av de domar som innebär ett utdömande av skadestånd har således vunnit laga kraft.

- Svea hovrätt har meddelat dom (Avd. 9, mål nr. T 241/96) avseende en upphandling av projektering av en om- och tillbyggnad av ett servicehus. Hovrätten upphävde tingsrättens dom och ogillade leverantörens talan. Leverantören skall enligt hovrätten ersätta kommunen för rättegångskostnader. Målet har överklagats till Högsta domstolen.

I *NOU info mars -96* informerades om tingsrättens dom enligt vilken leverantören tillerkändes skadestånd. Tingsrätten uppgav bland annat att förbehållet i kommunens förfrågningsunderlaget om fri prövningsrätt, som måste anses strida mot LOU:s krav på affärsmässighet och objektivitet, inte ger anbudsgivaren någon ledning vid bedömning av vilka omständigheter eller kriterier kommunen avsett att tillmäta betydelse vid anbudsprövningen. Såsom underlaget utformats har det enda mätbara och för anbudsgivarna synbara kriteriet varit det lägsta priset. Kommunen borde därför enligt tingsrätten ha antagit det anbud som hade det lägsta priset. Den förfördelade leverantören ansågs ha lidit skada eftersom kommunen inte antog dennes anbud som var lägst i pris.

Enligt hovrättens mening "framgår det tydligt av det aktuella förfrågningsunderlaget att kommunen inte har valt lägst anbudspris som prövningsgrund. Kommunen har därför inte varit skyldig att anta lägsta anbudspris. Vid detta förhållande har kommunen haft att, såsom anges i den nyssnämnda paragrafen (6 kap. 12 § LOU, *NOU:s kommentar*), anta det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter. Kommunen har emellertid inte i förfrågningsunderlaget, såsom avses i paragrafen, angett vilka omständigheter som skulle tillmätas betydelse vid en sådan helhetsbedömning. Förfrågningsunderlaget har därför inte haft den utformning som krävs enligt lagen. Denna brist i sig - som Arkitekttjänst under upphandlingen hade kunnat påtala hos länsrätten med stöd av bestämmelserna i 7 kap. 1 och 2 §§ i nämnda lag - har emellertid inte medfört att kommunen varit skyldig att anta det anbud som hade det lägsta anbudspriset..." Hovrätten uppger vidare: "Det förhållandet att det i förfrågningsunderlaget inte angavs vilka omständigheter som vid prövningen skulle tillmätas betydelse medför att det inte kan sägas att Arkitekttjänsts anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kan därför inte heller sägas att Arkitekttjänst har lidit skada genom att kommun inte antog dess anbud - som hade lägst anbudspris - utan ett annat".

- En dom, meddelad av Solna tingsrätt (T 81/96), där upphandlingen prövades i sak har vunnit laga kraft. Processen gällde en statlig myndighets sätt att tillämpa utvärderingskriterierna "erfarenhet av utbildning och produktion inom efterfrågat område" och "pris" i en upphandling av utbildning. Tingsrätten fann att leverantören inte visat att den upphandlande enheten underlätit att genomföra upphandlingen affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Käromålet ogillades

och leverantören fick ersätta statens rättegångskostnader med drygt 40 000 kr jämte ränta.

- Falu tingsrätt har meddelat dom (T 1158-96) avseende en kommuns upphandling av datorutrustning. Käromålet ogillades och leverantören skall enligt domen ersätta kommunen dess rättegångskostnader. Domen meddelades i början av juni och tiden för att överklaga har inte gått ut ännu.

Under tiden den 18 augusti 1995 - den 10 april 1996 köpte kommunen datorutrustning till ett sammanlagt värde av ungefär åtta miljoner kronor av olika leverantörer. Vid inköpen följdes inte LOU och några anbud infordrades inte av kommunen. Den klagande leverantören kontaktade därför kommunen. Av inköpschefen fick han beskedet att avtal inte träffats. Leverantören inbjöds den 7 juni 1997 bland andra att avge anbud på en upphandling av omkring 30 datorer. I förfrågningsunderlaget angavs bland annat att "urval kommer att ske med hänsyn tagen till det för kommunen mest fördelaktiga anbudet, där vi kommer att ta hänsyn till kvalitet, servicemöjligheterna och tillgång till servicemanualer, överensstämmelse med kravspecifikation i övrigt samt pris". Den klagande leverantören lämnade anbud med det lägsta uppgivna priset. Emellertid avbröts upphandlingen av kommunen.

Kommunen vitsordar att den brutit mot LOU. Kommunen har vidare anfört: "Det förnekas att */leverantören/* skulle ha fått leverera om lagen följts eller att */leverantören/* lidit skada. Om lagen följts hade kommunen använt antingen selektiv upphandling, varvid */leverantören/* inte inbjudits, eller öppen upphandling, varvid konkurrensen mot */leverantören/* hade blivit det övermäktigt. Kriteriet lägsta anbudspris hade heller inte angivits som utslagsgivande. Vidare hade inte */leverantören/* förmått fullfölja ett givet uppdrag med hänsyn till bland annat företagets litenhet".

Ur domskälen kan läsas: "Det är ostridigt att kommunen brutit mot upphandlingslagen genom att upphandla datorutrustning utan att infordra anbud enligt lagen". Domskälen anger vidare: "Enbart brott mot upphandlingslagens bestämmelser i sig berättigar inte en leverantör till skadestånd, utan brottet måste ha förorsakat skada. Frågan är därför om */leverantören/* lidit någon skada och i så fall hur stor denna är. Bevisbördan för allt detta åvilar */leverantören/*".

Tingsrätten uppger att, "Det kan visserligen synas diskutabelt att lagen ger en upphandlande enhet, som inte alls tillämpar upphandlingslagen, bevismässigt en fördel framför den enhet som infordrar anbud. Detta är nämligen följden av bevisbördans placering i mål om skadestånd enligt denna lag. Å andra sidan skulle en annan ordning medföra ett rättsläge, vars verkningar inte låter sig överblickas. I vart fall kan det inte komma i fråga för tingsrätten att i strid mot klara regler göra annan bedömning av bevisbördan i detta mål. Det får - om så är påkallat - lagstiftaren ta ställning till. Sammantaget har alltså */leverantören/* inte förmått styrka sina påståenden om liden skada på grund av kommunens brott mot upphandlingslagen".

Ytterligare en dom har vunnit laga kraft men där gjordes inte någon prövning av upphandlingen i sak, utan tingsrätten förklarade leverantörens rätt till skadestånd förlorad eftersom leverantören väckt talan i målet för sent.

## Övrigt

### Akademisk utbildning i offentlig upphandling

Behovet av utbildning i offentlig upphandling är stort både hos upphandlande enheter och leverantörer. Universitet och högskolor i landet har börjat uppmärksamma detta och vissa kan idag erbjuda akademiska utbildningar i ämnet.

NOU får regelbundet förfrågningar om vilka utbildningar som finns i offentlig upphandling och vill gärna uppmärksamma de universitet och högskolor som kan erbjuda en sådan. Övriga akademiska utbildningsinstitutioner är därför välkomna att höra av sig till NOU genom att skicka in kursinformation och namn på kontaktpersoner. NOU har för avsikt att försöka informera om nya utbildningar i kommande nummer av *NOU info*.

NOU har hittills varit i kontakt med Linköpings universitet samt Högskolan i Örebro vilka erbjuder följande utbildningar.

### ***Linköpings universitet***

Linköpings universitet ger kursen "Upphandlingsrätt" om 5 poäng. Kursen går på C-nivå vid Ekonomiska institutionen och ingår i "Affärsjuridiska utbildningsprogrammet med EG-rättslig inriktning".

*Kursplanen* anger bl.a. följande innehåll: En genomgång av huvudlinjerna i LOU och praxis, en översikt av EG:s upphandlingsdirektiv, begreppet upphandlande enhet, principerna om affärsmässighet och opartiskhet, rättsliga krav på förfragningsunderlaget samt reglerna för överprövning och skadestånd.

*Förkunskaper:* "För tillträde till kursen krävs utöver allmän behörighet att de särskilda förkunskapskraven avseende engelska, samhällskunskap och svenska språket som gäller för det affärsjuridiska programmet är uppfyllda, samt att följande kurser/kursmoment (eller motsvarande) är genomgångna: Juridisk introduktionskurs, offentlig rätt med EG/EU-rätt, avtalsrätt med skadestånds- och försäkringsrätt, associations- och konkurrensrätt samt ytterligare kurs(er) i affärsrätt om minst sju poäng."

*Undervisning:* "Undervisning sker i form av föreläsningar, seminarier och tillämpningsövningar. Seminarierna är obligatoriska. Vidare kan obligatoriska inlämningsuppgifter förekomma."

Kursansvarig och huvudlärare är adjungerad prof. Hans Stenberg. Frågor om kursen kan ställas till Birgitta Schenell, administrativ assistent vid Ekonomiska institutionen, på tel. 013-28 10 00. Nästa kurs går i höst vecka 44-47.

### ***Högskolan i Örebro***

Högskolan i Örebro erbjuder en "Delkurs i upphandlingsrätt, fortsättningskurs 5 poäng", vilken ingår i en "Rättsvetenskaplig fortsättningskurs 21-40 poäng".

För att kunna studera på upphandlingskursen måste man antagas till hela fortsättningskursen. Man kan eventuellt få gå enbart upphandlingskursen om det finns platser över.

*Kursplanen* anger bl.a. följande: "Delkursen omfattar studier av LOU, lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, förvaltningslagen, socialtjänstlagen, plan- och bygglagen m.fl. lagar i de delar dessa är av intresse för upphandlingsfrågor.

Undervisningen ges i form av föreläsningar och seminarier. Betydande inslag av självständigt arbete kan förekomma."

Lärare på kursen är lektor Torsten Bjerken. Nästa kurstillfälle är planerat till våren 1998.

Kontaktperson är studievägledare Bo Magnusson på tel. 019 - 30 35 25.

## **LOU:s effekter**

Projektet att utvärdera LOU:s effekter följer tidplanen. Enkäten skickades ut till upphandlande enheter i början av april och svarsfrekvensen har varit hög. 340 av de totalt 395 tillfrågade, eller ca 85 %, har svarat. Svarsfrekvensen varierar, av statliga myndigheter har 92 % svarat, kommuner 85 % och landsting 82 %.

I början av juni skickades det även ut en enkät till leverantörer. Några svar har ännu inte hunnit komma in.

Den slutliga rapporten väntas vara klar senast i december 1997.

## NOU info mars 1997

Denna NOU info innehåller information som varit tillgänglig före februari månads utgång. Det har förelegat önskemål om att vi skulle pröva en annan intern rutin än tidigare vilken förutsätter tidigareläggning av manusstopp.

Vi redovisar synpunkter på Grönbokens innehåll framförda vid Finansdepartementets och NOU:s hearing den 14 februari. Vi tar vidare upp en del av NOU:s många synpunkter på Finansdepartementets PM om lagändringar samt, som vanligt, avgjorda ärenden hos NOU och rättsfall.

Det tidigarelagda manusstoppet innebär att NOU beklagligtvis först i nästa nyhetsbrev (juni) kan informera om t.ex. svenska synpunkter på Grönboken samt några intressanta, nyligen avgjorda, rättsfall från bl.a. Svea hovrätt.

Med vänlig hälsning

Margareta Hentze

### *PS 1*

NOU har i skrivande stund fått uppgift om att den proposition om ändringar i LOU, som skulle ha förelagts riksdagen under dess vårsession, först skall behandlas av lagrådet och blir därmed förskjuten i tiden. Propositionen lämnas till riksdagen före maj månads utgång, vilket innebär att det planerade ikraftträdandet inte kan ske förrän långt in på hösten.

### *PS 2*

Kommerskollegiums *faxnummer* för *beställning* av CPV, direktiv m.m. har ändrats p.g.a. flyttning.  
Se bifogad adresslista.

## OBS! OBS!

*NOU info* på diskett är i Word 6.0-format och skiljer sig därför utseendemässigt något från den tryckta versionen som görs i PageMaker - innehållet är dock detsamma. Några bilagor fattas dock vilket framgår i innehållsförteckningen.

# Innehåll

LOU - lagen om offentlig upphandling	3
NOU:s yttrande över föreslagna ändringar i LOU	3
Tillämpning av LOU	4
Begreppet upphandlande enhet	4
Annonsering över tröskelvärdena	4
Statistik från 1995 och 1996	4
Blanketter	6
NOU:s ärenden och yttranden	6
Tillämpning av regeln i 1 kap. 3 § LOU.	6
Jäv vid upphandling	7
Rättsfall	8
EG-domar	8
<i>Nationell lagstiftning</i>	8
Mål i kammarrätt och länsrätt	9
Skadeståndsmål vid allmän domstol	10
Danska klagenämnden - Klagenævnet for Udbud	11
<i>Ärende i Klagenævnet for Udbud</i>	12
Miljö	13
Regeringsuppdrag	13
Övrigt	14
Hearing om Grönboken	14
LOU:s effekter	16
Bilagor (ej i denna Word-version)	
NOU organisation och anställda	
Adresser	



# LOU - lagen om offentlig upphandling

## NOU:s yttrande över föreslagna ändringar i LOU

I *NOU info dec -96* informerades om Finansdepartementets PM 96-12-20. Remisstiden har nu gått ut och NOU har i sitt remissvar bland annat framhållit följande.

NOU föreslår att det snarast genomförs *en allmän översyn av LOU*. Anledningen är att det enligt NOU:s uppfattning krävs betydligt fler ändringar av LOU än vad som föreslås i hittills utarbetade promemorior, för att nå en bättre överensstämmelse med EG-direktiven om offentlig upphandling och gemenskapsrätten i övrigt. Flera ändringar har dessutom sin grund i tolkningar som görs av andra medlemsländer och de svenska domstolarna samt frågor från upphandlande enheter och leverantörer. Den domstolspraxis som f.n. växer fram i Sverige vad gäller mål enligt LOU, bör beträffande de direktivstyrda kapitlen överensstämma med EG-domstolens praxis på området. En förutsättning härför är, att de bestämmelser som domstolarna tolkar i stort sett är likalydande.

NOU:s kontakter med upphandlande enheter och leverantörer har likaledes visat att ytterligare ändringar, helst av mer genomgripande natur, är nödvändiga för att åstadkomma ett förstäligt och hanterbart regelsystem.

I den allmänna översynen bör övervägas, om skäl finns att införliva EG:s upphandlingsdirektiv i stort sett bokstavstroget, direktiv för direktiv och till detta koppla fylliga kommentarer. Detta skulle avsevärt underlätta tolkningen av EG:s upphandlingsregler och umgänget med övriga medlemsländer för såväl upphandlande enheter som leverantörer.

Även om en så radikal reform inte skulle övervägas av regeringen, är det NOU:s uppfattning, att LOU så nära och fullständigt som möjligt bör följa direktiven. Detta har stor betydelse för tilltron till lagen med hänsyn till att de flesta av direktivens artiklar har direkt effekt.

Samtliga eller flertalet bestämmelser som rör försörjningssektorerna föreslås brytas ut och samlas i ett och samma kapitel. NOU:s erfarenhet vad gäller framför allt 1 kap. och det underliggande direktivet 93/38/EEG, är att dessa bestämmelser skiljer sig så markant från de bestämmelser som avser den "klassiska" sektorn, att en sådan lösning är angelägen.

NOU uppger vidare att det ännu inte utbildats någon enhetlig praxis i upphandlingsmål. NOU:s uppfattning är att flera likartade ärenden har lett till helt olika domslut. Det bör därför övervägas i samband med den allmänna översynen av LOU om inte mål enligt denna lag av rättssäkerhetsskäl bör koncentreras till ett mindre antal domstolar. En lämplig åtgärd är i vart fall att målen lottas på och avgörs av ett mindre antal domare som på så sätt förvärvar en fördjupad erfarenhet av måltypen.

NOU framför också att vissa konsekvensändringar av bestämmelserna i 6 kap. LOU bör genomföras genast, bland annat eftersom flera av de paragrafer som nu föreslås ändras i LOU har använts som förebild för paragrafer i 6 kap. när dessa infördes.

Med hänsyn till regelverkets omfattning och komplexitet föreslår NOU att användningen av LOU måste underlättas genom att LOU trycks om i samband med genomförandet av förestående ändring av lagen.

Förutom ovan återgivna mer principiella synpunkter framförde NOU åtskilliga förslag paragrafvis på omformuleringar och tillägg till lydelsen i LOU som anses nödvändiga i syfte att erhålla en något mer "direktivtrogen" LOU.

NOU bedömer att bortåt hälften av alla paragrafer i lagen kan bli föremål för förändringar och avser att i kommande info informera om propositionen så snart den föreligger.

## Tillämpning av LOU

### Begreppet upphandlande enhet

Kammarrätten i Göteborg har i ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen uttalat att ett kommunalt bostadsbolag inte är en upphandlande enhet. Kammarrätten fann vid en samlad bedömning att bolaget "bedriver en verksamhet av kommersiell karaktär i den betydelse detta begrepp har i LOU". Ställningstagandet i frågan har gjorts mot bakgrund av de ursprungliga förarbetena till LOU och svenska kommunal- och skatterättsliga överväganden. NOU vill dock erinra om det förslag till lagändring i PM 1996-02-12 beträffande begreppet upphandlande enhet, som syftar till en bättre överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv samt om Regeringsrättens beslut från juni 1996 (se *NOU-info okt -96*, s. 18 f.). Kammarrättens dom har inte vunnit laga kraft eftersom den har överklagats till Regeringsrätten.

## Annonsering över tröskelvärdena

### Statistik från 1995 och 1996

I NOU info juni -95 angavs att "en något osäker beräkning tyder på att omkring 80 % av de svenska annonserade upphandlingarna efterannonseras". Nedanstående två tabeller visar att omkring 25 % av annonserade upphandlingar under 1995 och 1996 inte har efterannonserats. Den verkliga siffran är dock högre eftersom upphandling av B-tjänster i allmänhet enbart efterannonseras.

#### *Antal annonser*

Inbjudningar:	<u>1995</u>	<u>1996</u>
<i>Inbjudan/ansökan</i>	2 291	2 366
<i>Formgivningstävlan</i>	5	4
<i>PIN med inbjudan</i>	13	5
<i>Q-system med inbjudan</i>	4	8
<b>Totalt:</b>	<b>2 313</b>	<b>2 383</b>
Avslutade upphandlingar:		
<i>Tilldelade kontrakt</i>	1 730	1 653
<i>Resultat av formgivningstävlan</i>	2	3
<i>Avbrutna (rapporterade)</i>	39	98
<b>Totalt:</b>	<b>1 771</b>	<b>1 756</b>
<i>Ej efterannonserade</i>	<u>(23 % = 542)</u>	<u>(26 % = 627)</u>

#### *Förhandsannonsering*

Med anledning av nedanstående tabell vill NOU på nytt påpeka att förhandsannonsering är obligatorisk över vissa tröskelvärden. (Se NOU info dec -96)

	<u>1995</u>	<u>1996</u>
Förhandsannons (PIN klassiska sekt.)	151	144
<i>PIN med inbjudan (försörjningssekt.)</i>	13	5
<i>PIN utan inbjudan</i> "-"	36	30
<i>Q-system med inbjudan</i> "-"	4	8
<i>Q-system utan inbjudan</i> "-"	25	32
<b>Totalt antal förhandsmeddelanden</b>	<b>229</b>	<b>212</b>

Nedanstående tabell visar antal upphandlingar av entreprenader, varor, tjänster och kombinerade samt valt upphandlingsförfarande i procent. Siffrorna gäller för 1995 och 1996

Förfarande	Entreprenader		Varor		Tjänster		Kombinerade	
	<b>172</b>	<b>138</b>	<b>1312</b>	<b>1321</b>	<b>775</b>	<b>858</b>	<b>32</b>	<b>49</b>
<i>Öppen</i>	82 %	85 %	73 %	78 %	50 %	45 %	38 %	51 %
<i>Selektiv</i>	6 %	5 %	12 %	8,5 %	30 %	30 %	22 %	19 %
<i>Påskyndad sel.</i>	1 %	2 %	0,5 %	1 %	2 %	5 %		0,2 %
<i>Förhandlad</i>	11 %	8 %	18 %	20 %	14 %	12 %	40 %	29 %

Den *relativt höga andelen förhandlade* upphandlingar kan till stor del förklaras av att värden för försörjningssektorerna, där förhandlad upphandling fritt får väljas, ingår. För 1994 var andelen förhandlad upphandling 3 % utan och 10 % med försörjningssektorernas upphandlingar inräknade. Siffrorna inom parentes för 1994 nedan visar procenttalen med försörjningssektorerna exkluderade.

<b>Upphandlingsförfarande i %</b>	<u>1994</u>	<u>1995</u>	<u>1996</u>
<i>Öppen</i>	78 (89)	77	80
<i>Selektiv</i>	12 (8)	10	8
<i>Påskyndad selektiv</i>	0,7	1	2
<i>Förhandlad</i>	10 (3)	12	11
<i>Påskyndad förhandlad</i>	0,3	0,2	0,2

### **Utvärderingskriterier**

I de upphandlingar som har efterhandsannonserats under perioden 1 januari 1996 - 10 februari 1997 har utvärderingskriterierna fördelat sig på följande sätt (källa TED):

<i>Lägsta pris:</i>	5 %
<i>Ekonomiskt mest fördelaktiga:</i>	76 % (bör vara nära 95 %, se nedan)
<i>Ej angivet:</i>	19 %

En närmare kontroll beträffande efterhandsannonsering av *tjänster* för perioden september 1996 till 10 februari 1997 visar att "ej angivet" betyder ekonomiskt mest fördelaktiga.

Vid tjänsteupphandling har utvärderingskriterierna under denna period fördelat sig på följande sätt.

<i>Lägsta pris:</i>	3 %
<i>Ekonomiskt mest fördelaktiga:</i>	97 %

Under den undersökta perioden förekom *lägsta pris* som utvärderingskriterium i sju upphandlingar. Dessa gällde tryckning av lagar och författningar, överföring av uppslagsverk till CD-ROM, två transporttjänster, fönstertvätt, bärningstjänst och installation av dataprogram. I inget fall gällde det s.k. kreativa tjänster där utvärderingsprincipen undantagslöst förefaller vara "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud".

## Blanketter

Förslag till nya annonseringsblanketter har distribuerats till samtliga medlemsländer för synpunkter. Det har skett inom ramen för SIMAP och även i samband med möte i Rådgivande kommittén för offentlig upphandling.

## NOU:s ärenden och yttranden

### Tillämpning av regeln i 1 kap. 3 § LOU.

Statens invandrarverk (SIV), Kriminalvårdsverket, Sjöfartsverket och SMHI har hävdade i ett ärende avseende upphandling av lokalvårdstjänster att vissa inslag av sekretessbelagd verksamhet hos de upphandlande myndigheterna medförde att de inte var skyldiga att följa bestämmelserna i LOU utom vad beträffar lagens 6 kap. NOU har i sin skrivelse till verken uttalat följande.

"Den av SIV åberopade bestämmelsen i 1 kap. 3 § 2 stycket 1 punkt stadgar att endast lagens 6 kapitel gäller för upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Lagens 6 kap. reglerar sådan upphandling som inte omfattas av EU-direktiven. Upphandling av tjänster enligt bilagan A till LOU, vars värde överstiger tröskelvärdena, regleras av 5 kap. LOU. Dessa bestämmelser har sin motsvarighet i direktiv 92/50/EEG. Direktivets art. 4 (2) har i svensk översättning följande lydelse.

Detta direktiv skall inte tillämpas på sekretessbelagda tjänster eller sådana tjänster som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får utföras utan särskilda säkerhetsåtgärder eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna stats grundläggande intressen.

I förarbetena till LOU (prop. 1993/94:78 s. 19 f.) uppges bl.a. följande.

Regeringen anser att all upphandling bör regleras så enhetligt som möjligt med huvudregeln om affärsmässighet som grund. Särlosningar kan emellertid vara motiverade, exempelvis där en viss upphandling är känslig ur säkerhetssynvinkel. En sådan upphandling är möjlig att genomföra enligt LOU, eftersom känsliga uppgifter i upphandlingsärendet kan skyddas med stöd av tillämpliga bestämmelser i sekretesslagen (1980:100)."

NOU ansåg att det av ovannämnda bestämmelser och uttalanden i förarbetena till LOU tydligt framgått att "det är *den upphandlade tjänsten* som skall vara sekretessbelagd och inte den upphandlande enhetens verksamhet. Lokalvårdstjänster tillhör inte generellt kategorin tjänster som är sekretessbelagda eller som omfattas av särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Det som kommit fram i utredningen ger inte heller anledning att anse att lokalvårdstjänster i det nu aktuella fallet omfattas av särskilda begränsningar. Behov av skydd för vissa uppgifter får anses tillgodosett genom myndigheternas krav på att den personal som skulle anlitas skulle namnges och

vara svensktalande samt att myndigheterna haft rätt att säkerhetskontrollera entreprenörens personal. NOU anser därför att undantaget i 1 kap. 3 § 2 st. 1 punkt LOU inte är tillämpligt. .... Ifrågakvarande lokalvårdstjänster skulle rätteligen ha upphandlats enligt 5 kap. 14 § LOU genom öppen eller selektiv upphandling. SIV har följaktligen brutit mot lagen även vad avser reglerna om annonsering i 5 kap. 11- 13 §§."

NOU ansåg att de upphandlande myndigheterna även i samband med utvärderingen åsidosatt LOU:s krav. Anbudsgivarna hade enligt NOU:s uppfattning befogad anledning att utgå ifrån att de angivna utvärderingskriterierna angavs med det viktigaste först. Det utvärderingsförfarande som hade tillämpats överensstämde emellertid inte med sådan rangordning. SIV:s uppgift om att en prioritering inte kunnat åstadkommas, syntes inte stämma eftersom verken vid utvärderingen hade gett dubbla poäng för kriterierna finansiell styrka och pris. Detta trots att dessa kriterier i förfrågningsunderlaget nämnts som tredje och femte av sex angivna kriterier.

## Jäv vid upphandling

NOU har besvarat frågor från en kommun rörande två fall där kommunanställda på fritiden bedriver försäljningsverksamhet till kommunen. Frågan är om situationerna kan anses strida mot 1 kap. 4 § LOU. I båda fallen uppges det att två anställda i kommunen - en datalärare och en brandman - samtidigt bedriver försäljningsverksamhet till bland annat kommunen - av datorer med tillbehör respektive brandsläckningsutrustning - och att båda enligt klaganden har möjlighet att medverka vid och påverka upprättande av kravspecifikationen inför en upphandling som de senare deltar i som anbudsgivare.

Att en anbudsgivare anställd hos den upphandlande enheten har möjlighet att medverka vid och påverka upprättandet av kravspecifikationen kan, enligt NOU:s uppfattning, likställas med situationen i 18 § första stycket UR där ett förbud förelåg mot att anta anbud från en "... person som på grund av anställning hos kommunen har att ta befattning med ärende angående upphandling ...". Nu gällande lagstöd för förbudet finns i 1 kap. 4 § LOU.

NOU ansåg följaktligen att de anställda i de aktuella fallen inte borde ha deltagit i upphandlingen om de hade möjligheter att påverka innehållet i förfrågningsunderlaget.

Som regel måste en bedömning, enligt NOU:s uppfattning, göras i varje enskilt fall beträffande den anställdes reella möjligheter att erhålla otillbörliga fördelar så att konkurrenssituationen i upphandlingen påverkas. För upphandlingar under tröskelvärdena kan de "gamla" reglerna i UR ge viss ledning.

Det kan inte uteslutas att det är oförenligt med LOU redan vid misstanke om att den anställda innehar konkurrensfördelar. Denna situation kan liknas vid det som avsågs i 18 § andra stycket UR, dvs. när det ankom på myndigheten att göra en bedömning om ett anbud som avgetts av "... annan hos myndigheten anställd person ..." kunde antas.

Omvänt kan också sägas att ett uteslutande av en tänkbar leverantör som inte på något sätt har erhållit fördelar kan strida mot LOU.

Om en leverantör erhåller information eller andra fördelar utöver vad andra leverantörer får, kan detta utgöra ett brott mot den likabehandlingsprincip som gäller såväl över som under tröskelvärdena. Jämför också avsnittet om Grönboken, sid. 14 ff.

NOU betonade också att "en upphandlande enhet bör ha sin verksamhet organiserad på ett sådant sätt att onödigt misstro mot dess opartiskhet inte kan uppstå. Risk föreligger annars bl.a. att vissa leverantörer inte lämnar något anbud eller att de anbudsgivare, som inte på allvar förväntar sig kunna bli antagna, inte lämnar bästa möjliga anbud."

## Rättsfall

### EG-domar

EG-domstolen har i ett antal domar tagit ställning till olika former av diskriminering som förekommit i samband med upphandlingar eller i nationell lagstiftning. Nedan följer några exempel på sådana domar.

#### *Nationell lagstiftning*

I målet C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993, sid. 3353, (*Storebæltmålet*) förklarade domstolen, att ett i en anbudsförfrågan uppställt villkor, nämligen att danskt material och dansk arbetskraft skulle användas i så stor utsträckning som möjligt, var oförenligt med Romfördraget, särskilt artiklarna 30, 48 och 59 samt tillämpligt direktiv. Domen behandlade också ett brott mot likabehandlingsprincipen, se *NOU info oktober -96*.

I några mål har domstolen underkänt nationell lagstiftning som favoriserat vissa leverantörer. I målet C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale No 2 di Carrara*, REG 1990, sid. 889, (*Du Pont de Nemours*) förklarade domstolen viss italiensk lagstiftning oförenlig med artikel 30 i Romfördraget, som påbjöd att 30 % av kontrakten i italienska offentliga upphandlingar skulle förbehållas företag etablerade i södra Italien (Mezzogiorno) som tillverkade den efterfrågade produkten. Ur diskrimineringssynpunkt var det irrelevant enligt domstolen att inte bara utländska utan också inhemska leverantörer från andra delar av landet diskriminerades genom lagen. Vidare fastslog domstolen att även om sådana nationella regler kunde anses utgöra statsstöd enligt artikel 92 i Romfördraget, kunde inte detta undanta dem från förbudet i artikel 30. Domstolen förklarade att reglerna om varors fria rörlighet och reglerna om statsstöd hade ett gemensamt syfte - att tillförsäkra fri rörlighet för varor mellan medlemsstaterna under normala konkurrensvillkor.

Ett fall av indirekt diskriminering behandlades i målet C-3/88 Kommissionen mot Italien, REG 1989, sid 4035, som rörde viss nationell lagstiftning som påbjöd att vissa uppdrag avseende utveckling av datasystem för den offentliga sektorn skulle tilldelas endast företag, vars andelar eller aktier till största delen var i offentlig italiensk ägo. Domstolen fann villkoret diskriminerande och i strid med artikel 52 och 59 i Romfördraget. Även om den nationella lagstiftningen således inte uttryckligen gjorde åtskillnad mellan italienska företag och företag från andra medlemsstater och det vore tänkbart att även icke-italienska företag kunde ägas av italienska staten, befanns lagstiftningen oförenlig med fördraget.

I målet C-45/87 Kommissionen mot Irland, REG 1988, sid. 4929, (*Dundalk*) behandlades en åtgärd som hade en diskriminerande effekt genom att favorisera nationella produkter. En lokal myndighet i Dundalk, Irland, uppställde i en upphandling gällande dricksvattenledningar kravet att vissa rör skulle stå i överensstämmelse med irländsk nationell standard. Kravet befanns av domstolen strida mot artikel 30 i Romfördraget, trots att kravet var tillämpligt på både inhemska och importerade rör och kunde

uppfyllas av även importerade rör. Kravet ansågs dock ha en i praktiken diskriminerande verkan.

## Mål i kammarrätt och länsrätt

Refererade länsrättsdomar som överklagas kommer som regel att behandlas i kommande *NOU info*.

- Länsrätten i Malmö (Ö 9310-96) har beslutat att en upphandling av "option för etablering av butik" inklusive därmed förenade tjänster skall ske i enlighet med bestämmelserna i LOU. Målet har överklagats till kammarrätten.

Den klagande har begärt överprövning av kommunens beslut att erbjuda ett företag option för etablering av butik m.m. i samband med uppförandet av Landskrona nya station. Optionen på etablering av butik innefattar även biljettförsäljning och annan service, såsom caféverksamhet eller liknande, samt tillsyn och underhåll av väntutrymmen vid stationen.

Kommunen har anfört att det är fråga om att kommunen erbjudit en viss namngiven juridisk person en möjlighet att hyra lokaler i byggnad som avses uppföras under medverkan av bland annat kommunen, i egenskap av fastighetsägare för den fastighet på vilken byggnaden skall uppföras. LOU är därför inte tillämplig.

Länsrätten anger att det av utredningen framgår att det inte enbart är fråga om att hyra ut lokalerna. Det är också fråga om att butiksinnehavaren skall tillhandahålla en rad olika tjänster som i betydande utsträckning går utöver vad som normalt ingår i affärsverksamhet med dagligvaruhandel. Detta betydande inslag av tjänster gör att den erbjudna optionen rätteligen skall upphandlas enligt LOU. Eftersom någon upphandling överhuvudtaget inte förekommit ankommer det på kommunen att göra om förfarandet och tillämpa bestämmelserna i LOU.

- Länsrätten i Östergötlands län (3671-96 E) har avvisat ansökan om överprövning. Målet gäller en direktupphandling av säkerhetsskenor och det framkommer att orderbekräftelse har inkommit från leverantören. Domstolen hänvisar till Regeringsrättens avgörande RÅ 1996 ref. 50 där det slås fast att en prövning av ansökan om överprövning kan ske intill undertecknandet av skriftliga avtal, när det gäller upphandling på vilket ett EG-direktiv är tillämplig. Domstolen uppger att ett avtal måste anses slutet i förevarande mål i vart fall när orderbekräftelsen inkom till kommunen.
- Länsrätten i Kronoberg län (1926-96) har beslutat att en förenklad upphandling av infusionspumpar och sprutpumpar med tillhörande aggregat skall göras om.

Den klagande uppger att upphandlingen överstiger tröskelvärdena varpå landstinget inte hade bort tillämpa förenklad upphandling.

Domstolen uppger att övervägande skäl talar för att upphandlingen kommer att överstiga tröskelvärdet och upphandling skall då enligt 2 kap. 8 § LOU ske enligt öppen eller selektiv upphandling. Genom att tillämpa ett felaktigt upphandlingsförfarande som får betydelse för bland annat anbudstiden finner domstolen att skaderekvisitet är uppfyllt och att upphandlingen skall göras om.

## Skadeståndsmål vid allmän domstol

- Falu tingsrätt har meddelat en dom (T 122-95) avseende upphandling av färdtjänst. Käromålet ogillades och något skadestånd dömdes inte ut, utan leverantören ålades att ersätta kommunen dess rättegångskostnader. Målet har överklagats till hovrätten. NOU återkommer när målet har prövats av hovrätten.

Den klagande leverantören har anfört bland annat följande. Han har inte uteslutits med stöd av 1 kap. 17 § LOU utan har bedömts enligt 1 kap. 22 § LOU. Kommunen har därvid använt sig av subjektiva omständigheter, vilket medfört fri anbudsprovning. Sådan provning är inte tillåten. Eftersom den klagande leverantören hävdar att han hade lika god förmåga som den leverantören som erhöll avtalet att ombesörja tjänsterna ifråga och erbjöd lägsta pris skulle hans anbud ha antagits. Priset är för övrigt det enda kriteriet som - med hänsyn till utformningen av urvalskriterierna - skulle styra urvalet.

Kommunen har vitsordat att den klagande leverantören inte uteslutits från deltagande med stöd av 1 kap. 17 § LOU. Detta hade i och för sig kunnat ske eftersom han gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen samt att han - i strid med givet villkor - inte redovisat sin skuldsättning, vilket dock kommunen kände till. Det måste emellertid vara tillåtet att väga in sådana omständigheter även vid provning enligt 1 kap. 22 § LOU. Vid den provningen har kommunen inte tillämpat fri anbudsprovning utan har i enlighet med anbudsunderlaget bedömt pris och kvalitet. Kommunen har vid denna bedömning funnit anbudsgivarnas pris vara i princip likvärdiga. En skillnad om 38.000 kr mellan anbud på omkring 5.000.000 kr får anses vara försumbar. När det gäller kvalitetsbedömningen fann kommunen att den klagande inte hade de nödvändiga ekonomiska och tekniska resurserna att klara de efterfrågade tjänsterna. Han kunde i vart fall inte mäta sig med vald leverantör. Det bestrids att priset skulle vara det enda urvalskriteriet. Det framgår tydligt att även kvaliteten skulle vägas in vid bedömningen av det mest fördelaktiga anbudet.

I underlaget angavs under rubriken urvalskriterier för antagande av anbud "Styrande för urvalet av entreprenör/er är följande aspekter i nämnd ordning:

Totalt mest fördelaktiga pris med hänsyn tagen till

- Kvalitet, varvid ingår:
  - svenskspråkighet vid beställning och utförande (vid all dagligkontakt)
  - beställarens bedömning av entreprenörens förmåga att klara åtagandet
- Pris".

Av domskälen framgår att domstolen anser att kommunen inte har handlat felaktigt när den i sin bedömning enligt 1 kap. 22§ LOU också lagt in omständigheter hänförliga till t. ex. leverantörens yrkesutövning och ekonomi.

Domstolen anför att kommunens skrivsätt vad gäller utvärderingskriterierna i viss mån varit tvetydigt. Bland annat borde kravet på svenskspråkighet inte alls ha funnits med bland *bedömningskriterierna* eftersom detta krav var ett absolut *skallkrav*. Vidare framför domstolen att det i viss mån är vilseledande att det står "*Totalt ekonomiskt mest fördelaktiga pris ...*" i stället för anbud. Innebörden kan emellertid i sammanhanget inte gärna missförstås.

*NOU:s kommentar:* Skillnaden mellan kvalificering av anbudsgivarna och anbudsutvärderingen bör observeras. I en första fas granskas leverantörens lämplighet i enlighet med de krav enheten har ställt i underlaget. I fas två sker anbudsutvärderingen mot



bakgrund av det eller de krav som har angivits i underlaget. Visserligen kan de två procedurerna vid öppen upphandling göras vid ett och samma tillfälle - men procedurerna styrs av olika regler (se *NOU info okt -96* eller *Sammanställning NOU info 1996* sid. 21. Se även PM från Finansdepartementet om föreslagen lagändring).

I Grönboken om offentlig upphandling anges att även om EG-domstolen redan tydligt har uttalat sig om det faktum att det finns en klar skillnad mellan kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen och att de bestämmelser och kriterier som styr dessa två faser följaktligen inte får sammanblandas (C 31/87 Gebroederes Beentjes mot Nederländerna, REG 1988, sid 4635) framgår att ett stort antal upphandlande enheter fortsätter att ställa krav som har drag av kvalifikationskrav under utvärderingsfasen. Det anges vidare att om de två faserna sammanblandas kan det i vissa fall leda till att upphandlingskontrakt inte tilldelas den leverantör vars anbud synes vara det bästa i den aktuella upphandlingen utan en leverantör som har större erfarenhet eller finansiell tyngd än de övriga. (avsnitt 3.23 i ”Grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden, meddelande antaget av kommissionen den 27 november 1996 på förslag av Herr Monti”).

## Danska klagenämnden - Klagenævnet for Udbud

NOU har uppmärksammat på ett avgörande från den danska "Klagenævnet for Udbud" (KFU) vilket bl.a. innehåller slutsatsen att kommuner inte behöver upphandla om de köper från sina egna kommunala bolag, i vart fall inte så länge kommunerna har ett bestämmande inflytande över bolagen. NOU har fått ett stort antal frågor med anledning av det danska avgörandet och vill därför kommentera dels KFUs uppgifter och behörighet dels ärendet i sak.

NOU:s kommentar är bl.a. grundad på samtal med fuldmægtig, cand.jur Lars Kofoed-Johnsen på Konkurrencerådet i Danmark och dansk lov nr. 334 fra 6 juni 1991 (Lov om Klagenævnet for Udbud, ändrad genom Lov nr. 1006 fra 19 december 1992) samt Industriministeriets bekendtgørelse nr. 72 af 30 januar 1992 (Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud).

KFU har funnits sedan 1992 och har till uppgift att behandla ärenden där en upphandlande enhet kan ha handlat i strid med Gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling eller det danska regelverk som införlivar EG:s direktiv om offentlig upphandling. KFU tar upp ärenden gällande klagomål mot upphandlande enheter som påstås ha åsidosatt gällande upphandlingsregler, särskilt i de fall där man underlåtit att upphandla; åsidosatt bestämmelserna om annonsering och tidsfrister eller på ett olagligt sätt uteslutit eller diskriminerat anbud eller anbudsgivare vid tilldelning av kontrakt. KFU kan även fatta interimistiska beslut. KFU kan enbart agera sedan en leverantör eller annan i lagen angiven behörig part, ett tiotal myndigheter och organisationer, lämnat in en anmälan. KFU får inte göra uttalanden eller tolkningar ex officio dvs. utan sådan anmälan.

KFU har rätt att avvisa eller avgöra ett ärende helt eller delvis; att upphäva olagliga beslut; att avbryta en upphandling eller ålägga den upphandlande enheten att rätta till felaktigheter som uppstått under upphandlingen.

KFU:s avgöranden kan "överklagas" genom att talan väcks i förvaltningsdomstol (motsvarande länsrätt) inom åtta veckor från det att avgörandet har meddelats parterna. Om så ej sker blir KFU:s uttalande slutgiltigt.

KFU kan inte behandla skadeståndskrav eller utdöma skadestånd. Denna uppgift ligger hos allmän domstol motsvarande tingsrätt.

Det skall även nämnas att man som behörig klagande alltid kan välja att gå direkt till domstol istället för till KFU. Enligt uppgift är detta dock sällsynt, främst p.g.a. att KFU är en expertmyndighet vars handläggning är betydligt snabbare och billigare än domstolarnas.

KFU har hittills inte vänt sig till EG-domstolen för att få ett tolkningsbesked. Detta beror på att en sådan begäran troligen skulle avvisas eftersom KFU inte uppfyller det formella krav som ställs upp i Romfördragets art. 177, dvs att endast en nationell domstol (a court or tribunal of a Member State) får begära förhandsavgörande. KFU:s ställning som rättsligt organ är idag oklar och omdiskuterad.

### *Ärende i Klagenævnet for Udbud*

KFU har behandlat ett ärende där Odense kommun överlåtitt vissa kommunala uppgifter, avfallshantering och vattenförsörjning, till två av kommunen helägda aktiebolag. Kommunen stödde sig bl.a. på art. 6 i tjänstedirektivet beträffande avfallshanteringen och på art. 13 i försörjningsdirektivet beträffande vattenförsörjningsverksamheten. Specialarbejderforbundet samt Landsorganisationen inlämnade som ombud för de klagande, som var personal anställda av Odense kommun, en begäran om granskning av ärendet. Klaganden ifrågasatte rätten att - utan upphandling enligt EG:s regler - dels bilda och överföra alla aktier till bolagen, dels ge bolagen rätten att förestå hanteringen av avfall och vattenförsörjning.

KFU uttalade först att det framgick av såväl skriftväxlingen som av proceduren hos KFU, att de klagande i första hand åberopat anställningsrättsliga skäl som grund för sin talan vilket inte omfattas av KFU:s kompetens. Talan avvisades därför i den delen.

Vidare fastslogs att själva bolagsbildningen inte krävde upphandling. Vad beträffade kommunens beslut att - utan upphandling - ingå avtal med de två bolagen och att överlåta uppgifterna på dessa, ansåg KFU att det utgjorde en divisionering av kommunens samlade tillgångar som inte var att jämföras med tjänsteupphandling - i vart fall så länge kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen.

Man fann inte anledning att ta ställning till klagandens anmodan att KFU skulle begära tolkningsbesked hos EG-domstolen.

*NOU:s kommentar:* Enligt art. 6 i tjänstedirektivet (92/50/EEG) och art. 11 i direktivet för försörjningssektorerna (93/38/EEG), införlivat i 5 kap. 2 § LOU, som även gäller försörjningssektorerna enligt 5 kap. 1 § första stycket, gäller ett undantag för köp av tjänst från annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (5 kap. 2 § LOU som även gäller försörjningssektorerna enligt 5 kap. 1 § första stycket). Vidare gäller enligt art. 13 i försörjningsdirektivet (4 kap. 4a § LOU), under vissa förutsättningar, att anskaffning av tjänster från ett anknutet företag inte skall upphandlas enligt direktivet. Klagenævnet grundade emellertid inte uttryckligen sitt beslut på dessa två direktivartiklar utan gjorde en samlad bedömning och nämnde särskilt det förhållandet att kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen.

Klaganden har efter Klagenævnets uttalande väckt talan i dansk allmän domstol. Saken kommer alltså att tas upp till ny prövning vilket enligt Kofoed-Johnsen innebär att man än så länge bör vara mycket försiktig med att lägga alltför stor vikt vid KFU:s uttalande.

Det skall tilläggas att en holländsk nationell domstol vänt sig till EG-domstolen med en begäran om tolkningsbesked i ett mål som har vissa likheter med det danska. Målet gäller tolkningen av art. 6 i tjänstedirektivet (se ovan). I korthet har några kommuner tillsammans överlåtit avfallshanteringen till ett bolag från vilket man köper tjänster utan föregående upphandling. EG-domstolens förhandsbesked väntas komma inom drygt ett år.

NOU vill slutligen betona att det endast är EG-domstolen som kan fastslå en slutgiltig tolkning av EG-rätten, upphandlingsdirektiven inräknade.

## Miljö

### Regeringsuppdrag

Regeringen har givit i uppdrag till 25 utvalda statliga myndigheter, s.k. pilotmyndigheter att inleda utvecklingen av s.k. miljöledningssystem. Systemet skall integreras i den ordinarie verksamheten.

Arbetet med miljöledningssystemet skall redovisas till regeringen i samband med årsredovisningen för budgetåret 1998. Pilotmyndigheterna skall därvid även redovisa frågor kring miljöanpassning av sin upphandling samt de eventuella kostnader och intäkter som införande av miljöledningssystem resulterar i. Avsikten är att samtliga statliga myndigheter skall införa miljöledningssystem längre fram.

NOU har av regeringen fått ett särskilt uppdrag inom ramen för det större projektet om miljöledningssystem, nämligen att samordna, beställa samt med-verka i utbildning från Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen avseende miljöanpassad offentlig upphandling för inköpare i pilotmyndigheterna.

## Övrigt

### Hearing om Grönboken

Finansdepartementet och NOU har den 14 februari 1997 hållit en hearing med anledning av EG-kommissionens Grönbok. NOU:s avsikt med hearingen var att samla in åsikter och höra vad de upphandlande enheter och leverantörer som i praktiken deltar i upphandlingarna har att säga om de idéer som förts fram i Grönboken. NOU skall mot bakgrund av framförda åsikter lämna ett yttrande över Grönboken till Finansdepartementet.

De synpunkter som framkom vid hearingen kan sammanfattas i följande huvudgrupper.

#### *Attitydförändring*

Det finns ett behov av ändrade attityder. Många upphandlande enheter försöker kringgå (?) upphandlingsreglerna eftersom de uppfattas som alltför detaljerade och krångliga. Även leverantörerna är ovana att lämna in anbud, framför allt till utlandet. Även om handeln mellan medlemsländerna inte har ökat, har upphandlande enheter och leverantörer i Sverige påtalat att ganska stora förändringar har skett på upphandlingsområdet, t.ex.

- förfrågningsunderlagen har blivit bättre,
- det råder större öppenhet,
- upphandlingsproblematiken har fått större uppmärksamhet, inte minst i massmedia,
- reglerna leder till en förbättrad kompetens hos både upphandlande enheter och leverantörer vilken utveckling bör stimuleras.

En fortsatt ändring av attityder behövs för att upphandlingen skall fungera nationellt och internationellt.

#### *Förenkling, förtydligande*

Direktiven bör förenklas och förtydligas. Flera upphandlande enheter och leverantörer har pekat på ett behov av både förenkling av direktiven och förtydliganden av vissa begrepp och förfaranden. En möjlighet skulle vara att slå samman direktiven, i vart fall inom den klassiska sektorn (motsvarande 2, 3 och 5 kap. LOU), till ett komplex och därvid göra även en begreppsmässig förenkling och harmonisering.

#### *Tolkning*

I grönboken konstateras att tillämpning och tolkning av reglerna inte är lika i de olika medlemsländerna. Behovet av handböcker, anvisningar, information och utbildning är stort men olika uppfattningar råder om hur detta behov skall tillgodoses.

#### *Elektronisk handel*

Deltagarna tycktes vara eniga om att lanseringen och användningen av elektronisk handel bör prioriteras och stödjas.

### *Införlivande och övervakning*

Man pekade på behovet av att kommissionen eller en nationell myndighet följer att medlemsstaterna införlivar alla direktiv i den nationella rätten. Vidare behövs övervakande organ som kontrollerar att reglerna efterlevs. Kommissionen eller andra oberoende organ bör kontrollera efterlevnaden av upphandlingsreglerna även i det enskilda fallet.

Viss skepsis råder på leverantörssidan om enbart domstolsprövning på initiativ av de förfördelade leverantörerna kan garantera detta. Leverantörer som hoppas på framtida kontrakt drar sig för att stämma upphandlande enheter.

Sanktionssystemet bör stärkas. Oenighet råder dock om detta bör ske genom ökade skadeståndsbelopp.

Andra kontrollmekanismer exempelvis svartlistning och ökad kontroll från kommissionens eller de nationella organens (t.ex. NOU) sida fördes fram som alternativ till domstolsprövning.

### *SME:s*

Vid hearingen framfördes olika teorier om varför små och medelstora företag (SME) inte i förväntad utsträckning deltar i upphandlingar i andra länder. Anledningarna därtill tycks vara att regelverket uppfattas som krångligt, att inköparna vill värna lokala intressen - det känns riskabelt att handla över gränserna. Mindre företag har inte råd att vänta länge på betalning, vilket kan förekomma i vissa andra länder och avskräcks av risken att behöva driva process i utlandet. Det finns även indirekta hinder såsom typgodkännanden. Bättre standarder efterlystes. Därtill kommer språkliga hinder och leverantörernas ovana vid anbudsförfarandet. Från de upphandlande enheternas sida nämndes såväl positiva erfarenheter som svårigheter exempelvis att få rätt kvalitet och få fram bra kvalitetssäkring. Tvärtemot intentionerna har köpare och säljare blivit färre och större.

### *Rimliga krav*

Flera andra problem som möter leverantörerna hänger samman med utformningen av förfrågningsunderlaget. Ett är att köparna ställer onödiga krav. Ett annat är att kraven inte är tillräckligt preciserade. Förslaget var att bl.a. kommissionen genom upplysning och rekommendationer verkar för att upphandlarna inte ställer krav på mer intyg, referenser m.m. (dvs. inte kryssar i flera rutor på blanketten för annonsering) än vad som är nödvändigt.

*Kommentar:* NOU har påpekat detta problem ett flertal gånger i *NOU info*.

### *Utveckling av ny teknik. Funktion*

Andra särskilda svårigheter möter de enheter inom bl.a. försvaret, kommunikationssektorn m.fl. som köper eller vill utveckla viss funktion. Dagens upphandlingsregler passar inte bra i de situationer när man skall upphandla någonting som skall utvecklas. Det är svårt att formulera klara kravspecifikationer och man löper risk att låsa sig vid existerande lösningar och produkter och missar därmed framtidens teknologi. I Grönboken nämns dessa frågor endast i förbigående. En dialog bör komma till stånd angående denna typ av upphandlingar. Detaljreglering passar inte för upphandling av högteknologi, i synnerhet inte sådan som är under utveckling.

## *Miljö*

Deltagarna i hearingen tycktes vara överens om att omfattande arbete måste läggas på miljöarbete och harmonisering av reglerna. Inom området finns flera oklarheter och konflikter som borde klarläggas.

## *Information om upphandlingar*

Flera deltagare har nämnt att tillgängligheten till information om upphandlingar bör öka. Bl.a. bör databasen TED göras enklare, redigeras bättre, bli billigare och mera lättillgänglig för leverantörerna. Ett sätt skulle vara att göra den tillgänglig över Internet.

CPV-nummer bör ses över, uppdateras och förteckningen över CPV-nummer göras mera lättillgänglig för användarna.

Vidare framfördes att tidsfristerna för inlämnandet av anbud i praktiken ofta blir för korta, eftersom mycket tid går bort innan annonsen publiceras och förfrågningsunderlaget når den intresserade leverantören.

## *LOU och EG-rätten*

Det påmindes om att man vid diskussioner om Grönboken och LOU måste hålla i minnet att de svenska upphandlingsreglerna (utom kap. 6 LOU) bygger på EG-rätten. Inom EG-rätten, som i alla andra rättssystem, finns skillnader i graden av bundenhet. De regler som är direkt hänförliga till Romfördraget, kan inte ändras på annat sätt än genom ändringar i detta grundläggande fördrag. Uttalanden från olika myndigheter och sammanslutningar, inberäknat EG-kommissionen och lokala myndigheter som NOU, och till och med domar av nationella domstolar, kan tillmätas viss betydelse i avvaktan på ett auktoritativt avgörande från EG-domstolen. Det är dock endast EG-domstolen som med bindande kraft kan uttala sig i frågan om tolkningen av centrala begrepp. Förslag om ändringar i regelsystemet måste rikta sig till sådan instans som är behörig att utfärda och ändra reglerna eller åtminstone kan påverka reglernas utformning. Det är därför inte lönt att rikta sig till EG-kommissionen i frågor som faller utanför EG-rätten och som helt styrs av interna svenska regler. Förmodligen är det inte heller lönt att kräva ändringar i regler som bygger på Romfördraget, i synnerhet inte sådana regler som redan har tolkats av EG-domstolen.

## **LOU:s effekter**

NOU har påbörjat en utvärdering av LOU, ytterst med syfte att öka effektiviteten i den offentliga upphandlingen i Sverige.

En kartläggning av tillämpning och effekter av lagen kommer att göras genom såväl enkät som intervjuer. Tanken är att enkäten bl.a. skall innehålla en del "samvetsfrågor" när det gäller tillämpning av lagen. NOU vill betona att svaren endast kommer att användas i syfte att skildra generella förhållanden. Förhoppningen är att de upphandlande enheterna skall känna att de får ge uttryck för sin uppfattning. Undersökningen riktar sig mot både upphandlande enheter och leverantörer. Fokus kommer att ligga på stat, landsting och kommuner.

EG-kommissionen har i Grönboken fört fram bedömningen att de ekonomiska effekterna av den gemensamma upphandlingspolitiken hittills är relativt begränsade. Högt ställda förväntningar på priskonvergens, en ökad import i den offentliga sektorn och ett ökat antal anbudsgivare anses hittills inte ha infriats. Ett skäl kan vara brister i

tillämpningen av regelverket för upphandling. Ett annat kan vara att man helt enkelt "mätt fel saker". NOU:s utvärdering, som beräknas bli färdig under hösten skall förhoppningsvis ge en bild av de svenska förhållandena, bl.a. i dessa avseenden.

# *Sammanställning NOU info 1996*

## Förord

Denna sammanställning av de *NOU info* som utkommit under 1996 (i mars, juni, oktober och december) är redigerad på samma sätt som *Sammanställning NOU info 93-95*, dvs. med samma huvudrubriker och numrering. Eftersom information inte lämnats under samtlig huvudrubriker under 1996 har vissa huvudrubriker hoppats över (10. Varuupphandling över tröskelvärdena, 18. Rättsmedel och 23. Arbetsrätt). Inaktuell information har tagits bort och några kommentarer har lämnats beträffande sådant som förändrats efter *NOU info dec -96*.

Med de båda Sammanställningarna, 93-95 och 1996, samt därefter utkomna *NOU info* täcks det mesta in av vad NOU uttalat om offentlig upphandling och som är av mer allmänt eller principiellt intresse.

Stockholm i mars 1997

Margareta Hentze

### **S**ammanställning

*NOU info 93-95*

*NOU info 1996*

Beställ från

Fritzes Informationscentrum

Pris: 130 kronor/st. exkl. moms

Tel: 08-690 91 90

Fax: 08-690 91 91

## **OBS! OBS!**

*Sammanställning NOU info 1996* på diskett är i Word 6.0-format och skiljer sig därför utseendemässigt något från den tryckta versionen som görs i PageMaker - innehållet är dock detsamma. Några bilagor fattas dock vilket framgår i innehållsförteckningen.



## Innehåll

1. LOU - lagen om offentlig upphandling	5
1.1 Ändringar i LOU	5
1.3 Ny PM från Finansdepartementet (1996-12-20)	6
1.4 Ändringsförslag	7
1.5 Paketmöte med EG-kommissionen	9
Ändring av krav i förfrågningsunderlaget	10
Övergång till förhandlad upphandling	10
Övrigt	10
1.6 Lagen contra direktiven	11
Upphandlingsdirektiven på franska har tolkningsföreträde	11
Likabehandlingsprincipen i Romfördraget	11
2. Tillämpning av LOU	13
2.1 Begreppet upphandlande enhet	13
2.2 Projekt finansierade av EU:s strukturfonder	13
3. Tröskelvärden	15
3.1 Nya tröskelvärden från 1 juli 1996	15
3.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning	15
4. Krav som får ställas på leverantörer	16
4.1 Över tröskelvärdena	16
4.2 Under tröskelvärdena	16
5. Förfrågningsunderlaget	17
5.1 Vad bör ingå i förfrågningsunderlaget	17
5.1.1 Kravspecifikationen	17
5.1.2 Kommersiella villkor/avtalsvillkor	18
5.1.3 Administrativa bestämmelser	18
5.1.4 Utvärderingskriterier	19
5.1.5 Kvalifikationskrav	20
5.1.6 Likabehandlingsprincipen	21
5.1.7 Proportionalitetsprincipen	21
5.1.8 Felaktigheter som påtalats av domstolar	21
5.2 Språk	22
5.3 Alternativa anbud - över tröskelvärdena	22
5.4 Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare	22
Ägande- och/eller nyttjanderätt till framtaget underlag.	23
5.5 Upplysningar om svensk leverantör	23
5.6 Krav på allmän taxiservice	24
5.7 Ändring i förfrågningsunderlag	24
6. Upphandlingsförfaranden	25
6.1 Över tröskelvärdena	25
6.1.1 Val av upphandlingsförfarande	25
6.1.2 Antal anbudsgivare vid selektiv och förhandlad upphandling	25
6.2 Under tröskelvärdena	25
7. Annonsering över tröskelvärdena	26
7.1 Förhandsannonsering	26
7.1.1 Varor och tjänster	26
7.1.2 Entreprenader	26
7.1.3 Tidsfrister efter förhandsannonsering	27
7.2 Annonsera avbruten upphandling	27
7.3 Namn och adress på svenska i annonserna i EGT	28
7.4 CPV	28

8. Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning	31
8.1 Anbud som kommit in för sent - över tröskelvärdena	31
8.2 Angivande av tidpunkt för anbudslämnande	31
8.3 Förlängning av anbudstid	31
8.4 Anbuds giltighetstid m.m.	32
8.5 Tidsperiod från avtal till leverans	32
8.5 Anbudsöppning - representant från handelskammare	32
9. Prövning av anbud	33
9.1 Värdering av tidigare erfarenheter	33
9.2 "Övergång" till förhandlad upphandling	33
9.3 För sent inkommet anbud	34
9.4 Förtydligande av anbud och ansökningar	34
11. Entreprenadupphandling över tröskelvärdena	35
11.1 Byggentreprenad eller tjänst	35
11.2 Förhandlad upphandling utan annonsering	35
11.3 Definition av bygg- och anläggningskontrakt	36
11.4 Koncessioner	36
11.5 Delentreprenader - tröskelvärdesberäkning	36
12. Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena	37
12.1 Upphandlande enhet - telekommunikationsområdet	37
12.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning	37
13. Tjänsteupphandling - över tröskelvärdena	38
13.1 Försäkringsupphandling - försäkringsmäklare	38
13.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning	38
13.3 Gränsdragning hyra/arrende - upphandling av tjänst	38
13.4 Vara eller tjänst	38
14. Upphandling under tröskelvärdena	39
14.1 Får man vända sig direkt till en entreprenör som äger viss mark?	39
14.2 Skälig anbudstid vid förenklad upphandling	39
14.3 Annonsering	40
15. Avtal, avtalstider m.m.	40
15.1 Standardavtal	40
16. Statistik	41
16.1 Över tröskelvärdena - efterhandsannonsera	41
16.2 Under tröskelvärdena	42
16.3 Statistik för 1996	42
17. NOU:s ärenden och yttranden	44
17.1 Ramavtal	44
17.2 Omställningskostnader	45
17.3 Orimligt lågt anbud	46
17.4 Avtal med privat klinik under ombyggnad av sjukhus	47
17.5 Upphandling av av fastighetsförvaltning	47
17.6 Uttalanden under pågående domstolsprövning	49
17.7 Samordnad upphandling	49
17.8 Anbudsgivare i tvist med en enhet i tidigare upphandling	50
17.9 Skydd av upphovsrätt m.m. - utbildningskoncept	50
17.10 Upphandling av arkitekt-och projekteringstjänster	51
17.11 Gränsdragning hyra/arrende - upphandling av tjänst.	53
17.11.1 Hyresavtal	53
17.11.2 Upphandling av vara, tjänst och entreprenad	53
17.11.3 Slutsatser	54

19. Rättsfall	55
19.1 EG-domstolen	55
19.1.1 Onormalt lågt anbud	55
19.1.2 Mål i EG-domstolen avseende British Telecommunications	55
19.1.3 Utvärdering av anbud	56
19.1.4 Anbud som avviker från kravspecifikation	56
19.1.5 Ändring av anbud	57
19.1.6 Undantag för synnerlig brådska	57
19.2 Mål i Regeringsrätten	57
19.2.1 Prövningstillstånd	57
19.2.2 EG-direktivens företrädare framför LOU	58
19.2.3 Handelskamarrepresentant vid anbudsöppning	60
19.2.4 Överprövning - krav på allmän taxiservice	61
19.3 Överprövning i kammarrätt och länsrätt	61
19.3.1 Vad har prövats?	61
19.3.2 Överprövning i kammarrätt och länsrätt	63
19.5 Skadeståndsmål vid allmän domstol	66
19.5.1 Överklagande till hovrätt	68
20. Det nya upphandlingsavtalet - GPA	68
Rättelse	68
21. Miljö	69
21.1 Harmoniserande regler	69
21.2 Krav på tillverkningsprocessen	69
21.3 Yttrande till Näringsdepartementet	69
21.4 Yttrande till Miljövårdsberedningen	70
21.5 Nordiskt miljömöte	71
22. Offentlighet och sekretess	72
24. Övrigt	73
24.1 Grönbok om offentlig upphandling	73
23.2 Anbudssamverkan	75
23.3 Norsk rapport om effekter av EG:s regler för offentlig upphandling	75
Bilagor (ej i denna Wordversion)	
NOU - organisation och anställda	
Lista över arbeten	
Definitioner av vissa tekniska specifikationer	
Adresser och telefonnummer	

# 1. LOU - lagen om offentlig upphandling

## 1.1 Ändringar i LOU

Under 1996 har två PM från Finansdepartementet (1996-02-05 och 1996-12 20) med förslag till ändringar i LOU behandlats.

NOU har i sina remissvar, som behandlats av NOU:s nämnd, pekat på behov av ytterligare ändringar bl.a. där det finns omotiverade skillnader *mellan* LOU:s olika kapitel eller där förtydliganden i förhållande till direktiven kan behövas.

Syftet med de föreslagna lagändringarna är att uppnå bättre överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv och att förtydliga LOU i vissa delar. Som grund för merparten av ändringsförslagen ligger dels skrivelser till Finansdepartementet i vilka oklarheter i LOU påpekats och dels synpunkter från EG-kommissionen vid två s.k. "paket-möten" som NOU har informerat om (se sid. 9 f).

## 1.2 Ändringar från 1 juli 1996

Den första promemorian ledde till betydligt färre lagändringar (SFS 1996:433) än som föreslagits. Skälet var att regeringen beslutade skjuta upp flera punkter för en samtidig eventuell ändring av reglerna om europeiska standarder och eventuella ändringar som en följd av kommissionens vidare granskning av införlivandet av reglerna i 4 kap. och rättsmedlen i 7 kap. LOU.

Beträffande bakgrunden till ändringen av LOU, se prop.1995/96:165, bet. 1995/96:FiU13 och rskr. 1995/96:247.

I sammanhanget vill NOU ur Finansutskottets ovan nämnda betänkande citera följande uttalande (1995/96 FiU13) med anledning av en motion (Fi77) vari hävdades att LOU inskränkt friheten för den offentliga sektorn att handla lokalt. "Enligt utskottets uppfattning är det av stort värde att all offentlig upphandling - såväl statlig som kommunal - lagreglerats genom LOU. Genom LOU har upphandlingsmarknaden också vidgats, vilket på sikt också bör vara en fördel för glesbygdskommunerna. Mot bakgrund av vad som sägs i motionen vill utskottet framhålla att det självfallet inte finns några begränsningar för de företag som är verksamma inom den egna kommunen att delta i en upphandling. Upphandlingen måste emellertid ske i konkurrens med företag utanför den egna kommunen."

Lagändringen, som trädde i kraft den 1 juli 1996, innebar bl.a. att LOU kompletterades med de regler om nya, lägre tröskelvärden för statliga myndigheter som genom det nya upphandlingsavtalet (GPA) de facto gällt sedan årsskiftet 1995/96. Andra ändringar som genomförts är följande.

### *Förtydligande av anbud och ansökningar*

I 1 kap. 21 § har införts en ändring som innebär att förtydliganden av anbud och ansökningar endast får göras på *begäran* från den upphandlande enheten. Av artikel 24 i direktivet för varuupphandling (samma lydelse i direktiven för entreprenad- och tjänstepupphandling) framgår att en upphandlande enhet får uppmana leverantörer att förtydliga och komplettera sådana intyg och dokument som är avsedda att visa att de uppfyller kriterierna för kvalitativt urval (bl.a. ekonomisk, finansiell och teknisk kapacitet).

Ordet "nollställning" har utgått. En orsak är att den tidigare texten i kombination med hänvisningar till den (från 2 kap. 10 §, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 §) antydde att en upphandlande enhet kunde tillämpa förhandlad upphandling så snart enheten inte kunde nollställa anbuden i öppet eller selektivt förfarande.

### *"Övergång" till förhandlad upphandling*

Reglerna i 2 kap. 10-11 §§, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § som behandlar möjligheten att tillämpa förhandlad upphandling efter ett öppet eller selektivt förfarande har förtydligats. Uttrycket "övergå till förhandlad upphandling" har f.ö. tagits bort. Lagändringen behandlas utförligare på sid. 33.

### *Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning*

Genom den ändring som gjorts i 3 kap. 2 § framgår nu att mindre delkontrakt, som kan undantas från reglerna i tredje kapitlet, skall tas med vid beräkningen av entreprenadens totala värde. På motsvarande sätt har regeln i 5 kap. 5 § avseende delkontrakt vid upphandling av tjänster ändrats. Se också sid 36-38.

### *Överprövning*

7 kap. 2 § har ändrats så, att en avvägning mellan å ena sidan den skada eller olägenhet som kan uppstå för den upphandlande enheten av länsrättens åtgärd och den skada leverantören lider endast kan göras då länsrätten överväger att fatta ett *interimistiskt beslut*. En sådan skadeavvägning får *inte* göras inför det slutliga beslutet. Ändringen beror på att lagregeln tidigare inte stämde överens med rättsmedelsdirektiven. Dessutom har bestämmelsen om interimistiskt beslut fått en mer preciserad lydelse genom att det föreskrivs att länsrätten omedelbart får besluta att "upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats."

### *Granskning av upphandlingsrutiner*

Regeln i 7 kap. 11 § om granskning av rutiner för upphandling enligt 4 kap. LOU ändras så att Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (SWEDAC) anges som ackrediteringsorgan mot bakgrund av att en europeisk standard för ackreditering och granskning (EN 45 503) har antagits. Vidare anges att granskningen skall syfta till att kontrollera om den upphandlande enhetens (4 kap.) rutiner stämmer med EG:s upphandlingsregler och LOU.

## 1.3 Ny PM från Finansdepartementet (1996-12-20)

Efter remissbehandling av den andra promemorian i januari 1997 läggs en samlad proposition till riksdagen i mitten av mars 1997 om lagändringar som avses träda i kraft 1 juli 1997.

I rubricerade PM behandlas inte 6 kap. LOU. Avsikten är att bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena skall bli föremål för en översyn vid ett senare tillfälle.

Promemorian behandlar inte alla återstående avvikelser mellan direktiven och LOU som kommissionen påtalat, av vilka den kanske mest påtagliga gäller direktivets krav på att utvärderingskriterierna, t.ex. miljöpåverkan, skall kopplas till den vara eller tjänst som skall upphandlas.

## 1.4 Ändringsförslag

Nedan redovisas såväl de ändringsförslag som inte ledde till lagändring den 1 juli 1996 som ett antal av de förslag som finns i den andra promemorian (PM 1996-12-20).

### *Upphandlande enhet*

I 1 kap. 5 § föreslogs ett tillägg så att även "sammanslutningar" av myndigheter, bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser definieras som upphandlande enheter. I motiveringen till förslaget nämns Kommunförbundet och Landstingsförbundet som sådana sammanslutningar som omfattas av förslaget.

I 1 kap. 6 § har ett förtydligande föreslagits avseende definitionen av "upphandlande enhet". Stadgandet gäller bolag etc. som har inrättats "i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär". Det är således på ordet *behov*, som "industriell eller kommersiell karaktär" syftar och inte på den upphandlande enheten som i nuvarande lydelse. Avgörande blir därför om syftet med organisationens verksamhet är industriellt eller kommersiellt - något som framgår av bolagsordning, stiftelseurkund m.m. - inte huruvida verksamheten *drivs* på detta sätt.

Effekten av den föreslagna lagändringen kan bli att vissa statliga bolag, som i dag inte anser sig vara upphandlande enheter, kommer att omfattas av LOU.

Vidare har rekvisiten i paragrafens andra stycke som gäller tillskott av kapital, tillsyn och utseende av styrelseledamöter utökats att omfatta även "*andra upphandlande enheter*" (se också sid. 13).

### *Definition av förenklad upphandling*

Definitionen av förenklad upphandling (1 kap. 5 §) föreslås ändrad så att det framgår att den upphandlande enheten får förhandla med anbudsgivare endast om särskilda skäl föreligger. I kommentaren till förslaget hänvisas till de situationer där det i tidigare regelsystem, upphandlingsförordningen (UF) och det kommunala upphandlingsreglementet (UR), angavs att s.k. förhandlingsupphandling kunde vara lämplig.

### *Överföring av annonser.*

Annonseringsregeln i 1 kap. 8 § har preciserats så, att annonser "*på snabbast lämpliga sätt*" skall skickas till Publikationskontoret i Luxemburg.

Regeln i 2 kap. 17 § att anbudsansökan eller inbjudan som görs genom telegram, telex, telefax, telefon eller elektronisk överföring skall bekräftas genom en egenhändigt undertecknad handling, föreslås kompletterad med tillägget att handlingen skall "*ha avsänts före tidsfristens utgång*".

### *Förhandsannonsering*

Regeln om förhandsannonsering gällande varuupphandling i 2 kap. 6 § har preciserats så, att annonseringen skall göras "*så fort som möjligt efter varje budgetårs början*".

### *Rapport om avslutad upphandling*

I 1 kap. 11 § 2 st. anges vad rapporten om avslutad upphandling skall innehålla. Paragrafen tillförs krav på ytterligare några uppgifter: "*upphandlingens föremål och värde*" skall anges liksom "*anledningen till*" att den vinnande leverantören fick upphandlingen. Dessutom föreslås att formuleringen beträffande vilka anbudssökande och anbudsgivare som "deltagit vid prövningen av anbud" ändras till vilka som "*kvalificerat sig för att delta i upphandlingen*".

### *Likvärdighet*

I 1 kap. 16 § sägs att en upphandlande enhet inte får "beskriva föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att endast en viss vara eller process kan komma i fråga". Detta har preciserats ytterligare genom tillägget "*och som därför framhäver eller förringar vissa leverantörer, produkter eller tjänster*". Andra stycket av samma paragraf har preciserats så, att hänvisningar till viss vara eller process som bedöms nödvändiga måste åtföljas av orden "*eller likvärdig*".

### *Utvärdering i två steg*

Regeln om anbudsvärdering i 1 kap. 22 § har i förslaget förtydligats, så att det klara framgår att utvärderingen skall genomföras i två steg - först en prövning av huruvida anbudsgivare eller anbudssökande uppfyller de krav som uppställts på leverantören ("*kvalificeringen*" eller "*selekteringen*") och *därefter* anbudsprövningen.

### *Utvärderingskriterier*

I 1 kap. 22 § om prövning av anbud ges exempel på omständigheter (utvärderingskriterier) som, i de fall enheten inte tillämpar lägsta pris, skall anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget. Denna paragraf föreslås nu, av pedagogiska skäl, tillföras ytterligare exempel på kriterier från direktiven, nämligen *leveranstid, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniskt underhåll och service*.

### *Information om arbetsmiljö m.m.*

Regeln i 3 kap. 23 §, som behandlar upphandling av byggentreprenad för bostadsbyggelse, skall enligt förslaget utgå. Bestämmelsens motsvarighet i direktiven avser säregna förhållanden som knappast förekommer i Sverige.

I lagrummet föreslås en ny bestämmelse som anger möjligheten för upphandlande enheter att upplysa anbudsgivare om vilka myndigheter som kan ge information om de bestämmelser om arbetsmiljö och om arbetsförhållanden som gäller för entreprenaden. I de fall enheten lämnat sådan upplysningar skall den begära att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn tagits till upplysningarna vid utformningen av anbudet.

### *Ömsesidigt erkännande*

En ny paragraf föreslås i 1 kap. LOU som innebär att en leverantör, som har registrerats i en medlemsstats officiella förteckningar över godkända leverantörer, har rätt att åberopa sådan registrering. Den information som kan utläsas ur dessa officiella förteckningar, måste således accepteras.

### *Koncessioner*

I 3 kap.7 § har enligt förslaget ett nytt stycke lagts till som innebär att då en koncession läggs ut på *annan än upphandlande enhet*, skall enheten föreskriva att reglerna om annonsering och val av upphandlingsförfarande skall följas om koncessionsinnehavaren lägger ut arbete på tredje man.

### *Innehåll i inbjudan*

I 2 - 5 kap. LOU föreslås införas likalydande paragrafer som räknar upp uppgifter som skall finnas med i en inbjudan till anbudslämnande vid selektiv och förhandlad upphandling (alt. i förfrågningsunderlaget). Uppgifter som nämns är bland annat

- adress där ytterligare handlingar kan beställas,
- sista datum för sådan beställning,
- den dag då anbud skall ha kommit in,
- adress till vilken anbud skall sändas och
- det eller de språk som kan användas.

### *Hänvisning till EG:s upphandlingsregler i 7 kap.*

Bestämmelserna i 7 kap. LOU om överprövning och skadestånd skall inte bara hänvisa till brott mot LOU, utan rättsverkningar skall kunna inträda också vid brott mot EG:s upphandlingsregler.

### *Avslutad upphandling*

Regeringsrätten har i ett beslut i juni 1996 (refererat i *NOU info okt -96*) tagit upp frågan om huruvida bestämmelsen i 7 kap. LOU om senaste tidpunkt för överprövning överensstämmer med rättsmedelsdirektiven. Rätten fann att direktivets bestämmelse skulle ges företräde framför den i LOU. Nu föreslås en lagändring till avtalstidpunkten.

Tidpunkten då rätten att väcka skadeståndstalan upphör, föreslås ändras till ett år efter avtalstidpunkten.

### *Verkställighetsföreskrifter*

Direktivens annonsförlagor, dvs. de ganska omfattande reglerna om vad upphandlingsannonserna skall innehålla, har inte införlivats i LOU. Detsamma gäller direktivens definitioner av tekniska specifikationer och standarder.

En ny paragraf föreslås nu i 7 kap. med innebörden att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad en annons skall innehålla samt om tekniska specifikationer och standarder.

## 1.5 Paketmöte med EG-kommissionen

I september 1996 hölls ett s.k. paketmöte mellan regeringen (och vissa berörda myndigheter) och EG-kommissionen, varunder behandlades bl.a. införlivning med svensk rätt av EG-direktiven inom området offentlig upphandling. Vidare avhandlades två fall av ifrågasatta brott mot upphandlingsdirektivens regler. Kommissionens mötesprotokoll föreligger nu. Ur detta har hämtats följande beskrivningar och kritik av ärenden.



### *Ändring av krav i förfrågningsunderlaget*

I det första fallet hade den upphandlande enheten vidtagit en viss ändring av de tekniska kraven i förfrågningsunderlaget efter begäran från en av anbudsgivarna i det uppgivna syftet att undvika missförstånd i kommande utvärderingsarbete. Kommissionens representanter hävdade att agerandet innebar en överträdelse av reglerna i varudirektivet, särskilt vad gällde reglerna om alternativa anbud. De ansåg vidare att den upphandlande enheten sannolikt brutit mot varudirektivets krav på sammanläggning av upphandlingar enligt artikel 5 som föreskriver att även individuella kontrakt under tröskelvärdet under vissa förhållanden skall omfattas.

Man nådde vidare enligt protokollet inte någon definitiv lösning utan ytterligare dokument skulle analyseras av kommissionen. Trots detta ombads den upphandlande enheten dels att översända ett skriftligt åtagande vari den skulle vidgå att bestämmelserna i varudirektivet inte följts i upphandlingarna och dels bekräfta att den påtalade överträdelsen inte i något fall skulle upprepas framgent.

### *Övergång till förhandlad upphandling*

Det andra fallet rörde en upphandling som avsåg köp och installation av ett datasystem och som skulle följa varudirektivet. Frågan gällde huruvida den upphandlande enheten haft rätt att övergå till förhandlat förfarande p.g.a. att nollställning av anbuderna inte kunnat göras.

Kommissionens representanter, som konstaterade att LOU:s regler om övergång till förhandlat förfarande sedan den senaste lagändringen överensstämde med direktiven på denna punkt, hävdade emellertid att en upphandlande enhet inte hade rätt att ändra förfarande och inleda förhandlingar enbart av det skälet att den inte lyckats framställa ett tillräckligt preciserat förfrågningsunderlag. Vidare framhölls från kommissionens sida att det skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet att utesluta de anbudsgivare, vars anbudspriser översteg ett visst belopp och förhandla endast med de återstående. Det skulle nämligen vara omöjligt att fastställa huruvida de uteslutna anbudsgivarna skulle ha uppfyllt kriterierna i förfrågningsunderlaget, om de hade beretts samma möjlighet som de övriga att förhandla. Kommissionens representanter poängterade f.ö. att denna upphandling visade vad följderna kunde bli av en tillämpning av nationella regler som inte var förenliga med direktiven.

Den upphandlande enheten ombads översända ett skriftligt åtagande, i vilket skulle vidgå att man brutit i efterlevnaden av direktiven i den aktuella upphandlingen samt vidare informera kommissionen om de åtgärder som vidtagits för att korrigera överträdelsen och för att förhindra liknande överträdelser framgent.

### *Övrigt*

Kommissionens representanter betonade avslutningsvis att kommissionen i de fall där upphandling ännu inte lett till avtal slutits, kan begära att upphandlingsprocessen avbryts och rättelse vidtas och att den, också i de fall avtal har slutits, kan kräva åtgärder med tillämpning av artiklarna 169 och 186 i Romfördraget.

På fråga från svenska delegationen uppgavs från kommissionen att svenska staten ansvarar för att *samtliga* upphandlande enheter uppfyller sina förpliktelser enligt EG-rätten.

## 1.6 Lagen contra direktiven

NOU har i tidigare nyhetsbrev angivit följande "Upphandlande enheter i Sverige skall följa lagen och inte direktiven. Observera att tillåtna skillnader kan förekomma. Ansvar för att lagen är förenlig med direktiven ligger på svenska staten och inte på de upphandlande enheterna."

Uttalandet skall endast ses som en upplysning om att det normalt inte är nödvändigt för upphandlande enheter att läsa upphandlingsdirektiven, eftersom avsikten med LOU är att lagen skall ha samma innehåll som dessa direktiv. Följande bör dock observeras:

- EG-domstolen har slagit fast principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell (svensk) rätt. (Samma princip framgår även av RegR:s beslut refererat på sid. 58.)
- EG-rätten gäller i stor utsträckning i Sverige.
- Det åligger medlemsstaterna att försäkra sig om att deras medborgare respekterar EG-rätten.

Genom målet 106/77 Simmenthal uttalade EG-domstolen att om en domstol i en medlemsstat skulle finna att en nationell bestämmelse strider mot en EG-bestämmelse som har direkt effekt, skall domstolen inte tillämpa den nationella bestämmelsen i det aktuella målet.

I målet 103/88 Fratelli Constanzo utsträckte EG-domstolen denna skyldighet att garantera gemenskapsrättens företräde till samtliga organ inom de nationella förvaltningarna.

Upphandlande enheter - eventuellt med undantag för privata företag, som utför verksamhet med särskilt tillstånd enligt 4 kap. 1 § LOU - torde, i relation till LOU, anses som organ inom de nationella förvaltningarna.

I målen 157/86 Murphy och 14/83 von Colson och Kamann utvecklade EG-domstolen principen om att nationella bestämmelser skall tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Principen om fördragsenlig tolkning är inte begränsad till bestämmelser med direkt effekt.

Se referat av rättsfall i EG-domstolen på sid. 55 ff. och i *Sammanställning NOU info 93-95*.

### *Upphandlingsdirektiven på franska har tolkningsföreträde*

Upphandlingsdirektiven finns översatta till de olika medlemsspråken. Om det förekommer skillnader mellan språkversionerna skall direktiven på franska ha tolkningsföreträde.

### *Likabehandlingsprincipen i Romfördraget*

De grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. principen om likabehandling ("... utan ovidkommande hänsyn..."), finns i 1 kap. 4 § LOU.

Beträffande likabehandlingsprincipen i Romfördraget får NOU citera ur Regeringens proposition 1994/95:19 Del 1 "Sveriges medlemskap i Europeiska unionen", sid. 478: "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling

mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen."

Observera att principen om icke-diskriminering i Romfördraget också gäller för upphandlingar enligt 6 kap. LOU.

## 2. Tillämpning av LOU

### 2.1 Begreppet upphandlande enhet

Enligt 1 kap. 6 § LOU innefattar termen "upphandlande enhet" sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse och inte har en industriell eller kommersiell karaktär och där dessutom ett av fyra villkor skall vara uppfyllt beträffande tillskjutet kapital, tillsyn eller utsedda styrelseledamöter. Bestämmelsen har sin motsvarighet i EG-direktiven som behandlar offentlig upphandling. Enligt varudirektivet [artikel 1 (b)] omfattar reglerna bl.a. *bodies governed by public law*. Vidare anges att:

'a body governed by public law' means any body:

- established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial interest, and ....

Vid en översyn av införlivandet av EG-direktivens bestämmelser angående offentlig upphandling har EG-kommissionen beträffande ifrågavarande bestämmelse framfört att rekvisitet "inte har en industriell eller kommersiell karaktär" skall tolkas så, att det syftar på behov (needs) och inte på bolag, förening, samfällighet och stiftelse (body).

Enligt direktiven skall organisationen således ha *inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse* för att anses som en upphandlande enhet. Att organisationen arbetar kommersiellt eller industriellt har därför normalt ingen betydelse. Detta kan medföra att fler organisationer än i dag kan komma att anses som upphandlande enheter.

### 2.2 Projekt finansierade av EU:s strukturfonder

NOU har fått ett flertal frågor beträffande villkor och förutsättningar för medel som utbetalas ur EU:s strukturfonder.

Syftet med EU:s strukturfonder är att öka den ekonomiska och sociala samhörigheten mellan medlemsländerna och att undvika ett Europa med stora regionala skillnader. Strukturfondsmedlen fördelas mellan olika fastställda mål.

Enligt Romfördraget (artikel 130 d) ankommer det på Rådet att "... fastställa de allmänna regler som skall tillämpas på fonderna och de bestämmelser som behövs för att säkerställa deras effektivitet och samordningen av fonderna med varandra och med andra befintliga finansieringsorgan." Rådet har utfärdat en förordning (No 2052/88 of 24 June 1988) av vilken framgår bl.a. (artikel 7) att åtgärder finansierade av strukturfonderna skall stämma överens med "the provisions of the Treaties, with the instruments adopted pursuant thereto and with Community policies, including those concerning the rules on competition, *the award of public contracts* and environmental protection." (NOU:s kursivering).

Vidare har EG-kommissionen 1988 fattat beslut om särskild kontroll av efterlevnad av reglerna om offentlig upphandling i fall där projekt och program genomförs med stöd av bl.a. strukturfonderna. (Notice C (88) 2510).

Diskussioner pågår mellan kommissionen och medlemsstaterna huruvida medlemsstaternas kontroll av efterlevnaden är tillräcklig.

Inom vissa mål för fonderna kan det förekomma att medel utbetalas till privata företag som köper in varor eller tjänster som behövs för att fullgöra projektet i fråga. I sådana fall där projekt är helt eller delvis finansierade av fondmedel är företagen skyldiga att göra sina köp i enlighet med reglerna för offentlig upphandling.

Kan det fastställas att upphandlingsreglerna inte efterlevts beträffande medel som utgått ur strukturfonderna kan betalningsinställelse och återbetalningskrav effektueras. EG-kommissionen kan vidare föra ärendet till EG-domstolen - även efter det att programmet för vilket fondmedlen utbetalats är fullbordat.

### 3. Tröskelvärden

Tröskelvärdena uttryckta i ecu anges i upphandlingsdirektiven och i LOU. Omräkningen till nationella valutor görs av kommissionen och publiceras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Omräkningen sker normalt vartannat år och grundar sig på den genomsnittliga dagskursen för den nationella valutan uttryckt i ecu under föregående tvåårsperiod. Värdena införlivas i svensk lagstiftning genom en särskild förordning.

#### 3.1 Nya tröskelvärden från 1 juli 1996

Med anledning av det nya globala upphandlingsavtalet, GPA (se *Sammanställning 93-95* avsnitt 20 eller *NOU info dec -95* sid. 9 ff.) och ny omräkning av ECU-värdet och SDR<sup>\*</sup>-värdet till nationella valutor har kommissionen fastställt nya tröskelvärden. De avrundade belopp som skall gälla i Sverige när den nya tröskelvärdesförordningen (1996:581) träder i kraft den 1 juli 1996 framgår nedan.

	<i>Tröskelvärdena uttryckta i</i>	
	<i>ECU</i>	<i>SEK</i>
Byggtreprenader	5 000 000	46 628 000
Varor och tjänster		
○ <i>Försörjningssektorerna (utom tele-)</i>	400 000	3 730 000
○ <i>- telesektorn</i>	600 000	5 595 000
○ <i>Statliga myndigheter</i>	SDR <sup>*</sup> 130 000	1 282 000
○ <i>Övriga upphandlande enheter</i>	200 000	1 865 000
Förhandsannonsering	750 000	6 994 000

<sup>\*</sup>) SDR betyder särskilda dragningsrätter (special drawing rights) och används inom GPA.

#### 3.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning

Se kommentar till lagändring på sid. 36-38.

## 4. Krav som får ställas på leverantörer

När det gäller de krav som får ställas på leverantören för kvalificeringsfasen samt kontrollen hos skattemyndigheten vill NOU erinra om de skilda regler som gäller vid upphandling över respektive under angivna tröskelvärden (se vidare under Förfrågningsunderlaget nedan).

### 4.1 Över tröskelvärdena

Den upphandlande skall enheten, enligt 1 kap. 17 § LOU, i annonsen eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka upplysningar enheten vill ha avseende en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella och, enligt direktiven, ekonomiska ställning. Enheten skall ange på vilket sätt (intyg, certifikat el.dyl.) leverantören kan visa att han uppfyller de uppställda kraven. Då det gäller kraven på en leverantörs åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt i det egna landet eller i det land där upphandling sker, skall den upphandlande enheten likaledes ange på vilket sätt leverantör kan visa att han uppfyller de uppställda kraven och därvid som tillräckligt bevis godta ett intyg från den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten (principen om ömsesidighet). För anbudssökande och anbudsgivare som skall lämna uppgifter beträffande skatte- och avgiftskontroll i Sverige kan RSV-blanketten (se nedan) användas. Detta skall anges i annonsen men kan vid öppen upphandling också anges i förfrågningsunderlaget.

[Beträffande vilka ekonomiska och tekniska krav som får ställas på leverantörer se *NOU info okt -94* eller *Sammanställning 93-95*, avsnitt 4.]

### 4.2 Under tröskelvärdena

Vid upphandlingar under tröskelvärdena kan den upphandlande enheten begära upplysningar på samma sätt som över tröskelvärdena men har även rätt att själv undersöka och ta in denna typ av uppgifter. Det bör dock erinras om skyldigheten, enligt 6 kap. 9 §, för en upphandlande enhet att, om det inte är onödigt, kontrollera en anbudsgivare i vissa hänseenden innan ett anbud antas. Kontrollen avser huruvida leverantören är:

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

En upphandlande enhet får inte, enligt 6 kap. 10 §, anta ett anbud från en leverantör som inte är registrerad när registreringskyldighet föreligger.

För skatte- och avgiftskontrollen finns en särskild blankett: "Begäran om upplysningar Offentlig upphandling" (RSV 4820 utgåva 8) som kan rekvireras från det lokala skattekontoret. (Se också sid. 23 f.)

## 5. Förfrågningsunderlaget

### 5.1 Vad bör ingå i förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget bör normalt bestå av

- Kravspecifikation
- Kommersiella villkor
- Administrativa bestämmelser
- Utvärderingskriterier

Vid öppen upphandling och förenklad upphandling måste förfrågningsunderlaget eller annons också innehålla

- Kvalifikationskrav

Vad som nedan sägs om vad som skall ingå i ett förfrågningsunderlag kan i vissa delar i stället uppfyllas genom att motsvarande information ingår i en annons om den aktuella upphandlingen.

#### 5.1.1 *Kravspecifikationen*

Kravspecifikationen (ibland "uppdragsbeskrivning" vid tjänster och entreprenader) beskriver den vara eller tjänst som enheten önskar. Kravspecifikationen föregås bl.a. av en behovsanalys vilken kan inkludera risk-, underhålls- och reservdelsanalys, miljökonsekvenser o.dyl. samt eventuellt även av en marknadsundersökning. När behoven analyserats konkretiseras dessa genom en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen. Kravspecifikationen kan också innehålla krav som inte i detalj beskriver det som skall upphandlas, utan endast anger krav på funktion och prestanda. Härvid lämnar köparen över till leverantörerna att finna en egen teknisk lösning. Alla krav skall så långt möjligt anges så att de objektivt kan mätas.

I försörjningsdirektivet och i bilagor till övriga direktiv finns definitioner av vad som skall förstås med en teknisk specifikation. Definitionerna från bygg- och anläggningsdirektivet samt försörjningsdirektivet finns med som bilaga till detta nyhetsbrev. Motsvarande definitioner finns också i bilagor till varu- och tjänstedirektiven.

Görs en teknisk beskrivning av det som skall upphandlas skall enligt LOU en hänvisning till *européiska tekniska specifikationer* göras om sådana finns. NOU vill emellertid uppmärksamma de upphandlande enheterna på att 1 kap. 12 - 16 §§ LOU inte på ett tillfredsställande sätt införlivat EG-direktivets motsvarande regler.

Vidare får den upphandlande enheten inte i förfrågningsunderlaget eller annat underlag beskriva föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att endast en viss vara eller process kan komma i fråga. Enheten kan få hänvisa till ett visst märke eller fabrikat om det finns särskilda skäl (t.ex. om det inte går att beskriva föremålet på annat sätt) och under förutsättning att orden "*eller likvärdig*" läggs till.



Ändringar av 1 kap. 12-16 §§ LOU kan förväntas ingå i nästa proposition med förslag till ändringar i LOU.

### 5.1.2 *Kommersiella villkor/avtalsvillkor*

I förfrågningsunderlaget skall också anges vilka kommersiella villkor som gäller för upphandlingen. I vissa fall måste underlaget innehålla samtliga kontraktsvillkor som skall gälla för ett avtal mellan anbudsgivaren och den upphandlande enheten. Eftersom alla avtalsvillkor normalt har ett pris finns det vid *öppet eller selektivt förfarande* inte utrymme för parterna att gemensamt formulera avtalet sedan beslut om leverantör fattats, då detta skulle kunna anses som en förhandling. Har enheten använt bör-krav kan dock en viss anpassning av det slutliga avtalet bli nödvändig.

Kommersiella villkor kan t.ex. innehålla bestämmelser om

- betalningsplaner och betalningsvillkor,
- leveranstid och leveransvillkor,
- leveransförsening, vite, hävning och avbeställning,
- ägande- och nyttjanderätt till konstruktioner, ritningar och annat underlag,
- service och underhåll,
- garantier och andra ansvarsåtaganden,
- leveranskontroll, testning och provning,
- utbildning och dokumentation,
- optioner och tilläggsbeställningar,
- tvister.

### 5.1.3 *Administrativa bestämmelser*

Av förfrågningsunderlaget skall det också framgå vilka administrativa bestämmelser som gäller för den aktuella upphandlingen.

Vid upphandling *över tröskelvärdena* skall ett antal administrativa upplysningar anges i annonsen i enlighet med förlagor som finns i bilagor till respektive direktiv. Dessa finns ännu inte i LOU eller annan svensk lagstiftning men föreslås bli medtagna vid nästa lagändring den 1 juli 1977 (eventuellt blir det en förordning som skall innehålla bl.a. annonsförlagor). De av NOU rekommenderade annonsblanketterna uppfyller emellertid kraven i direktivförlagorna varför en användning av blanketterna vid annonsering är tillfyllest.

Administrativa bestämmelser som enligt direktiven skall ingå är t.ex.

- adressen varifrån förfrågningsunderlaget kan beställas,
- sista datum för sådan beställning (normalt sex dagar före anbudstidens utgång),
- belopp och betalningsvillkor i de fall då avgift skall erläggas för underlaget,
- sista datum för mottagande av anbud,
- adress till vilken anbud skall sändas,
- det eller de språk anbudet skall avfattas på,
- hänvisning till i EGT publicerat meddelande om upphandling,
- uppgift om vilka kompletterande dokument för kvalificering av anbudsgivare som skall bifogas anbudet (se även sid. 16).

Vid förenklad upphandling föreskrivs i 6 kap. LOU vissa administrativa bestämmelser som skall ingå i förfrågningsunderlaget

- om anbudet kan komma att antas utan föregående förhandling,
- att anbud skall lämnas skriftligt och att ett anbud som lämnas genom telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling,
- den dag då anbud skall ha kommit in,
- den dag till och med vilken anbud skall vara bindande (kan också anges vid annonsering),
- på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar som enheten begär enligt 6 kap. 9 § första och andra styckena LOU (se även sid. 16).

Om en upphandlande enhet anger i de administrativa bestämmelserna att en anbudsgivare kan låta en representant utsedd av en handelskammare närvara vid anbudsöppnandet, bör enheten också ange att anbudsgivaren i så god tid som möjligt skriftligen underrättar enheten om detta. Underrättelsen bör helst innehålla namn och adress på representanten.

#### 5.1.4 Utvärderingskriterier

Den upphandlande enheten skall i förfrågningsunderlaget ange att antingen det anbud skall antas som är *det ekonomiskt mest fördelaktiga* eller har *det lägsta priset*.

Om enheten väljer utvärderingsformen *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* - vilket rimligen bör vara det normala - måste enheten ange de kriterier som skall avgöra valet av anbud. Exempel på sådana är enligt varudirektivet pris, leveranstid, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst, service efter upphandlingen och teknisk assistans. Byggdirektivet har bland sina exempel lönsamhet och leveransperiod. I LOU anges också miljöpåverkan. Observera att de uppräknade kriterierna är exempel, andra kriterier kan därför anges beroende på enhetens behov, så länge de ställs på ett objektivt och icke-diskriminerande sätt.

(Se även sid. 8 *Utvärderingskriterier*.)

Om enheten valt att ange *lågsta priset* för anbudsutvärderingen är enbart priset avgörande för valet mellan de leverantörer som uppfyller samtliga krav. Utvärderingsformen *lågsta priset* bör användas endast i fråga om standardprodukter eller -tjänster.

Enligt LOU måste enheten i förfrågningsunderlaget (eller annons) ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten får inte lägga till eller dra i från några kriterier under upphandlingens gång. Det bör observeras att även ett avbrytande av en upphandling för att ändra kriterierna kan komma att anses strida mot gemenskapsrättsliga regler med risk för skadestånd som följd.

Av naturliga skäl kan förändringar och kompletteringar av förfrågningsunderlaget göras i samband med förhandlingar så länge förändringarna inte är av så väsentlig karaktär att det förändrar det ursprungliga förmålet för upphandlingen. Se även sid. 45 och 55 f. i *Sammanställning 93-95*.

Enligt LOU skall vidare kriterierna *om möjligt* anges efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först. Detta skall läsas restriktivt, dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från

detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen.

### 5.1.5 Kvalifikationskrav

Kvalifikationskrav utgör de krav enheten får ställa på en leverantör i den aktuella upphandlingen med avseende på leverantörens *tekniska förmåga och kapacitet samt hans finansiella* och, enligt direktiven, *ekonomiska ställning*. Inom försörjningssektorerna finns vissa möjligheter att också ställa andra krav på leverantören. Enligt LOU kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandlingen om han exempelvis är försatt i konkurs eller likvidation, dömd för brott avseende sin yrkesutövning eller inte fullgjort sina skyldigheter avseende socialförsäkringsavgifter eller skatter.

*Kommentar:* NOU vill på nytt uppmana upphandlande enheter att inte begära intyg o.dyl. som är svåra/omöjliga att få ta tag på och dessutom ställer, i förhållande till det som skall upphandlas, mycket långtgående krav på dokument som skall visa leverantörens ekonomiska och tekniska förmåga. NOU vill därför påpeka följande:

- ställ enbart krav på intyg/motsvarande som du anser helt nödvändiga och vet hur du skall bedöma,
- du skall kunna tala om för potentiella leverantörer *hur* de skall visa att de uppfyller ställda krav,

Med andra ord - kryssa inte slentrianmässigt i fler rutor än nödvändigt i annonsblanketternas avsnitt om kvalifikationskrav. Det är inte, enligt direktiven, tillåtet att ställa andra krav på teknisk förmåga än de som anges på annonseringsblanketterna.

### Kvalificering av anbudsgivare resp. anbudsutvärdering

Observera *skillnaden mellan kvalificeringen av anbudsgivarna och anbudsutvärderingen*. Vid selektiv och förhandlad upphandling sker kvalificeringen av leverantörer i en särskild, inledande fas och därefter inbjuds de kvalificerade leverantörerna att lämna anbud. Några andra anbudsgivare än de inbjudna får inte antas. En inbjudan att lämna anbud kan heller inte överlåtas på någon annan (t.ex. dotterbolag), eftersom kvalificeringen gjorts individuellt för var och en av de anbudssökande. När anbuden skall utvärderas, får hänsyn endast tas till varans eller tjänstens överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Någon förnyad prövning enligt kraven för kvalificering av leverantörer får normalt inte förekomma. Endast om anbudsgivaren senare t.ex. går i konkurs, försätts i likvidation eller har dömts för brott i yrkesutövningen, kan detta utesluta anbudsgivaren från kvalifikationssynpunkt vid anbudsutvärderingen. Se även sid. 8 och 56.

Observera dock att enligt direktivens bestämmelser gäller detta tvåstegsförfarande *även vid öppen upphandling*. EG-domstolen har i ett känt och ofta refererat mål (Beentjes, se EG-dom "Utvärdering av anbud" på sid. 56) framhållit just att pröv-

ningen av anbudsgivarnas lämplighet och anbudsutvärderingen är två olika moment som skall ske i nämnd ordning. Visserligen kan de två procedurerna vid öppen upphandling göras vid ett och samma tillfälle - men procedurerna styrs av olika regler.

Vid förenklad upphandling bör likaledes de två faserna kunna pågå parallellt.

### 5.1.6 Likabehandlingsprincipen

EG-domstolen har i ett flertal mål betonat att likabehandlingsprincipen är en viktig princip inom gemenskapsrätten. Inom offentlig upphandling får likabehandlingsprincipen betydelse genom kravet att hantera leverantörer lika. Leverantörerna måste ha samma information för att kunna behandlas rättvist. Vidare måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt för att ge alla samma förutsättningar. EG-domstolen har i ett mål betonat vikten av att hänsyn också tas till de leverantörer som inte lämnat anbud (UNIX-målet). En ändring av förfrågningsunderlaget som endast kommer anbudsgivare till del, kan anses vara ett brott mot likabehandlingsprincipen, gentemot den som avstod från att lämna ett anbud därför att just det krav som nu ändrats var omöjligt att uppfylla. Se även EG-dom (C-243/89) på sid. 56.

Det måste framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (*skall-krav*). Avseende miljökrav kan ett sådant krav t.ex. vara att vissa ämnen inte får ingå i en produkt. *Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas.*

Vidare kan enheten ange vilka krav som bör ingå (*bör-krav*). Det måste dock stå klart för leverantören vilka krav som får frångås samt i vilket avseende detta får ske och i vilken utsträckning. Leverantörerna bör också genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur ett uppfyllande av bör-kraven kommer att värderas, exempelvis var för sig, i förhållande till varandra eller till priset. Detta kan vara en förutsättning för att leverantörerna dels skall förstå konsekvenserna av att välja den ena eller andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt och dels i ett längre perspektiv, utveckla sina produkter i önskad riktning (leverantörsutveckling).

### 5.1.7 Proportionalitetsprincipen

Gemenskapsrätten ställer krav på att kvalificeringskraven och förfrågningsunderlaget inte innehåller krav som inte är nödvändiga för den aktuella upphandlingen.

### 5.1.8 Felaktigheter som påtalats av domstolar

Vid en genomgång av de ca 180 ärenden som fram till juni 1996 varit föremål för överprövning är ofta brister i förfrågningsunderlaget orsaken till att upphandlingen fått göras om eller rättats till. Exempel på brister i underlaget som varit föremål för sådan prövning är:

- att de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skall tillmätas betydelse inte stämmer med dem som tillmätts betydelse vid utvärderingen,
- att underlaget har ansetts som otydligt i olika avseenden,
- att vissa krav på leverantören har ansetts som diskriminerande, och

- att uppgifter om upphandlingens totala omfattning, inkl.volym avseende transporter, har saknats trots att sådana uppgifter har funnits att tillgå (t.ex genom att granska tidigare upphandlingar).

Se också vad som tidigare skrivits under rubriken "Förfrågningsunderlaget" i *Sammanställning NOU info 93 - 95*.

## 5.2 Språk

Som framgått av tidigare *NOU info* får förfrågningsunderlaget vara skrivet på svenska. I förfrågningsunderlaget får man också ange att anbudet skall vara skrivna på svenska. Om ingenting sägs om språk står det anbudsgivaren fritt att använda valfritt EU-språk i anbudet. Av affärsmässighetsskäl och ur konkurrenssynpunkt kan det ofta vara lämpligt att tillhandahålla förfrågningsunderlaget även på engelska och tillåta anbudslämnande på svenska eller engelska.

## 5.3 Alternativa anbud - över tröskelvärdena

I LOU anges att ett anbud som avviker från kravspecifikationen inte får tas med i anbudsutvärderingen om det inte uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget att alternativa anbud kan tillåtas (3 kap. 24 §, 4 kap. 26 § och 5 kap. 25 §). Beträffande varuupphandling saknas motsvarande föreskrift i LOU vilket påtalats i remissvaret till förslaget till lagändring.

Enligt upphandlingsdirektiven skall det anges i upphandlingsannonsen alternativt förfrågningsunderlaget om alternativa anbud/utföranden *inte* tillåts. I den svenska översättningen av entreprenaddirektivet anges dock felaktigt att man skall ange "huruvida" alternativa anbud är tillåtna.

Om de upphandlande enheterna *använder* de nu gällande *blanketterna* (november 1994) för annonsering och där kryssar i om alternativa anbud är tillåtna eller ej får skillnaderna i LOU och de olika direktiven ingen praktisk betydelse.

Problem kan dock uppstå om man inte anger något alls beträffande alternativa anbud - enligt direktiven är då alternativa anbud tillåtna men inte enligt LOU. Slutsats: Glöm inte att ange om alternativa anbud är tillåtna eller ej.

Observera att alternativt utförande endast kan användas då följande är uppfyllt

- grunden för utvärderingen är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud,
- minimikrav anges i förfrågningsunderlaget.

I den svenska översättningen av entreprenad- och varudirektiven anges felaktigt "lägsta pris" i stället för "ekonomiskt mest fördelaktiga" som grund för utvärderingen.

## 5.4 Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare

Frågan om en konsult som medverkat i ett tidigare skede i ett projekt är diskvalificerad som anbudslämnare har diskuterats mycket. En dom i Kammarrätten i Jönköping (Målnr. 3184--3186-1995) har ytterligare bidragit till diskussionerna. NOU vill därför på nytt upprepa sin ståndpunkt och även komplettera denna med en kommentar samt ett utdrag ur det nya upphandlingsavtalet, GPA.

*Ur NOU info dec -94:* "En konsult som varit med att ta fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete bör inte delta i därpå följande anbudsgivning, om

det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att den på ett eller annat sätt anpassas till konsultens produktion av varor eller tjänster. Konsultmedverkan får inte leda till att konsulten ges konkurrensfördelar genom information som andra anbudsgivare inte får.

I de fall den upphandlande enheten bedömer att en konsult inte kan få delta i upphandling av slutprodukten eller tjänsten, bör detta klargöras redan inför den inledande upphandlingen."

*Kommentar:* Omvänt är det således möjligt att använda en konsult i upphandlingen om det kan anses att konsulten inte fått en otillbörlig konkurrensfördel i tidigare led. En konsult som deltagit i tidigare led har ofta en konkurrensfördel genom att vara bättre "påläst" och insatt i frågan än övriga anbudsgivare. Det är viktigt att anbudstiden är så lång att även andra intresserade har möjlighet att lämna anbud inom stipulerad tid.

*Ur GPA Artikel VI.4:* "Upphandlande enheter skall inte, på ett sådant sätt, att det kan komma att utesluta konkurrens, efterfråga eller acceptera råd som kan användas i sammanställning av underlag för en enskild upphandling från ett företag som kan ha kommersiella intressen i upphandlingen."

*Kommentar:* Arbete pågår inom EU med att införliva GPA-reglerna i EG:s upphandlingsdirektiv och ovanstående artikel (VI.4) kan komma att tas in i dessa. Diskussionerna gäller huruvida det är nödvändigt med hänsyn till redan gällande direktivtext och till Romfördraget. EG-domstolen har i flera domar slagit fast att inom gemenskapsrätten gäller en *allmän likabehandlingsprincip*, utöver de specifika bestämmelser som finns i fördraget (se även sid. 20).

### *Ägande- och/eller nyttjanderätt till framtaget underlag.*

Då en konsult används kan det i många fall vara viktigt att med konsulten reglera (avtala om) rätten för den upphandlande enheten att få använda det av konsulten framtagna underlaget i såväl bearbetat som obearbetat skick.

## 5.5 Upplysningar om svensk leverantör

För begäran om upplysningar om svenska leverantörer finns en särskild blankett "Begäran om upplysningar vid upphandling" (RSV 4820 utgåva 8) som kan rekvireras från det lokala skattekontoret. Blanketten är avsedd att användas för att kontrollera att leverantören är

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

Genom blanketten svarar Skattemyndigheten och Kronofogdemyndigheten på ovanstående och om leverantören har F-skattebevis.

*I dessa avseenden* täcker blanketten vad som krävs enligt 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

Utöver ovan nämnda kontroller kan det i vissa fall behövas ytterligare kontroller av en anbudsgivare. Nedan följer en förteckning över de myndigheter som för register och utfärdar dokument:

- *Patent- och registreringsverket (PRV)* för register över bl.a.
  - aktiebolag,
  - handelsbolag,
  - kommanditbolag,
  - ideella föreningar som driver näring,
  - enskilda näringsidkare,
  - ekonomiska föreningar och
  - europeiska ekonomiska intressegrupperingar

PRV för också

- näringsförbudsregister samt
- register över fysiska personers konkurser.

PRV utfärdar

- registreringsbevis för företag och föreningar. Av bevisen framgår om de är försatta i konkurs eller likvidation,
- konkursfrihetsbevis,
- bevis om frihet från näringsförbud.

PRV beslutar om likvidation av aktiebolag om bolaget

- saknar behörig styrelse eller verkställande direktör,
- saknar behörig revisor,
- inte sänt in årsredovisning och revisionsberättelse inom elva månader efter räkenskapsårets utgång.

Beslut om likvidation av andra skäl fattas av bolaget eller av domstol.

Av PRV:s registreringsbevis framgår inte om ansökan om konkurs eller likvidation gjorts. Däremot går det att efter särskild förfrågan hos PRV få besked om huruvida likvidationsföreläggande utfärdats mot ett visst aktiebolag.

Upplysningar från aktiebolags-, handels- och föreningsregistren m.m. lämnas av PRV:s bolagsavdelning. Telefon: 060-18 41 10 eller 071-23 50 00

- *Finansinspektionen* för register över banker och försäkringsbolag.
- *Rikspolisstyrelsen* för kriminalregister. Uppgifter i registret får i princip endast lämnas till myndigheter inom rättsväsendet och till den registrerade själv.

Register över tvångsförvaltning eller ackord finns inte. Inte heller förs register över ansökan om konkurs eller ansökan om likvidation vid tingsrätt.

- Då krav ställs på intyg som inte kan erhållas från ovan nämnda myndigheter avseende en leverantörs finansiella ställning torde för svensk del ett intygande inför *notarius publicus* vara den enda framkomliga vägen.

Beträffande vilka ekonomiska och tekniska krav som får ställas på leverantörer se *NOU info okt -94* och *Sammanställning 93-95*, avsnitt 4.

## 5.6 Krav på allmän taxiservice

Regeringsrätten har i en nyligen avkunnad dom behandlat frågan om en kommun vid upphandling av färdtjänsttransporter ägt rätt att ställa krav på att leverantören skall tillhandahålla allmän taxiservice. Se sid. 61.

## 5.7 Ändring i förfrågningsunderlag

Se kommissionens kritik av två upphandlingar redovisade ovan sid. 9 ff.



## 6. Upphandlingsförfaranden

### 6.1 Över tröskelvärdena

#### 6.1.1 *Val av upphandlingsförfarande*

Vid valet av upphandlingsförfarande skall den upphandlande enheten beakta huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Därav följer bl.a. att upphandlingen skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Vid bedömningen av vad som är ett lämpligt upphandlingsförfarande för en viss upphandling bör bl.a. antalet potentiella anbudsgivare beaktas. Om antalet anbud förväntas bli ohanterligt stort bör givetvis öppen upphandling undvikas. Vid selektiv upphandling inom den klassiska sektorn kan antalet leverantörer, som man avser att bjuda in, anges antingen med en exakt siffra eller inom ett intervall mellan fem och tjugo. Om man anger en exakt siffra bör det följas av orden "förutsatt att så många anbudsansökningar kommer in". I annat fall föreligger risk att upphandlingen måste göras om.

På sid. 57 refereras en dom från EG-domstolen som rör tillämpning av förhandlad upphandling utan annonsering, p.g.a. synnerlig brådska.

#### 6.1.2 *Antal anbudsgivare vid selektiv och förhandlad upphandling*

Vid *selektiv* upphandling får en upphandlande enhet ange hur många som kommer att inbjudas till anbudsgivning. I annonsen om upphandling skall då enligt direktiven anges ett exakt antal *eller* ett intervall mellan fem och tjugo. För upphandlingar inom försörjningssektorerna anges inget intervall. Detta framgår också av standardblanketterna. Antalet anbudssökande, som inbjuds till anbudslämnande, skall under alla omständigheter vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens. Att inte skriva något antal alls innebär enligt kommissionens tolkning att *samtliga som lämnat anbudsansökan* och som uppfyller kvalifikationskraven måste inbjudas att lämna anbud. Den begränsning som tillåts vid selektiv och förhandlad upphandling skall ses som avsteg från grundprincipen att alla som vill skall få vara med och tävla om kontrakten.

Vid *förhandlad* upphandling som annonserats, måste antalet deltagare i förhandlingar vara minst tre förutsatt att det finns så många lämpliga deltagare. För försörjningssektorerna anges dock inget antal.

### 6.2 Under tröskelvärdena

Vid förenklad upphandling föreligger inte någon möjlighet till selektering (se vidare mål 2266--2267-96 på sid. 65).

## 7. Annonsering över tröskelvärdena

### 7.1 Förhandsannonsering

#### 7.1.1 Varor och tjänster

Planerade upphandlingar av varor och A-tjänster *skall förhandsannonseras*. Inom de klassiska \*) sektorerna skall förhandsannonsering ske *i början av varje budgetår*. Inom försörjningssektorerna gäller endast kravet att annonseringen skall göras *årligen*.

Förhandsannonsering är obligatorisk då det *totala* värdet av planerade upphandlingar för varje varuområde eller tjänstekategori uppgår till 750 000 ECU vilket motsvarar 6 994 000 SEK.

Observera att det värde som skall beräknas är det uppskattade sammanlagda värdet av alla upphandlingar, såväl över som under tröskelvärdena, som planeras av samtliga organisatoriska enheter inom den upphandlande enheten.

\*) dvs. inte tillhörande försörjningssektorerna

#### *Varuområde:*

Varuområde skall anges enligt CPV-nomenklaturen (se flera tidigare *NOU info* eller *Sammanställning NOU info 93-95* sid. 35 f.). För att förhandsannonseringen skall tjäna sitt syfte bör varuområdet följa en logisk gruppering med hänsyn till leverantörsstrukturen. Det skall med andra ord vara möjligt för en "normal" leverantör inom området att leverera produkterna. En lämplig utgångspunkt kan vara att starta med CPV på "4-siffernivå" och sedan använda marknadskännedom och sunt förnuft för att bedöma om man måste utöka eller minska varuområdet.

#### *Tjänstekategori:*

Det finns 27 olika tjänstekategorier (se bilaga till LOU) - 16 av dem gäller A-tjänster och resten är B-tjänster. Det är den totala upphandlingen enbart inom var och en av de 16 kategorierna A-tjänster som behöver förhandsannonseras. Observera att en tjänstekategori kan innehålla ett flertal olika typer av tjänster som alla skall räknas samman.

#### 7.1.2 Entreprenader

Beträffande entreprenader inom de *klassiska sektorerna* gäller att varje entreprenad över tröskelvärdet skall förhandsannonseras så snart beslut om godkänd projektering tagits.

Inom *försörjningssektorerna* skall förhandsannonsering av planerade entreprenader som förväntas överstiga tröskelvärdet göras minst en gång per år. (Om förhandsannonseringen också används som uppmaning till anbudsgivning, måste den upphandlande enheten inom ett år skicka en uppmaning till leverantörerna att bekräfta sitt intresse.)

### 7.1.3 Tidsfrister efter förhandsannonsering

Inom de *klassiska sektorerna* gäller att då planerade *tjänste- och entreprenadupphandlingar* har förhandsannonserats, får tidsfristerna för anbudslämnande vid öppen upphandling förkortas från minst 52 dagar till minst 37 dagar och vid selektiv upphandling från 40 till 26 dagar.

Då planerade upphandlingar inom *försörjningssektorerna* har förhandsannonserats får tidsfristerna vid *öppen* upphandling förkortas från 52 till 37 dagar.

Förhandsannonseringen har två syften:

- att ge tidig information om de upphandlande enheternas planering så att potentiella leverantörer kan planera för ett eventuellt deltagande i kommande upphandlingar.
- ge signaler till "marknaden"- och visa på eventuellt nya marknadsmöjligheter.

Vid beräkningen av värdet av en planerad upphandling skall man ta med det totala värdet för hela den tänkta kontraktperioden, inklusive eventuella optioner/förlängningsklausuler.

Vid annonsering av flera varugrupper eller tjänstekategorier förekommer det att annonsen i EGT förses med en rubrik som enbart gäller den första gruppen eller kategorin. För att undvika det kan det vara lämpligt att ange en samlingsrubrik. Skriv: *diverse varor/tjänster* (various supplies/services) under rubriken i punkt 2 (varor) resp. punkt 2 och 3 (tjänster) på blanketterna. På blanketten för försörjningssektorn är motsvarande punkter 3.2 - 3.4.

Observera att förhandsannonsering är ett lagstadgat krav, men att en förhandsannons inte innebär någon förpliktelse att genomföra alla planerade upphandlingar. I många fall medför förhandsannonsering att kortare tidsfrister kan utnyttjas vid upphandlingstillfället - tidsfristen måste dock alltid vara skälig.

## 7.2 Annonsera avbruten upphandling

I de fall en upphandlande enhet beslutar att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om den, skall ett meddelande om detta skickas till Publikationskontoret i Luxemburg. Det finns inget särskilt formulär för detta - det räcker med ett enkelt meddelande att upphandlingen har avbrutits. Förslag till formulering:

### **Meddelande om avbruten upphandling**

SE-Y-köping: Städtjänster<sup>\*)</sup>

(95/S 121-02769) <sup>\*\*)</sup>

Namn- och adressuppgifter. Telefon. Telefax.

Angående: CPV: 74.70.13.00-6

Städning av fastigheter

Upphandlingen har avbrutits.

<sup>\*)</sup> Enlig rubricering i den ursprungliga annonsen i EGT

<sup>\*\*)</sup> "- numrering i "-

### 7.3 Namn och adress på svenska i annonserna i EGT

Det har visat sig att en upphandlande enhet kan förekomma i EGT/TED under flera olika namnvarianter - på svenska, engelska, som förkortning med eller utan angivande av det fullständiga namnet etc. Det gör det svårt att identifiera olika upphandlingar gjorda av samma enhet t.ex. vid insamlandet av uppgifter för statistik eller då en leverantör vill undersöka vad och när en viss upphandlande enhet upphandlar.

En rekommendation är därför:

- Ange alltid namn och adress på svenska,
- Lägg ev. till en översättning av namnet (dock ej av adressen - vilket vi sett märkliga exempel på!) om annonseringen sker på ett annat språk än svenska,
- Var konsekvent - skriv namn och adress lika varje gång!

### 7.4 CPV

I *NOU Info juli -94* rekommenderade NOU de upphandlande enheterna att använda CPV-nummer vid all annonsering i OJ (numera EGT). De reviderade blanketter som kom i november samma år var försedda med "CPV-rutor". Omkring 70 % av annonsunderlagen från Sverige är nu försedda med CPV-nummer. Detta innebär att Publikationskontoret anger CPV-nummer för resterande 30 %. Tänk på att risken för fel ökar när den upphandlande enheten inte själv anger CPV!

EG-kommissionen undertecknade den 30 juli 1996 en formell "Commission Recommendation" beträffande användandet av CPV som ersättning för de i upphandlingsdirektiven angivna CPA-, CPC- och NACE-nomenklaturerna.

Nomenklaturen *på svenska* publicerades i EGT S 169 den 3 september 1996 och finns också i databasen TED liksom på SIMAP:s hemsida på Internet dit adressen är:  
<http://194.78.31.74:8087/src/cpv.htm>

I den nomenklatur som kan beställas från Kommerskollegium (se nedan) görs "inofficiella" korrigeringar löpande. Dessa korrigeringar kommer tills vidare också att meddelas i *NOU info*, så att den som så önskar själv kan göra korrigeringarna.

#### 7.4.1 Förbättring av CPV-nomenklaturen

CPV-nomenklaturen är långt ifrån fullkomlig och det bästa sättet att förbättra den är genom kommentarer från användarna.

NOU tar emot alla typer av kommentarer och kommer att vidarebefordra dem till kommissionen och dess Publikationskontor. Skicka gärna kommentarer och förslag på fax: 08 - 791 72 81 t.ex. då koder saknas eller då felaktiga eller oklara koder upptäcks eller tveksamma översättningar används.

#### 7.4.2 *Korrigeringar i CPV-nomenklaturen*

NOU har gjort vissa (inofficiella) korrigeringar i nomenklaturen (som distribueras av Kommerskollegium) bl.a. då det gäller "*inhyrning*" av fordon, maskiner, utrustning etc. I originaldokumentet skrivs felaktigt "*uthyrning*". Korrigeringarna kommer att göras i TED först vid en kommande uppdatering av nomenklaturen.

Nedanstående har ändrats från transporter till transportmedel eftersom det inte gäller tjänster.

35.43.00.00-7 *TRANSPORTMEDEL FÖR HANDIKAPPADE*

35.43.10.00-4 *Transportmedel för handikappade och delar därav*

35.43.11.00-5 *Transportmedel för handikappade*

35.43.12.00-6 *Delar och tillbehör till transportmedel för handikappade*

Dragskåp i stället för "rökgång"

36.14.13.07-3 *Dragskåp av trä och andra trämöbler för laboratorier e.t.k.*

36.14.14.31-1 *Samma ändring*

Icke-förstörande i stället för icke skadlig

74.30.15.00-4 *Övrig teknisk inspektion och icke-förstörande tester e.t.k.*

74.30.15.10-7 *Samma ändring*

74.30.15.20-0 *"-*

74.30.15.29-3 *"-*

74.30.15.90-1 *"-*

#### *Förlags- och tryckeritjänster*

En viss förvirring tycks råda huruvida trycksaker och tryckeritjänster skall anses som vara eller tjänst.

Avgörande är vem som tillhandahåller de medier som tryckningen görs på. Att färdiga trycksaker (t.ex. böcker) är varor är uppenbart. Det handlar också om varuupphandling då den upphandlande enheten till tryckeriet lämnar ett original (t.ex. till en informationsskrift om offentlig upphandling) som sedan trycks på media som tillhandahålls av tryckaren. Om däremot enheten tillhandahåller både original och media för tryckning är det fråga om tjänsteupphandling.

Nedanstående fel i den svenska versionen av CPV har troligen ytterligare bidragit till förvirringen.

22.22.30.00-9: Tryckning **av** medier som ej tillhandahålls av tryckare skall vara:

Tryckning **på** medier som **ej** tillhandahålls av tryckare.

Det enklaste sättet att ta reda på vad som skall upphandlas som tjänst är att använda den sammanställning av A- och B-tjänster som hänvisas till nedan.

#### *Snöröjning är en A-tjänst*

På förekommen anledning vill NOU påpeka att snöröjning skall upphandlas som A-tjänst och att CPV-numret är: 90.00.30.90-5.

*A- och B-tjänster med CPV-nummer*

En förteckning över A- och B-tjänster med CPV-nummer, som ersätter den tidigare "Sammanställning av tjänstekategorier med referens till CPC- och CPV-klassificeringarna", finns nu på svenska och kan beställas från Kommerskollegium. Referenserna till CPC finns inte i den nya utgåvan. I kategori 27 "Övriga tjänster" finns ett antal tjänster uppräknade - observera att detta inte är en fullständig förteckning utan får ses som exempel på övriga tjänster.

Observera att Kommerskollegium enbart **distribuerar** nomenklaturen m.m. **efter faxbeställning. Faxnummer: 08-690 48 20.** Kommerskollegium har inte åtagit sig att svara på frågor om klassificering eller att hjälpa till med sökningar i nomenklaturen.

*Observera att en annons i EGT inte får vara längre än en sida i tidningen vilket motsvarar omkring 650 ord. Begränsningen gäller enbart inom de klassiska sektorerna*

## 8. Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning

### 8.1 Anbud som kommit in för sent - över tröskelvärdena

En upphandlande enhet skall ange när ett anbud senast skall ha lämnats in. Ett anbud som kommer in för sent är inte ett korrekt lämnat anbud och får inte tas upp till prövning oavsett vem som vållat förseningen. Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU förutsätter att alla leverantörer behandlas lika vilket inte är möjligt om leverantörerna får olika tidsfrister för att lämna anbud. Det kan finnas leverantörer som har sett annonsen men avstått från att svara då de bedömt att anbudstiden varit för kort.

(Vid upphandling under tröskelvärdena finns i 6 kap. 11 § LOU ett explicit förbud att pröva anbud som kommit in för sent.)

När en handling skall anses ha kommit in till en myndighet regleras i 10 § förvaltningslagen (1986:223) samt i 2 kap. 6 § tryckfrihetsförordningen.

### 8.2 Angivande av tidpunkt för anbudslämnande

Att det i förfrågningsunderlaget eller annonsen inte bör anges ett visst klockslag för anbudslämnande har behandlats tidigare i *NOU info*. Eftersom klockslag fortfarande förekommer i annonser och förfrågningsunderlag vill NOU lämna följande kompletterande information.

Den bedömning som kan behöva göras huruvida ett anbud har inkommit försent och därmed inte får tas upp till prövning, skall av de flesta enheter göras med ledning av Förvaltningslagens bestämmelser. I denna lag används endast tidsperioden *hela dagar*. Har den upphandlande enheten angivit att anbudet skall vara enheten tillhanda senast ett visst datum kl. 16.00 uppstår det sålunda svårigheter att tolka huruvida ett anbud, som inlämnats t.ex. kl. 17.00 angivet datum, har inkommit i rätt tid. För att undvika den situationen bör upphandlande enheter som skall följa Förvaltningslagen endast ange ett slutdatum utan klockslag som sista tidpunkt för att inkomma med anbud.

### 8.3 Förlängning av anbudstid

#### *Upphandling över tröskelvärdena*

Upphandlande enheter vill ibland förlänga anbudstiden för att en viss leverantör skall hinna avge sitt anbud. En sådan förlängning kan oftast inte anses objektiv.

Den dag till vilken anbud senast skall vara inkommet till den upphandlande enheten skall anges i annonsen i EGT och/eller i förfrågningsunderlaget. De tidsfrister som gäller vid de olika upphandlingsförfarandena är *minimitider*. Det är därför viktigt att

de upphandlande enheterna noggrant beräknar tiden utifrån vad som kan anses som skälig anbudstid. Anbudstiden får normalt inte ändras under upphandlingsprocessen.

Om den upphandlande enheten av särskilda skäl måste förlänga anbudstiden, måste detta enligt likabehandlingsprincipen göras i så god tid att alla anbudsgivare kan dra nytta av förlängningen, dvs. i början av perioden. En förändring av anbudstidens längd skall vid öppen upphandling annonseras i EGT. Anbudstiden bör inte förlängas bara av den orsaken att en anbudsgivare begär förlängning.

#### 8.4 Anbuds giltighetstid m.m.

NOU får ofta frågor om vad som gäller beträffande eventuell förlängning av giltighetstiden för inkomna anbud då den upphandlande enheten inte hunnit avsluta upphandlingen. I anledning därav vill NOU erinra om att det är väsentligt, att den tid som anbudet skall vara bindande för anbudsgivaren, bör vara tilltagen så att förlängning inte behövs.

När enheten fastställer tid för anbudens giltighet måste hänsyn tas till, förutom upphandlingens storlek och karaktär, omfattning av anbudet, om prover, tester, analyser m.m. skall företas osv. Skall dessutom personer eller organisationer utanför enheten granska anbudet måste hänsyn tas även till detta.

Att i efterhand förlänga giltighetstiden för anbud förutsätter, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning. Gör de inte det måste upphandlingen göras om. Det är dock från etisk utgångspunkt tveksamt att mer än i undantagsfall pressa anbudsgivarna till förlängd giltighetstid. Situationen gör det oftast omöjligt för leverantören att inte gå med på en sådan eftergift.

En förlängning av giltighetstiden får inte påverka tidplaner för leveransen. I sådant fall anses det som en väsentlig förändring av förutsättningarna. Vidare kan en förlängning av giltighetstiden inte kombineras med tillstånd att ändra anbudet i övrigt, t.ex. priset.

#### 8.5 Tidsperiod från avtal till leverans

Tiden från det att en upphandling avslutas tills dess att avtalet skall börja löpa bör anpassas så att en ny leverantör hinner företa de investeringar och andra omställningar som avtalet medför. Det kan inte anses vara ett affärsmässigt beteende att tiden sätts för snävt, i synnerhet om det är en följd av den upphandlande enhetens bristande planering. En för kort tid kan avhålla tänkbara nya leverantörer från att lämna anbud och därmed gynna tidigare leverantörer och eventuellt utgöra ett brott mot likabehandlingsprincipen.

#### 8.5 Anbudsöppning - representant från handelskammare

Regeringsrätten har i en dom behandlat frågan om vilken behörighet som tillkommer handelskamarrepresentant vid anbudsöppning. Se sid. 60.



## 9. Prövning av anbud

### 9.1 Värdering av tidigare erfarenheter

NOU:s kansli har flera gånger fått frågan från upphandlande enheter om det är möjligt - enligt LOU - att vid utvärdering av anbud ta hänsyn till att en tidigare leverantör kan ha vissa fördelar från tidigare uppdrag hos enheten (*miljökänndom*). I en länsrättsdom (3066-95 refererad och kommenterad på sid. 64) anges i domskälen att tidigare leverantörer kan ha vissa sådana fördelar som är såväl naturliga som godtagbara. En förutsättning för att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är dock att förfrågningsunderlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar den tidigare leverantören utan i stället minskar skillnaderna i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer. (Se även 17.2 Omställningskostnader på sid. 45.)

### 9.2 "Övergång" till förhandlad upphandling

Enligt 2 kap. 10 - 11 §§, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § LOU (efter lagändring den 1 juli 1996) får en upphandlande enhet som påbörjat en upphandling efter öppet eller selektivt förfarande "övergå" till förhandlat förfarande under följande förutsättningar:

- att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna *kontraktsvillkoren inte väsentligen ändrats och endera*
- att de anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling *inte motsvarar de krav som ställts i underlaget eller*
- att det vid öppen eller selektiv upphandling *inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud.*

Om förfrågningsunderlaget ändras väsentligt *måste* den upphandlande enheten alltid annonsera på nytt och upphandla enligt öppet eller selektivt förfarande.

Vad som skall förstås med *att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras* får bedömas från fall till fall. Mindre ändringar som är brukliga i den aktuella branschen är troligen tillåtna. Om det exempelvis vid en nybyggnad överenskommes mellan parterna om att flytta på några icke bärande väggar eller att ändra färgen från rött till grönt är det förmodligen inte att anses som väsentliga ändringar. Däremot kan det sannolikt anses som en väsentlig ändring om den skulle få till följd att en leverantör skulle ändra sitt beslut att lämna eller inte lämna anbud. Med väsentliga ändringar är det nödvändigt att börja om och göra en ny upphandling.

Kommissionen har i samband med granskning av ett svenskt upphandlingsärende uttalat att ändringar i de tekniska specifikationer som beskriver de varor som skall

levereras, utgör en väsentlig ändring av upphandlingsvillkoren, varvid den öppna eller selektiva upphandlingen skall göras om och i sin helhet följa tillämpliga direktivbestämmelser.

Om anbudet *inte motsvarar ställda krav* och inga väsentliga ändringar av förfrågningsunderlaget görs, har enheten rätt att "övergå" till förhandlat förfarande utan annonsering, under förutsättning att enheten *förhandlar med samtliga anbudsgivare* som lämnat in anbud i tid och som uppfyller ställda finansiella och tekniska krav enligt 1 kap. 17 § LOU. Om enheten inte förhandlar med samtliga anbudsgivare, måste övergången till förhandlat förfarande ske som en ny upphandling med tillhörande ny annonsering. I båda fallen har således enheten fått legitimation att använda förhandlat förfarande. Med att anbuden inte motsvarar ställda krav bör förstås att anbuden inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget (kravspecifikation, kommersiella och administrativa villkor).

Om *inga anbud* lämnats eller det inte lämnas några *lämpliga anbud*, återigen under förutsättning att förfrågningsunderlaget inte ändras i väsentligt avseende, har den upphandlande enheten rätt att "övergå" till förhandlat förfarande. Emellertid måste enheten skriva en rapport som skall lämnas till EG-kommissionen - enligt 2 kap. utan anmodan och enligt 3 och 5 kap. på dess begäran. Eftersom enheten har ett problem som måste lösas men inte fått något anbud, får enheten således, med väsentligen samma förfrågningsunderlag, vända sig direkt till leverantör/er och förhandla i syfte att få en leverans genomförd.

Eftersom nämnda övergångar till förhandlat förfarande är undantagsbestämmelser *skall reglerna tolkas restriktivt* såväl enligt direktiven som enligt EG-domstolens rättspraxis.

### 9.3 För sent inkommet anbud

Ett för sent inkommet anbud uppfyller inte kraven i förfrågningsunderlaget och får således inte tas upp till prövning. En sådan prövning skulle innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen (jfr. bl.a. Storebæltmålet, C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993 sid. 3353). Detta gäller både över och under tröskelvärdena. Enligt tidigare svenska regler (9 § UF och 18 § UR) ankom det på myndigheten att avgöra huruvida ett anbud kunde antas om det hade kommit in efter anbudstidens utgång. Det fanns alltså ett visst utrymme för att ta hänsyn till vem som vållat förseeningen. Det ändrade synsättet i LOU har kommenterats i förarbetena. För upphandling under tröskelvärdena framgår således följande av prop 1993/94:78 s. 27 beträffande 6 kap. 11 §: "Första stycket första meningen i 11 § innebär istället att ett anbud, för att få prövas måste ha kommit in inom den tid som angetts i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen. Något utrymme för att bedöma orsaken till att ett anbud kommer in för sent ges alltså inte. Det underlättar även tillämpningen av överprövningsreglerna."

### 9.4 Förtydligande av anbud och ansökningar

Se kommentar till lagändring på sid. 5.

## 11. Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### 11.1 Byggentreprenad eller tjänst

Avgränsningen av vad som skall räknas som entreprenad, A-tjänst respektive B-tjänst vid upphandling av arbeten inom bygg- och anläggningsområdet har vållat en del bekymmer. I förslaget till lagändring den 1 juli 1997, föreslås att den lista \*) med arbeten som hänvisas till i direktivets definition av entreprenad också införlivas i LOU. Liksom tidigare blir givetvis 6 kap. LOU tillämpligt vid all upphandling som faller under tröskelvärdena.

\*) En ny översättning har gjorts av Tyréns Byggkonsult AB

Detta skulle innebära att sådana *arbeten* som finns listade i (bifogade) bilaga 2 till entreprenaddirektivet och, likalydande, i bilaga 11 till direktivet för försörjningssektorerna, kan upphandlas enligt 3 kap. LOU. *Mindre* reparations- och underhållsarbeten som *ingår i fastighetsförvaltning* är dock A-tjänster i kategori 14.

Bland de arbeten som finns listade i direktivbilagorna finns exempelvis installationsarbeten och sådana arbeten som ofta ingår i slutfasen av en byggnation såsom fasadbeläggning, målning, golvbeläggning m.m. Den typen av arbeten kan också ingå i reparations- och underhållsarbeten och var gränsen skall dras mellan A-tjänst och entreprenad är oklart. En bedömning får göras från fall till fall. Stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten räknas som entreprenader medan löpande underhåll som *ingår i fastighetsförvaltning* räknas som A-tjänst - däremellan finns en gråzon som kanske EG-domstolen eller våra svenska domstolar får anledning att hantera framdeles.

Beträffande avgränsning mellan vara och tjänst vid installation/montering se sid. 38

### 11.2 Förhandlad upphandling utan annonsering

Beträffande möjligheten att tillämpa förhandlad upphandling utan annonsering vid entreprenadupphandling över tröskelvärdena se sid. 39 "Får man vända sig direkt till en entreprenör som äger viss mark?"

### 11.3 Definition av bygg- och anläggningskontrakt

Nedanstående definition bygger på direktiven 93/37/EEG och 93/38/EEG. Den definition som finns i LOU överensstämmer inte med direktivens skrivningar. PM 1996-12-20 från Finansdepartementet innehåller förslag till ändringa av LOU i dessa delar.

*Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten:* skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en upphandlande enhet, som omfattar

- 1) - utförande eller  
- såväl projekteringen som utförande av arbeten som kan hänföras till någon av de i bilaga<sup>\*)</sup> angivna verksamheterna eller
- 2) resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion <sup>\*\*)</sup>, eller
- 3) utförande, av vad slag det vara må, av bygg- och anläggningsarbete som motsvarar de av den upphandlande enheten angivna kraven.

\*) Bilaga 2 till entreprenaddirektivet och bilaga 11 till försörjningsdirektivet. En ny översättning som bättre motsvarar gängse branschterminologi bifogas.

\*\*\*) Denna punkt saknas i definitionen av bygg- och anläggningsarbeten inom försörjningssektorerna.

### 11.4 Koncessioner

Då en upphandlande enhet upphandlar en koncession (upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt och dels betalning) skall bestämmelserna i 3 kap. LOU tillämpas om koncessionen uppgår till minst 5 000 000 ecu. I de fall den som tilldelas koncessionen *inte* är en upphandlande enhet skall det, enligt direktiven, föreskrivas i koncessionen att reglerna om annonsering och val av upphandlingsförfarande skall följas om arbete, som överstiger tröskelvärdet, läggs ut på tredje man. Lagen föreslås ändrad i enlighet härmed.

### 11.5 Delentreprenader - tröskelvärdesberäkning

Genom den ändring som gjorts (1 juli 1996) i 3 kap. 2 § framgår att mindre delkontrakt, som kan undantas från reglerna i tredje kapitlet, skall tas med vid beräkningen av entreprenadens totala värde. Paragrafen har ändrats för att bättre överensstämma med direktivtexten på så sätt att även de delkontrakt under 1 000 000 ecu upp till 20 % av upphandlingens värde, som upphandlas enligt reglerna för upphandling under tröskelvärdena, skall *tas med i beräkningen av tröskelvärdet*.

## 12. Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena

### 12.1 Upphandlande enhet - telekommunikationsområdet

Se kort referat på sid. 55 av EG-domstolens avgörande beträffande British Telecommunication.

### 12.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning

Genom den ändring som gjorts i 3 kap. 2 § framgår att mindre delkontrakt, som kan undantas från reglerna i tredje kapitlet, skall tas med vid beräkningen av entreprenadens totala värde. På motsvarande sätt har regeln i 5 kap. 5 § avseende delkontrakt vid upphandling av tjänster ändrats.

Vid den senaste lagändringen (1 juli 1996) infördes inte motsvarande ändring i 4 kap. 11 § beträffande entreprenadupphandling inom försörjningssektorerna. Enligt direktivet (93/38/EEG) gäller motsvarande regler inom försörjningssektorerna. En förändring kan förväntas vid nästa ändring av LOU.

## 13. Tjänsteupphandling - över tröskelvärdena

### 13.1 Försäkringsupphandling - försäkringsmäklare

Med anledning av att det framförts kritik mot NOU:s skrivning om upphandling av försäkringsmäklare i *NOU info okt -95* (även i *Sammanställning 93-95* sid. 54) har frågan diskuterats vid sammanträde i NOU:s nämnd. Nämnden ställer sig bakom skrivningen som bl.a. innebär att försäkringsmäklare bör upphandlas som konsulter till den upphandlande enheten. Konsulten kan då hjälpa enheten med att skriva förfrågningsunderlag och att utvärdera anbuden m.m.

### 13.2 Delkontrakt - tröskelvärdesberäkning

Genom den ändring som gjorts i 5 kap. 5 § framgår att mindre delkontrakt, som kan undantas från reglerna i femte kapitlet, skall tas med vid beräkningen av entreprenadens totala värde. Paragrafen har ändrats för att bättre överensstämja med direktivtexten på så sätt att även kontrakt under 80 000 ecu upp till 20 % av upphandlingens värde, som upphandlas enligt reglerna för upphandling under tröskelvärdena, skall *tas med i beräkningen av tröskelvärdet*.

### 13.3 Gränsdragning hyra/arrende - upphandling av tjänst

Några ärenden rörande gränsdragning mellan hyra/arrende och upphandling av tjänst refereras på sid. 53 f.

### 13.4 Vara eller tjänst

#### *Installation och montering*

En upphandling som innehåller såväl vara som installation/montering och som inte är en del i en entreprenadupphandling, är en varuupphandling om värdet av det som installeras överstiger värdet av installations- eller monteringsarbetet. Exempelvis en hissinstallation i en befintlig fastighet bör således upphandlas som vara om värdet av hissen är högre än installationsarbetet.

#### *Förlags- och tryckeritjänster*

En viss förvirring tycks råda huruvida trycksaker och tryckeritjänster skall anses som vara eller tjänst.

Avgörande är vem som tillhandahåller de medier som tryckningen görs på. Att färdiga trycksaker (t.ex. böcker) är varor är uppenbart. Det handlar också om varuupphandling då den upphandlande enheten till tryckeriet lämnar ett original (t.ex. till en informationskrift om offentlig upphandling) som sedan trycks på media som tillhandahålls av tryckaren. Om däremot enheten tillhandahåller både original och media för tryckning är det fråga om tjänsteupphandling. Jfr. sid 29.

## 14. Upphandling under tröskelvärdena

### 14.1 Får man vända sig direkt till en entreprenör som äger viss mark?

I tidigare *NOU info* (se *NOU info april -94* och *Sammanställning NOU info 93-95*) har diskuterats om exempelvis en kommun som planerar någon form av byggnad kan vända sig direkt till en entreprenör som äger viss mark, då denne som villkor för överlåtandet av marken kräver att få genomföra den planerade entreprenaden. NOU uttalade då uppfattningen att det *inte är möjligt att vända sig direkt till en entreprenör när det är fråga om upphandling över tröskelvärdena* men att vid upphandling under tröskelvärdena det kanske kunde vara möjligt under förutsättning att marken är unik.

NOU har senare genom nämndbeslut uttalat att *tolkningen över tröskelvärdena bör gälla även under tröskelvärdena*. Nämnden var emellertid inte enig.

### 14.2 Skälig anbudstid vid förenklad upphandling

På sid. 64 f. refereras kort ett länsrättsavgörande som berör begreppet skälig anbudstid vid förenklad upphandling. Upphandlingen avsåg arbetsmarknadsutbildning och länsrätten ansåg i det fallet att en anbudstid på 15 dagar var tillräcklig.

En annan upphandling fick göras om enligt en länsrättsdom som refererades i *NOU info juli -94*. (*Sammanställningen 93-95*, sid. 75). Upphandlingen avsåg tjänster inom hälso- och sjukvården och anbudstiden var bestämd till 3 veckor. I domskälen angavs "För att kunna avge bindande anbud måste anbudsgivaren ges tillräcklig tid att ingående planera för verksamheten och eventuellt själv genomföra affärsförhandlingar. En så kort anbudstid som tre veckor, vilken dessutom innefattar påskhelgen, innebär att tillgängliga konkurrensmöjligheter inte rimligen kan utnyttjas".

*NOU:s kommentar:* Vad som anses vara skälig tid för tänkbara leverantörer att inkomma med anbud får bedömas från fall till fall. Avgörande är först och främst upphandlingens komplexitet men även omständigheter som till exempel eventuellt behov av affärsförhandlingar med underleverantörer (köp och test av komponenter, hyra av lokaler, maskiner m.m.), huruvida tekniska beräkningar eller ritningsarbeten måste utföras, läget på arbetsmarknaden i aktuell bransch o.s.v. När slutdatum för anbudsgivning skall bestämmas bör hänsyn även tas till helger o.dyl. som påverkar den faktiska arbetstiden. Det är ofta lämpligt att redan från början ta till en eller ett par dagar extra för att undvika nödvändiga förlängningar t.ex. efter klagomål från tänkbara leverantörer eller i samband med begäran om överprövning.

### 14.3 Annonsering

Vid upphandling under tröskelvärdena finns det inte något krav på att upphandlingarna skall annonseras. Däremot kan det många gånger vara lämpligt att göra det för att på så sätt kanske hitta nya leverantörer.

Det kan i sammanhanget påpekas att de upphandlande enheterna har *rätt att annonsera upphandlingar i EGT även under tröskelvärdena*.

## 15. Avtal, avtalstider m.m.

NOU har i tidigare *NOU info* hävdad att anskaffning av varor eller tjänster (utom avrop) normalt skall konkurrensutsättas. 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.

### 15.1 Standardavtal

ABK 96 (som ersätter tidigare ABK 76), Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet av år 1996, finns nu att beställa från Byggtjänst, telefon 08-457 10 00, fax 08-457 11 98.

Bestämmelserna med kommentarer har tillkommit som resultat av förhandlingar mellan Föreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK) som företrädare för beställare och Arkitekt- och Ingenjörföretagen som företrädare för konsulter. Kommentartexten utgör en integrerad del av ABK 96 och skall vara vägledande vid tillämpning och tolkning av bestämmelserna.



## 16. Statistik

I och med att WTO trädde i kraft (1996) förändrades kraven på uppgiftslämnande, mer eller mindre, för alla upphandlande enheter. För *allt statistiklämnande* enligt upphandlingsavtalet GPA gäller att det skall ske *årligen med början med statistiken över upphandlingar som görs under 1996* vilken skall lämnas under 1997.

### 16.1 Över tröskelvärdena - efterhandsannonsera

Uppgifter för statistik över tröskelvärdena kan *NOU hämta direkt ur TED under förutsättning att alla upphandlande enheter hanterar efterhandsannonseringen på ett korrekt och fullständigt sätt*. Det sker enklast genom att använda standardblanketterna.

Uppgifter ur databasen TED för 1995 visar att antalet efterhandsannonser är ungefär 75 % av antalet annonserade upphandlingar. NOU vill påpeka att det är *obligatoriskt att annonsera avslutade upphandlingar*. Detta gäller även om upphandlingen har avbrutits eller om en egenregi-enhet har tilldelats upphandlingen.

Observera att även upphandling utan annonsering liksom B-tjänster över tröskelvärdena skall efterhandsannonseras.

Förutom att det är ett lagstadgat krav att efterhandsannonsera, bidrar en korrekt efterhandsannonsering också till att statistikinsamlandet kan göras på ett för alla parter relativt enkelt sätt genom att uppgifterna hämtas ur databasen. Observera att efterhandsannonseringen skall göras *senast 48 dagar* (klassiska sektorn) respektive 60 dagar (försörjningssektorerna) efter avslutad upphandling.

Alla upphandlande enheter som ännu inte efterhandsannonserat upphandlingar över tröskelvärdena, som avslutats under 1996 uppmannas därför att omgående göra det. De enheter som senast under mars 1997 gjort en *fullständig* efterhandsannonsering kommer inte att behöva lämna några uppgifter för statistikändamål. I de fall uppgifter saknas måste dessa lämnas separat till NOU efter anmodan.

I *NOU info okt -95* och i *Sammanställning 93-95* avsnitt 16.4 finns en redogörelse för vilka uppgifter som behövs för statistikändamål. NOU vill här ytterligare understryka och kommentera vikten av vissa uppgifter:

- *Datum för kontraktstilldelning* - statistiken gäller upphandlingar som avslutats under 1996.
- *Kontraktets totala uppskattade värde* under kontraktets hela löptid inklusive eventuella optioner och förlängningsklausuler. Det kan av konkurrensskäl ibland vara känsligt att uppge värdet på delkontrakt - det är *för statistikändamål* tillräckligt med det totala värdet. Sammanställningen av statistiken visar inte heller några detaljer.

- *Upphandlingsannonsens nummer*, som finns i EGT:s innehållsförteckning och under respektive annonsrubrik. Numret finns också i databasen TED under beteckningen TD-ref.
- *CPV-nummer*. Varje upphandling ges ett CPV-nummer i EGT och i TED vare sig enheten angett det eller ej - det är mindre risk för fel om numret anges av den upphandlande enheten. Det är utifrån CPV-numren som uppgifterna hämtas ur TED och sammanställs i en rapport på 2- eller 3-siffernivå.

Annonsen om tilldelade kontrakt skall givetvis dessutom innehålla alla övriga uppgifter som krävs enligt direktiven och som återspeglas i blanketterna.

## 16.2 Under tröskelvärdena

Statistikuppgifter om upphandlingar *under tröskelvärdena* måste samlas in på traditionellt sätt och de enheter som berörs (se nedan) bör skaffa sig rutiner för ett enkelt insamlande av dessa uppgifter. Enheterna skall efter uppmaning, lämna uppgift om det totala värdet av sin upphandling under tröskelvärdena fördelat på varor, tjänster och entreprenader. För närmare information se *NOU info okt -95* eller *Sammanställning 93-95*.

## 16.3 Statistik för 1996

Statistik rörande *upphandlingar som avslutats under 1996* skall levereras till kommissionen under oktober 1997. NOU ombesörjer att statistikuppgifter blir insamlade och sammanställda.

*Vilka skall lämna uppgifter 1997?*

### 1. Statliga myndigheter

*Under tröskelvärdena*

Under våren 1997 kommer *samtliga* statliga myndigheter att få en uppmaning att lämna statistik under tröskelvärdena i form av totalbelopp för upphandling av varor, tjänster och entreprenader. Uppgifterna skall inte inkludera upphandling inom tjänstekategori 8 (Tjänster för forskning och utveckling) och inte heller upphandling av B-tjänster.

*Över tröskelvärdena*

Samtliga statliga myndigheter skall 1997 lämna uppgifter (enligt ovan) för statistik beträffande upphandlingar slutförda under 1996.

### 2. Upphandling enligt regler för försörjningssektorerna

*Under tröskelvärdena*

Alla upphandlande enheter som, helt eller för viss upphandling, skall följa de regler som gäller försörjningssektorerna, skall under 1997 lämna uppgifter om det sammanlagda värdet av sina under 1996 avslutade upphandlingar under tröskelvärdena, om möjligt fördelade på varor, tjänster och entreprenader.

*Över tröskelvärdena*

För alla upphandlingar inom *vissa sektorer* skall dessutom årligen - med början 1997 beträffande upphandlingar gjorda 1996 - lämnas uppgifter för statistik rörande upphandlingar över tröskelvärdena. Det gäller *samtliga* upphandlingar inom följande sektorer:

(Numreringen nedan är hämtad från numreringen av motsvarande bilagor till försörjningsdirektivet)

- I. Produktion, transport eller distribution av dricksvatten,
- II. Produktion, transport eller distribution av elektricitet,
- VII. Upphandlande enheter inom sektorn järnvägar i stadstrafik, spårvagnar, trådbussar eller bussar,
- VIII. Upphandlande enheter inom sektorn flyplatsfaciliteter,
- IX. Upphandlande enheter inom sektorn yttre eller inre hamnar eller andra terminalfaciliteter.

**3. Övriga upphandlande enheter** (t.ex. kommun, landsting, bolag, stiftelse)

*Under tröskelvärdena*

Inget krav på statistiklämnande.

*Över tröskelvärdena*

På samma sätt som för statliga myndigheter över tröskelvärdena. Se ovan.

## 17. NOU:s ärenden och yttranden

### 17.1 Ramavtal

NOU har besvarat en skrivelse från en leverantör med frågor med anledning av en avslutad upphandling av varor.

#### *Frågeställning*

Frågorna till NOU rör möjligheten för enskilda enheter inom ett landsting, t. ex. ett sjukhus, att genomföra en upphandling enligt LOU trots att möjlighet finns att avropa behovet från ett gällande s.k. ramavtal.

I upphandlingen inför ramavtalet garanterades inte någon volym. Ett sjukhus har sedan genomfört en ny upphandling av aktuella produkter trots att möjlighet fanns att avropa dessa produkter från avtalet.

#### *Avvägning mellan avrop och ny upphandling*

I 1 kap. 5 § LOU ges följande definition av begreppet ramavtal: "avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period". Om ett avrop görs av en vara (eller tjänst) från en leverantör enligt ett ramavtal som har tecknats av en upphandlande enhet enligt LOU är avropet inte att betrakta som en upphandling. Upphandlingen genomförs inför avtalstecknandet.

Av LOU följer inte någon skyldighet för t. ex. ett sjukhus att avropa från ett gällande ramavtal i stället för att genomföra en separat upphandling. Om avrop skall ske eller inte är en civilrättslig fråga och beror på vad parterna har kommit överens om och vad som står i avtalet. En bedömning får göras från gång till gång. Upphandlande enheter beslutar internt vad som skall rekommenderas inom den egna organisationen och vilka som har rätt eller som skall avropa på ett avtal. Det är av största betydelse att en leverantör inför en anbudsgivning informeras om förutsättningarna för den framtida användningen av avtalet. Detta bör rimligen framgå även av avtalet.

Ju större öppenhet den upphandlande enheten visar tänkbara leverantörer desto bättre förutsättningar skapas för anbudsgivningen, vilket ofta även medför ökade chanser för bättre villkor för den upphandlande enheten. Underlaget och sedermera avtalet bör innehålla information om när upphandling vid sidan av avtalet kan komma att ske, t.ex. vid större inköp över ett visst angivet värde.

Vid avvägning mellan avrop från ett gällande ramavtal och en ny upphandling bör enheten beakta även de särskilda kostnader som följer av att inte utnyttja avtalet, t.ex. administrativa merkostnader och kostnader för att skaffa sig kunskap om produkten och marknaden. Finner leverantören, som enheten har tecknat ett ramavtal med, att enheten under avtalstiden genomför upphandlingar kommer detta säkerligen att negativt påverka enhetens möjligheter att teckna förmånliga avtal framdeles.

Givetvis bör - vid en ny upphandling - även den eller de leverantörer tillfrågas som ramavtalet är tecknat med. Dessa är oförhindrade, om inte avtalet innehåller något annat, att erbjuda andra villkor än de i ramavtalet eftersom det är fråga om en ny upphandling.

## 17.2 Omställningskostnader

NOU har behandlat ett ärende som berör huruvida bedömningskriteriet "omställningskostnader" är förenligt med LOU. (Jfr. 9.1 Värdering av tidigare erfarenhet på sid. 33.)

*NOU angav därvid följande: (referat och citat)*

Vid prövning av anbud gäller enligt 1 kap. 22 § LOU att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, driftkostnader, funktion, miljöpåverkan m.m. Vid bedömningsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" skall enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av ovanstående lagregel följer att bedömningskriterierna skall anges skriftligt och att endast de angivna kriterierna kan ligga till grund för prövningen av anbud. Beslut om leverantör kan således endast grundas på uttryckligen angivna bedömningskriterier. Någon möjlighet att ändra eller göra tillägg till angivna bedömningskriterier föreligger normalt inte utan att upphandlingen görs om.

När det gäller frågan om bedömningskriteriet "omställningskostnader" är förenligt med LOU gjorde NOU följande bedömning.

"Enligt lagens huvudregel om affärsmässighet, 1 kap. 4 § LOU, skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av ovanstående lagregel som ställer krav på konkurrens och objektivitet följer att alla presumtiva leverantörer skall ha samma möjligheter att delta i en upphandling.

Frågan om bedömningskriteriet "omställningskostnader för byte av leverantör" är förenligt med LOU:s krav på affärsmässighet, konkurrens och objektivitet måste enligt NOU:s uppfattning avgöras utifrån varje enskild upphandling.

Ett jämförande exempel som kan tjäna som utgångspunkt för ett resonemang är 1 kap. 13 § 2 p. LOU som anger i vilka fall avsteg från kravet på hänvisning till europeiska tekniska standarder är tillåtet. Bestämmelsen anger att avsteg får göras om en tillämpning av sådana (europeiska) tekniska specifikationer inte skulle göra det möjligt för den upphandlande enheten att upphandla utrustning m.m. som är tekniskt förenlig med utrustning som redan används av enheten eller skulle medföra orimliga kostnader eller orimliga tekniska svårigheter. Undantaget gäller dock endast under begränsad övergångstid. Inom försörjningssektorerna gäller inte någon tidsbegränsning.

I ett ärende, före LOU:s ikraftträdande, avseende upphandling av bevakning i Stockholms tunnelbana begärde Rikspolisstyrelsen hos Regeringen att få göra avsteg från den då gällande upphandlingsförordningen genom att endast inbjuda tidigare leverantör att lämna anbud. Motivet för begäran var att ett byte av leverantör så ofta som vart annat eller vart tredje år skulle medföra alltför stora utbildnings- och administrativa kostnader. Regeringen lämnade begäran utan bifall.

NOU är av den uppfattningen att om omställningskostnader i samband med byte av leverantör generellt skulle vara ett tillåtet argument av avgörande betydelse för val av leverantör, medför detta en konkurrensbegränsning som på sikt kan skapa en monopolsituation. Skulle däremot ett leverantörsbyte medföra orimliga kostnader eller orimliga tekniska svårigheter blir bedömningen naturligtvis annorlunda."

"Då varje leverantörsbyte är förenat med större eller mindre kostnader är NOU av den uppfattningen att upphandlingar som medför orimliga omställningskostnader eller orimliga tekniska svårigheter vid byte av leverantör torde motivera en längre avtalstid än vad som i normalfallet krävs för att säkerställa att konkurrensen upprätthålls. När ett nytt avtal sedermera upphandlas bör normalt någon hänsyn till omställningskostnader ej tas.

Vad som skall förstås med orimligt bör bestämmas utifrån upphandlingens storlek och karaktär samt omständigheterna i övrigt."

### 17.3 Orimligt lågt anbud

NOU har yttrat sig i ett ärende avseende ett länstrafikbolags upphandling (öppet förfarande) av färdtjänst och sjukresor. Den upphandlande enheten fick 30 anbud av vilka 27 antogs. En av de tre anbudsgivarna, ett taxibolag, vars anbud förkastades fick av den upphandlande enheten förklaringen att en "företagskontroll" gjorts beträffande taxibolaget, *bland annat mot bakgrund av anbudets låga prisnivå*. Vidare angavs att efter noggrann genomgång av taxibolagets ekonomiska redovisning ansågs dess angivna lönekostnader i förhållande till arbetad tid ligga avsevärt under normal kostnad enligt gällande lag och avtal. Detta uppgavs ha bedömts inverka negativt på taxibolagets ekonomiska styrka och stabilitet, varför anbudet förkastades.

Enligt 1 kap. 23 § LOU får en upphandlande enhet *förkasta ett anbud* som den anser vara orimligt lågt, *dock först sedan enheten begärt förklaring* till det låga priset och inte fått ett tillfredsställande svar. Motsvarande regel för upphandlingar under tröskelvärdena återfinns i 6 kap. 12 § andra stycket.

Av den upphandlande enhetens svar i ärendet framgick att enheten funnit att anbudet inte kunde antas med hänsyn till uppgifter om taxibolaget, såsom antal anställda, lönekostnad, fordonsinnehav och omsättning.

Enligt NOU:s uppfattning ägde den upphandlande enheten rätt att efterfråga de angivna uppgifterna och lägga dem till grund för sitt beslut om leverantör. Dock kunde beskedet från den upphandlande enheten rimligen inte ha uppfattats på annat sätt av taxibolaget än att anbudet förkastats på grund av dess låga pris. Enheten borde därför ha begärt en förklaring av taxibolaget till det låga anbudspriset enligt 1 kap. 23 § LOU.

EG-domstolen har i en dom behandlat motsvarande bestämmelse i EG-direktiven, se även sid. 55.

NOU vill i detta sammanhang nämna att kommissionen ett flertal gånger understrukit betydelsen av att de upphandlande enheterna gör tydlig åtskillnad mellan

- kontrollen av att företagen uppfyller kvalifikationskraven och
- utvärderingen av anbudet.

## 17.4 Avtal med privat klinik under ombyggnad av sjukhus

En privat läkarklinik klagade på att ett sjukhus tecknat ett "samverkansavtal" med en annan privat klinik för tiden under vilken sjukhusets lokaler skulle byggas om. Sjukvården skulle under tiden bedrivas vid denna klinik. En sjukvårdstjänst, vars värde antogs uppgå till 3 - 4 miljoner kronor årligen, skulle på så sätt undantas från offentlig upphandling. Sjukhuset hänvisade till att skiftande politiska ställningstaganden inte gjort det möjligt att tidigare påbörja ett seriöst upphandlingsförfarande. Ett ombyggnadsförslag för sjukhusets lokaler fanns färdigt först vid en sen tidpunkt.

Sjukhuset har efter det att klagomål inkommit till NOU inlett en upphandling av ifrågavarande verksamhet. NOU har med hänsyn till detta påpekat endast följande. De aktuella tjänsterna borde ha upphandlats i konkurrens så snart behovet av verksamhet utanför sjukhusets lokaler uppkom. Det förfarande som tillämpats kunde måhända i detta fall under en kortare tid ha accepterats som direktupphandling i avvaktan på att upphandlingen kunde göras som förenklad upphandling. Med hänsyn till den tid (ca 2 år) som förflöt sedan behovet uppkom, och då detta behov inte kunde anses vara kortvarigt, får det anses lagstridigt att under så lång tid underlåta upphandling. Vad sjukhuset anfört om att ett långsiktigt politiskt beslut och ett färdigt ombyggnadsförslag behövde avvaktas innan en upphandling kunde påbörjas, ansåg NOU inte föranleda någon annan bedömning.

## 17.5 Upphandling av av fastighetsförvaltning

NOU har, efter nämndbeslut, uttalat sig om en kommunal bostadsstiftelses upphandling av administrativ och teknisk förvaltning av fastighetsbeståndet.

Stiftelsen har antagit en HSB-förening som entreprenör trots att en privat entreprenör lämnat ett lägre anbud med i övrigt godtagbar kvalitet m.m. I stiftelsens förfrågningsunderlag angavs att prisnivån skulle vara så låg som möjligt och att anbudet skulle antas under förutsättning av att kraven på kvalitet och teknisk kapacitet bedömdes kunna bli uppfyllda.

### *Utvärdering*

*Entreprenören* gjorde gällande att stiftelsen borde ha valt hans anbud som var det lägsta samtidigt som övriga förutsättningar var uppfyllda.

*Stiftelsen* uppgav att i förfrågningsunderlaget framhölls att utöver priset skulle stor vikt läggas vid kvalitet och den tekniska kompetensen. En konsult gjorde anbudsutvärderingen mot ställda krav varvid *Entreprenören* förordades. Stiftelsen delade dock inte konsultens uppfattning till alla delar och dess bedömning blev att *Entreprenören* på lång sikt inte ansågs uppfylla kraven på kvalitet och teknisk kompetens inom

ramen för det erbjudna priset. Stiftelsen ansåg det inte vara affärsmässigt att ge Entreprenören uppdraget med hänsyn till att prisskillnaden var förhållandevis ringa.

*NOU bedömde* att ordalydelsen i förfrågningsunderlaget inte stödde Entreprenörens tolkning att lägsta anbudet skulle antas om kraven på kvalitet och teknisk kapacitet i och för sig var uppfyllda även om priset betonats som en viktig bedömningsgrund.

NOU tog vidare upp att en selektiv upphandling sker i två steg (se sid. 20 och rättsfall på sid. 56). Entreprenören ansågs efter urval bland anbudsansökningarna kvalificerad att lämna anbud. Redan vid angivandet av kriterier borde det vara klart hur bedömningen skulle ske vid anbudsprövningen. Det ankom därför på stiftelsen att visa att det tillkommit skäl att, såsom skett, göra en omvärdering av Entreprenörens kvalifikationer och att bedömningen har skett på objektiva grunder.

NOU ansåg att handlingarna i ärendet inte visade annat än att Entreprenören, förutom lägsta pris, kunde erbjuda godtagbar kvalitet och tekniskt kunnande och hade erfarenhet jämförbar med HSB:s. I ett pressmeddelande efter upphandlingen uppgav stiftelsen att man ställt Entreprenörens och HSB:s anbud mot varandra och att referenstagning visat att anbudsgivarna varit godtagbara. Prisskillnaden betecknades då som "förhållandevis ringa". NOU delade inte stiftelsens uppfattning att en prisskillnad på ca 8 procent per år i detta fall kunde anses förhållandevis ringa. NOU ansåg inte att stiftelsen på ett tillfredsställande sätt kunnat motivera varför det inte kunde anses affärsmässigt att ge Entreprenören uppdraget.

### *Jävssituation?*

*Entreprenören och en annan enskild klagande* uppgav att den historiska kopplingen mellan HSB och stiftelsen kunde ha påverkat valet av leverantör. Det framhölls att stiftelsen och HSB hade samma verkställande direktör och att två andra personer ingår eller har ingått i såväl HSB:s styrelse som i kommunledningen.

*Stiftelsen* ansåg inte att några jävsinvändningar kunde riktas mot dess styrelsemedlemmar eller dess verkställande direktör. Särskilda handläggningsformer och rutiner uppges ha tillämpats i upphandlingsärendet för att säkerställa att stiftelsen inte skulle komma i konflikt med reglerna om opartiskhet.

Vid *NOU:s granskning* framgick att stiftelsen och HSB på flera sätt har haft ett nära samarbete. NOU har gjort följande bedömning: Enligt 1 kap. 4 § LOU skall anbudsgivare, anbudssökande och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn vari innefattas krav på objektivitet och icke-diskriminering. Däri ingår givetvis också rena jävssituationer. Syftet med regeln är att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt (likabehandlingsprincipen). NOU anser att en upphandling bör skötas så att några misstankar om partiskhet inte rimligen kan uppkomma. Som delikatessjävräknas 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 onödiga 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. Stiftel-



sens organisation och det långvariga samarbetet med HSB kunde lätt väcka misstankar om brister i förutsättningarna för en opartisk bedömning. Stiftelsen har dock uppgivit att man tillämpat särskilda handläggningsformer och rutiner för att "säkerställa att stiftelsen inte skulle komma i konflikt med reglerna om opartiskhet". Vad som kommit fram vid NOU:s granskning visade inte heller att någon person i stiftelsen har tagit ovidkommande hänsyn.

## 17.6 Uttalanden under pågående domstolsprövning

NOU uttalar sig regelmässigt inte på begäran av part i *ärenden som är föremål för prövning* i förvaltnings- eller allmän domstol. NOU kommer hädanefter att regelmässigt utan något yttrande, avsluta ärenden i vilka leverantören har begärt överprövning i länsrätt eller väckt skadeståndstalan i tingsrätt. Detta gäller under förutsättning att NOU känner till att ärendet är föremål för prövning i sak.

## 17.7 Samordnad upphandling

NOU har fått ett flertal frågor angående rätten för olika upphandlande enheter att utnyttja samma avtal. NOU, som behandlat frågan vid nämndsammanträde, har gjort följande bedömning.

Förutsättningarna för att en upphandlande enhet skall äga rätt att utnyttja ett avtal som slutits av en annan upphandlande enhet är enligt NOU:s uppfattning:

- att avtalet som enheten önskar utnyttja är upphandlat i enlighet med LOU,
- att den enhet, som önskar utnyttja avtalet, före upphandlingen har gett den myndighet som genomfört upphandlingen i uppdrag att upphandla varan eller tjänsten i fråga för enhetens räkning och att uppdraget preciserats efter omständigheterna,
- att det i annons eller förfrågningsunderlag inför upphandlingen har förutskickats att den avropande enheten omfattas av avtalet.

Ett flertal frågor till NOU har gällt kommuners rätt att utnyttja STATTEL-delegationens upphandlingskontrakt avseende telefonitjänster. STATTEL-delegationens upphandling har, såvitt NOU erfarit, genomförts under den förutsättningen att de tjänster som avtalet avser omfattas av undantaget i 5 kap. 1 § LOU. Till följd härav torde några hinder för kommuner, landsting, kommunala eller landstingsägda bolag att utnyttja avtalet inte föreligga.

Vad gäller ramavtal som tecknats inom den statliga inköpssamordningen, som endast utnyttjas av *statliga myndigheter*, krävs inte något uppdrag som nämns ovan från den avropande myndigheten.

## 17.8 Anbudsgivare i tvist med en enhet i tidigare upphandling

Hos NOU har frågan uppkommit i vad mån en upphandlande enhet äger rätt att vid en anbudsutvärdering ta hänsyn till det förhållandet att en anbudsgivare befinner sig i tvist med enheten beträffande vad som avtalats i ett tidigare upphandlingskontrakt.

Enligt NOU:s mening kan generellt sett enbart det förhållandet att den upphandlande enheten och anbudsgivaren befinner sig i tvist angående en tidigare upphandling inte berättiga enheten att förkasta anbudet. Ett visst utrymme för hänsyn till sådant förhållande bör emellertid rimligen anses föreligga i sådana situationer då det i upphandlingen finns två eller flera helt likvärdiga anbud, om tvisten och därmed sammanhängande osämja bedöms kunna försvåra samarbetet i den efterföljande leveransen.

Kommer sig tvisten av att leverantören i det tidigare uppdraget inte uppfyllt sina åligganden, torde detta kunna läggas till grund för beslut lika väl som om sådan uppgift erhållits via en referens. Självfallet bör en sådan uppgift inte ligga för långt tillbaka i tiden och i övrigt vara relevant för den senare upphandlingen. Likaså måste uppgiften rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (proportionalitetsprincipen, jfr. sid. 21). Att leverantören brustit i avtalade förpliktelser eller medvetet eller av vårdslöshet fakturerat för högt belopp borde kunna läggas leverantören till last. Har å andra sidan parterna olika uppfattningar om priset, på grund av att avtalet är otydligt och ger utrymme för olika tolkningar på denna punkt, torde detta inte diskvalificera anbudsgivaren.

## 17.9 Skydd av upphovsrätt m.m. - utbildningskoncept

NOU har avgivit ett yttrande (277/95-21) till en leverantör som klagat på att en icke namngiven länsarbetsnämnd har tillägnat sig leverantörens utbildningskoncept och upphandlat utbildningens genomförande från en annan utbildningsanordnare. Den senare kunde enligt klaganden erbjuda ett lägre pris eftersom han inte hade några utvecklingskostnader för utbildningskonceptet.

NOU tog inte ställning till om någon del av det aktuella utbildningskonceptet eller affärsidén kunde vara skyddad enligt reglerna i upphovsrättslagen eller på annat sätt.

Även om frågan inte direkt hänför sig till LOU:s tillämpningsområde ville NOU ändå framhålla att en upphandlande enhet inte med stöd av LOU kan åsidosätta de regler om skydd av t.ex. upphovsrätt som finns i annan lagstiftning. NOU:s uppfattning är att en upphandlande enhet skall uppträda affärsmässigt och genom ägande- eller nyttjanderätt bereda sig tillgång till sådana koncept som är nyskapande eller originella innan enheten i konkurrens upphandlar konceptets genomförande.

## 17.10 Upphandling av arkitekt-och projekteringstjänster

NOU har på begäran uttalat sig om en kommuns upphandling av arkitekttjänster och övrig projektering avseende en skola (264/95-26). De frågor som ställts till NOU är:

- om *valet av upphandlingsförfarande* är lämpligt med hänsyn till tjänsternas typ och kostnad och om den upphandlande enheten bör beakta kommunens och anbudsgivarkollektivets kostnader i samband med valet av förfarande,
- om *tillvägagångssättet vid anbudsutvärderingen* varit korrekt och skett utifrån uppställda kriterier,
- om det är tillfyllest att lämna ut *information om anbudsutvärderingen* avseende endast ett av kriterierna.

Kommunen hade i den aktuella upphandlingen valt att tillämpa öppen upphandling och angivit i förfrågningsunderlaget att det anbud skulle antas som var mest fördelaktigt med hänsyn till: "Bedömd kompetens, Ekonomiska upplysningar, Handlingsföreteckning, Kvalitetsplan, Projekteringskostnad, Redovisad organisation med referenser, Referensobjekt och Resursbedömning". Kommunen anger i sitt yttrande till NOU att den i denna upphandling "varken har ansett det möjligt eller affärsmässigt att i förväg vikta de olika omständigheterna inbördes". Enligt uppgift har anbudena på grund härav utvärderats med hänsyn tagen till samtliga i förfrågningsunderlaget angivna omständigheter utan rangordning.

### *NOU:s bedömning*

*Val av upphandlingsförfarande:* NOU uttalade följande "Av huvudregeln om affärsmässighet följer, förutom kravet på tillräcklig konkurrens, även en möjlighet att vid valet bland tillåtna upphandlingsförfaranden ta hänsyn till den upphandlande enhetens kostnader för genomförandet av upphandlingen. Vid bedömningen av vad som är ett lämpligt upphandlingsförfarande för en viss upphandling bör bl.a. antalet potentiella anbudsgivare beaktas. Om antalet anbud förväntas bli ohanterligt stort, är NOU av den uppfattningen att öppen upphandling bör undvikas och selektiv upphandling väljas, med angivande av antalet leverantörer man avser att inbjuda att lämna anbud. Det kan därvid vara lämpligt att ange antalet anbudsgivare i ett intervall mellan fem och tjugo, vilket begränsar antalet anbud samtidigt som kravet på tillräcklig konkurrens uppnås.

I sammanhanget kan påpekas att prövningen av anbud även vid öppen upphandling *alltid* skall ske i ett tvåstegsförfarande. Först skall den upphandlande enheten pröva om de inkomna anbudena motsvarar de krav som ställts på leverantören avseende hans tekniska förmåga och kapacitet samt hans finansiella och, enligt direktiven, ekonomiska ställning. Först därefter skall det prövas i vilken utsträckning anbudena motsvarar de krav som ställts på tjänsten ifråga (artikel 23 i tjänstedirektivet 92/50/EEG fastställer ett hierarkiskt undersökningsförfarande, vilket EG-domstolen bekräftat i sin dom, mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635).

Vid upphandling av arkitekttjänster kan det även i vissa fall vara lämpligt att välja att genomföra upphandlingen genom formgivningstävling, med ett begränsat antal deltagare. Förfarandet är särskilt lämpligt då syftet är att den upphandlande enheten skall förvärva planerings- eller projekteringsunderlag till grund för en bestämd uppgift.

Genom valet av upphandlingsförfarande kan den upphandlande enheten indirekt således även beakta anbudsgivarkollektivets kostnader."

Beträffande *utvärderingskriterierna och anbudsprövningen* angavs följande: "NOU anser att en förutsättning för att ange ett visst utvärderingskriterium är att den upphandlande enheten gjort klart för sig *hur* detta kriterium skall tillmätas intresse/betydelse vid anbudsutvärderingen. Enligt LOU skall vidare kriterierna *om möjligt* anges efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först. Detta skall läsas restriktivt, dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange rangordningen får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbudet skall jämföras.

NOU anser sålunda att det sätt *på vilket utvärderingskriterierna skall tillmätas betydelse (rangordning, viktning och betygssättning)* bör ha fastställts senast före *anbudsöppningen*, vilket inte skett i detta fall. Kommunens grund för utvärderingen av anbudet i detta fall är enligt NOU:s uppfattning närmast att betrakta såsom s.k. *fri prövningsrätt, vilket inte får förekomma vid offentlig upphandling.*"

Beträffande *informationen om anbudsutvärderingen* angavs följande:

"Anbudsutvärderingen skall framgå av utvärderingsprotokollet (1 kap. 24 § och 5 kap. 13 § LOU), vilket, för enheter som omfattas av tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen (bl.a. kommuner), är offentligt efter det att avtal tecknats, om inte förlängd kommersiell sekretess råder för några uppgifter (6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen). Av utvärderingsprotokollet skall det vara möjligt att utläsa på vilka grunder anbudsutvärderingen skett.

NOU är av den uppfattningen att av LOU:s krav på dokumentation följer att kommunen skall upprätta ett utvärderingsprotokoll med information om hur kommunen värderat inkomna anbud. Detta gäller även om anbudet, i strid mot LOU, utvärderats genom s.k. fri prövningsrätt. Utvärderingsprotokollet skall, i de delar det är offentligt, på begäran lämnas ut till den som så begär. Det är således inte tillräckligt att lämna ut information om anbudsutvärderingen avseende endast ett av kriterierna.

Kommunen har emellertid i sitt yttrande till NOU uppgivit att samtliga anbudsgivare har fått information om vilka konsulter som antagits med angivande av anbudssumma, och att de anbudsgivare som därefter begärt ytterligare information om upphandlingen har erhållit detta. I den aktuella upphandlingen var projekteringskostnaden (anbudssumman) endast ett av de angivna kriterierna. Förutsatt att det av den ytterligare information kommunen på begäran lämnat till anbudsgivarna är möjligt att utläsa på vilka grunder anbudsutvärderingen skett anser NOU att informationen är tillräcklig."

## 17.11 Gränsdragning hyra/arrende - upphandling av tjänst.

NOU har besvarat flera skrivelser angående gränsdragning mellan å ena sidan tjänst, som omfattas av 5 eller 6 kap. LOU, och å andra sidan arrende eller hyra, som enligt 5 kap. 1 § inte omfattas av lagens reglering. Ärendena kännetecknas av att den upphandlande enheten skulle överlåta nyttjanderätten till fast egendom till den som kunde erbjuda den högsta avgiften eller hyran.

### 17.11.1 Hyresavtal

Ett ärende (250/95-26) gäller en kommun som lagt ut driften av en camping. Kommunen har inte gjort gällande att anskaffningen inte skulle omfattas av LOU. Av vad som framkommit vid NOU:s granskning framgick visserligen att kommunen upplåtit bad- och campingplats under vissa av kommunen fastställda förutsättningar. Någon mer detaljerad reglering av verksamheten hade emellertid inte upprättats i avtalet. NOU har därför (vid nämndsammanträde) ansett att avtalet till följd av bestämmelsen i 5 kap. 1 § LOU inte omfattas av lagens bestämmelser och därför var att se som ett arrende.

I ytterligare två ärenden, som gäller dels en av kommunen ägd byggnad som hyrts ut för drift av ett vandrarhem (220/95-26) och dels rätten att hyra ut kommunens sommarstugor (214/96-21), har NOU vid en sammantagen bedömning ansett att avtalen i allt väsentligt snarare gällde upplåtelse av en begränsad nyttjanderätt till fast egendom än anskaffning av tjänst. Inte heller dessa avtal har innehållit några andra krav än att nyttjanderätterna skulle användas som vandrarhem resp. sommarstugor. Kommunerna har i dessa fall inte fastställt priser eller ålagt nyttjanderättshavaren att sköta några andra uppgifter som eljest skulle utföras av kommunen.

### 17.11.2 Upphandling av vara, tjänst och entreprenad

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 efter-

frågan 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.74 ff).

## 19. Rättsfall

### 19.1 EG-domstolen

#### 19.1.1 *Onormalt lågt anbud*

Direktiven liksom LOU (1 kap. 23 §) innehåller bestämmelser om orimligt låga anbud. EG-domstolen har i en dom, mål C-103/88, Fratelli Costanzo SpA mot Comune di Milano (1989) REG 1839, behandlat frågan om direktivbestämmelserna beträffande onormalt låga anbud införlivats i italiensk lagstiftning på ett korrekt sätt. Lagen medgav upphandlande enheter att förkasta anbud som med viss procentsats avvek från genomsnittliga anbudspriser såsom antingen för höga priser eller för låga priser. En anbudsgivare vars anbud förkastades som för lågt på grund av dessa bestämmelser och som inte gavs tillfälle att förklara sitt anbudspris klagade inför nationell domstol som begärde tolkningsbesked av EG-domstolen. EG-domstolen förklarade att den italienska lagen var oförenlig med direktiven, eftersom lagen berövade anbudsgivaren rätt att förklara att hans anbud var välgrundat. Därigenom kom tillämpningen av den italienska lagen att stå i strid med direktivens syfte, att befrämja utvecklingen av effektiv konkurrens inom offentlig upphandling.

Domen är vidare betydelsefull från den synpunkten att den behandlar en direktivbestämmelses *direkta effekt* och anger därvid att en enskild kan gentemot en myndighet stödja sig på en direktivbestämmelse som är ovillkorad och tillräckligt tydlig. Se även sid. 46.

#### 19.1.2 *Mål i EG-domstolen avseende British Telecommunications*

EG-domstolen avkunnade den 26 mars 1996 dom i mål C-392/93 mellan H.M.Treasury (finansdepartementet) och British Telecommunications plc (BT). Bakgrunden till domen var att Storbritannien, vid införandet av försörjningsdirektivet, i en bilaga till den brittiska förordningen angivit att BT och två andra företag inte omfattades av undantaget i artikel 8 (1) i direktiv 90/531/EEG avseende upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt undantaget behöver en upphandlande enhet inom telekommunikationsområdet inte följa bestämmelserna om offentlig upphandling, om upphandlingen uteslutande syftar till att göra det möjligt för enheten att tillhandahålla en eller fler telekommunikationstjänster och även andra företag har rätt att inom samma geografiska område tillhandahålla samma tjänster på i stort sett samma villkor (jfr 4 kap. 4 § 2 st. LOU).

Sedan BT vänt sig till brittisk domstol, begärde den brittiska domstolen tolkningsbesked av EG-domstolen. Den första frågan gällde om det var rätt av den brittiska regeringen att fastställa vilka telekommunikationstjänster som omfattades av undantaget i artikel 8 (1), eller om varje upphandlande enhet själv skulle besluta detta. Domstolen svarade att det var de upphandlande enheterna och inte medlemsstaterna som skulle göra bedömningen av vilka tjänster som var undantagna från direktivet.

Den andra frågan rörde själva innehållet i undantaget. Frågan var om lydelsen "rätt att inom samma geografiska område tillhandahålla samma tjänster på i stort sett samma villkor" i artikel 8 (1) endast hänvisar till rättigheter och villkor som uppställts i lag eller förordning. Domstolen menade att kriterierna i undantaget skall tolkas så att de upphandlande enheterna vid sin bedömning skall ta hänsyn till lagar och förordningar, men även till andra omständigheter, i synnerhet existensen av alternativa tjänster, pridfaktorer och den upphandlande enhetens dominans eller ställning på marknaden i övrigt.

Den tredje frågan gällde huruvida en medlemsstat, som i sin nationella lagstiftning på ett felaktigt sätt implementerat direktivregler, är skyldig att ersätta skada som den därmed orsakat och under vilka förhållanden sådan skadeståndsskyldighet uppstår. Domstolen svarade att utgångspunkten är att en medlemsstat är skadeståndsskyldig för skador som vållas enskilda p.g.a. brott mot EG-rätten som medlemsstaten kan göras ansvarig för. Det krävs dock att brottet är tillräckligt allvarligt och att det finns ett orsaksamband mellan brottet och skadan. Dessa principer måste kunna göras tillämpliga även i de fall medlemsstaten felaktigt implementerat ett direktiv. I detta fall menade EG-domstolen dock att Storbritanniens misstag vid implementeringen var ursäktligt, varför domstolen inte ansåg att någon skadeståndsskyldighet förelåg.

### 19.1.3 *Utvärdering av anbud*

EG-domstolen har i ett mål (C-31/87 Gebroederes Beentjes mot Nederländerna, REG 1988, sid. 4635) behandlat en bestämmelse i tidigare direktiv för entreprenadupphandling, som angav att utvärdering av anbud skulle göras efter det att lämpliga anbudsgivare valts ut. Domstolen slog därvid fast att utvärderingen skulle äga rum i två steg - först en *kvalifikationsfas* där en prövning av lämpligheten av anbudsgivarna görs och sedan en *utvärdering av anbuden* enligt de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. En ordagrant likalydande bestämmelse återfinns i de nu gällande direktiven som gäller varu-, byggentreprenad- och tjänsteupphandling [art. 15 (1) i varu-, art. 18 i bygg- och art. 23 i tjänstedirektivet].

Finansdepartementet har föreslagit en lagändring som gör LOU tydligare på denna punkt (se sid. 8). Jfr. Kvalifikationskrav på sid. 20.

### 19.1.4 *Anbud som avviker från kravspecifikation*

EG-domstolen har i ett mål, C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG 1993, sid. 3353, behandlat en ansökan från kommissionen beträffande en upphandling, som utfördes av det danska statligt helägda bolaget Storebæltsforbindelsen A/S, avseende en bro över Storebælt. Ansökan grundades bland annat på det förhållandet att den upphandlande enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dess anbud trots att detta inte uppfyllt kraven i kravspecifikationen och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav rätt att frånga de grundläggande kraven i specifikationen.

Förfarandet bedömdes av domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare innebar förfarandet *brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare*. (Jfr. sid 11 f.)



### 19.1.5 *Ändring av anbud*

Målet C-87/94, Kommissionen mot Belgien, REG 1996, sid. 2043, gällde upphandling av bussar. Ett samhällsägt bolag som drev bussnät i Belgien (ung. det Wallonska regionala transportbolaget) infortrade anbud på bussar i öppet upphandlingsförfarande enligt försörjningsdirektivet. Från en av anbudsgivarna mottog bolaget nya uppgifter som kom in efter anbudstidens utgång och som ändrade det ursprungliga anbudet. De nya uppgifterna avsåg bränsleförbrukning samt livslängd på motorer och växellådor. På grund av de nya uppgifterna kom för en viss del av upphandlingen beslutet om val av leverantör att ändras. Domstolen ansåg att förfarandet *stred mot såväl principen om likabehandling av leverantörer som transparensprincipen*. Belgiska staten invände bl.a. att gemenskapsrätten inte var tillämplig i detta fall, eftersom upphandlingen gällde en intern belgisk affär mellan en belgisk upphandlande enhet och anbudsgivarna som samtliga var belgiska. Domstolen underkände invändningen och anförde att skyldigheten att följa reglerna om tilldelning av kontrakt enligt direktivet inte var beroende av leverantörs nationalitet eller säte samt att företag etablerade i andra medlemsländer direkt eller indirekt kan beröras av ett beslut om tilldelning av ett upphandlingskontrakt.

### 19.1.6 *Undantag för synnerlig brådska*

I mål C-318/94, Kommissionen mot Tyskland, REG 1996, sid. 1949, har EG-domstolen prövat ett förfarande grundat på undantag för synnerlig brådska. Saken gällde en entreprenad avseende muddring av del av floden Ems, som därigenom skulle bli farbar för fartyg med visst djupgående. Ett varv i regionen hade erhållit en beställning på ett fartyg med sådant djupgående. Vid leveransförsening utgick ett vite om 80.000 USD per dag. Enligt tysk lag skulle muddringsprojektet godkännas av en regional myndighet i området. Denna myndighet, som inte tidigare rest några invändningar mot projektet, förklarade att entreprenaden inte godkändes av miljöskäl. Det beslöts därför att endast en temporär muddring för det beställda fartyget skulle göras och att det tidigare inledda öppna förfarandet skulle avslutas och kontraktet tilldelas enligt förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommissionen krävde att avtalet skulle annulleras. Domstolen konstaterade att förfarandet var tillämpligt om det var absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av enheten, gjorde att tidsfristerna inte kunnat hållas. Samtliga rekvisit skall vara uppfyllda. Tyska staten anförde att den regionala myndighetens vägran att godkänna projektet var helt oväntat och inte kunde förutses. Argumentet underkändes av domstolen, som förklarade att kravet på oförutsebarhet inte var uppfyllt.

## 19.2 Mål i Regeringsrätten

### 19.2.1 *Prövningstillstånd*

Regeringsrätten har beslutat att inte meddela prövningstillstånd i ett mål om offentlig upphandling från Kammarrätten i Stockholm. Kammarrättens dom (mål nr 8497-1995) står därför fast. Målet gällde en upphandling som Stockholms läns landsting genomfört avseende analyser och tjänster till primärvården. En anbudsgivare ifrågasatte bl.a. huruvida det var förenligt med LOU att landstinget förbehållit sig rätten att före antagande av entreprenör, men efter anbudstidens utgång, besluta om vilket/vilka av

värderingskriterierna som skall vara uppfyllda. Kammarrätten fann att förbehållet inte stod i strid med bestämmelserna i LOU. Enligt uppgift till NOU har ärendet anmälts till kommissionen för granskning. Med hänsyn till att det rör sig om en B-tjänst kan troligen endast misstanken om brott mot Romfördraget få kommissionen att ta upp ärendet till prövning.

*NOU:s kommentar:* Regeringsrätten har enligt 36 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) rätt att meddela prövningstillstånd i två fall:

1. om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av Regeringsrätten; och
2. om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning såsom grund för resning eller grovt förbiseende eller grovt misstag.

*Ett Regeringsrättsbeslut att inte meddela prövningstillstånd innebär således inte att Regeringsrätten tagit ställning till om en dom är rätt eller fel i sak.*

NOU vill i sammanhanget erinra om EG-domstolens dom C-243/89 Kommissionen mot Danmark, "Storebælt", där domstolen fann att Danmark inte uppfyllt förpliktelserna i upphandlingsdirektivet och brutit mot likabehandlingsprincipen när den danska upphandlande enheten inlett förhandlingar med anbudsgivare som inte uppfyllde samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Domstolen uttalade bl.a. att principen om likabehandling av leverantörer kräver att alla anbud skall vara förenliga med villkoren och kraven i förfrågningsunderlaget för att försäkra en objektiv jämförelse mellan de inkomna anbuden. Jfr. även skadeståndsmålen nedan.

### 19.2.2 EG-direktivens företräde framför LOU

Regeringsrätten har i ett beslut i juni 1996 gett ett EG-direktiv (92/13/EEG) företräde framför svensk lagstiftning (LOU). Regeringsrättens avgörande är *pre-judicerande* och får i och med detta konsekvenser för både upphandlande enheter och anbudsgivare.

Målet tar upp frågan huruvida 7 kap. LOU överensstämmer med rättsmedelsdirektiven. (Se *NOU info dec -95* eller *Sammanställning NOU info 93-95*, sid. 73) Klaganden framhöll att EG:s direktiv ger stöd för att överprövning skall kunna ske i vart fall intill dess att avtal om upphandlingen ingåtts. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU får en ansökan om överprövning inte tas upp till prövning efter den tidpunkt då beslut om leverantör har fattats. Klaganden framställde yrkande om att Regeringsrätten skulle inhämta EG-domstolens tolkningsbesked innan målet avgjordes.

På Regeringsrättens begäran har NOU yttrat sig i frågan, och hänvisat till sin tidigare till Regeringen framställda begäran om ändring av LOU med just den innebörden att tidpunkten för möjlighet till överprövning av ett upphandlingsbeslut borde ändras från beslutstidpunkten till *avtalstidpunkten*. NOU framhöll därvid också att "utvärderingen och sättet att använda utvärderingskriterierna samt val av leverantör är bland de viktigaste besluten i en upphandlingsprocess. LOU bör i likhet med det materiella innehållet i direktivet göra det möjligt för anbudsgivare att få dessa beslut överprövade".

- Regeringsrätten har nu avgjort målet genom ett beslut (mål 2803-1995), ej genom en dom. Regeringsrätten tog således inte upp målet till prövning i sak

utan det avskrevs eftersom avtal hade tecknats och den tid inom vilken prövning får ske hade gått till ända.

I skälen för Regeringsrättens avgörande uppges att EG:s direktiv enligt EG-domstolens praxis skall ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger någon enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning. Regeringsrätten uppger i målet att bestämmelsen i rättsmedelsdirektivet skall ges företräde framför regeln i 7 kap. 1 § andra stycket LOU. Domstolen ansåg att det inte fanns skäl att inhämta något tolkningsbesked från EG-domstolen, eftersom innebörden av direktivets mening framstod som helt klar vid jämförelsen med den svenska lagregeln.

Regeringsrätten uppger vidare i beslutet att LOU får anses bygga på att skriftliga avtal ingår i upphandlingen. Detta innebär, enligt NOU:s tolkning, att domstolen anser att det inte är tillräckligt med ett muntligt avtal i en upphandling, utan att det här är fråga om ett avtal för vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form (formalavtal), dvs. det skall vara skriftligt.

*NOU:s kommentar:* Genom Regeringsrättens beslut får vi från högsta instans ett exempel på vad som avses med *direkt effekt*. NOU har tidigare (*Sammanställning NOU info 93-95* sid. 7-8) uppgivit att om ett land underlåter att införliva ett direktiv i tid, inte införlivar direktivet i sin helhet eller införlivar det felaktigt, har EG-domstolen i ett antal domar fastställt att i den mån en regel i ett direktiv är klar och tydlig, kan denna regel ändå vara giltig om enskilds (t.ex. leverantörs) rätt mot staten, kommuner m.fl. upphandlande enheter är beroende därav. En bestämmelse i EG-rätten kan således få omedelbar verkan för enskild. I domen konstaterades en klar och tydlig skillnad mellan EG:s rättsmedelsdirektiv och LOU till nackdel för leverantörer, varpå direktiven gavs företräde.

I ett flertal mål om överprövning som meddelats efter Regeringsrättens beslut i juni 1996 har förvaltningsdomstolar med hänvisning till beslutet tillämpat den senare tidpunkten som gräns för leverantörers möjlighet att begära överprövning och få sin sak prövad i domstol. LOU föreslås ändrad i detta avseende vid kommande lagändring (se sid. 9).

#### *Tolkningsbesked*

Vad gäller yrkandet om tolkningsbesked kan en slutinstans endast underlåta att inhämta ett sådant när det uppkommer en fråga om gemenskapsrättens tolkning i de fall det finns ett tidigare tillämpligt avgörande från EG-domstolen med samma juridiska innebörd eller då, som i ovan refererade mål, regeln bedöms som helt klar.

#### *Skriftligt avtal*

I många upphandlingar upprättas inte ett avtal i mer traditionell mening, dvs. en handling undertecknad av båda parter som reglerar alla för upphandlingen relevanta rättigheter och skyldigheter parterna emellan. NOU:s uppfattning är att ett skriftligt avtal i upphandlingssammanhang ofta utgörs av leverantörens skriftliga anbud och enhetens skriftliga beställning (accept), i de fall den senare överensstämmer med anbudet. I andra fall kan avtalet utgöras av en beställning från den upphandlande enheten och en överensstämmande orderbekräftelse (accept) från leverantören. Se även referat nedan från Länsrätten i Göteborgs och Bohus län.

Den upphandling som Regeringsrätten prövade avsåg transporter och genomfördes enligt 4 kap. LOU. Det är härmed oklart vilka följder Regeringsrättens beslut får för förenklad upphandling och direktupphandling. Upphandlingar enligt dessa förfaranden genomförs enligt 6 kap. LOU och detta kapitel bygger inte på EG:s direktiv utan i huvudsak på de bestämmelser som gällde i Sverige innan LOU hade trätt i kraft för stat och kommun. 6 kap. hänvisar dock till 1 kap. 5 §, varför kravet på skriftligt avtal rimligen torde gälla även vid förenklad upphandling. Definitionen av direktupphandling behöver därmed ändras.

Så snart det är lagstiftningstekniskt möjligt, kommer 7 kap. LOU att ändras i enlighet med Regeringsrättens beslut. NOU kan konstatera att Regeringsrättens beslut fått rättsverkningar för förvaltningsdomstolarna.

### 19.2.3 Handelskamarrepresentant vid anbudsöppning

- Regeringsrätten har i en dom den 28 november 1996 (mål nr 6261-1995) i ett sekretessärende behandlat frågan vilken behörighet som tillkommer handelskamarrepresentant i dennes kontrollfunktion enligt 1 kap. 20 § första stycket LOU.

En av handelskammare utsedd representant hade vid förrättning hos en upphandlande enhet fått kontrollera enbart antalet inkomna kuvert och att dessa var obrutna. Kuverten hade varit övertäckta för att anbudsgivarnas identitet inte skulle röjas. Den upphandlande enheten vägrade med stöd av anbudssekretessen i 6 kap. 2 § sekretesslagen representanten att ta del av uppgifter om anbudet. Representanten överklagade beslutet och begärde i kammarrätten att få ta del av de begärda uppgifterna. Målet kom därför att behandlas som ett *sekretessärende* och inte som överprövning enligt LOU.

Regeringsrätten infordrade yttrande från NOU, som med hänvisning till *NOU info* anförde att handelskamarrepresentanten måste anses berättigad att ta del av anbudet i den mån det är erforderligt för kontrollen. NOU angav följande exempel på sådana uppgifter som representanten därvid borde få ta del av: "kontroll av att anbudsomslagen inte är brutna; namnen på anbudsgivare; anbudssumma; kontroll av att enheten paginerar och signerar alla handlingar; uppgifter huruvida anbud är inkomna i rätt tid; och att deltagande förrättningsmän upprättat en anbudsförteckning samt signerar denna". Vidare anförde NOU att representanten torde kunna få ta del av dessa handlingar med tillämpning av 1 kap. 5 § sekretesslagen, som säger att sekretess inte utgör hinder mot att uppgift lämnas ut, om det är nödvändigt för att den utlämnande myndigheten skall kunna fullgöra sin verksamhet.

Regeringsrätten anger i domen att en förutsättning för att handelskamarrepresentanten skall kunna genomföra den kontroll uppdraget innebär, uppenbarligen är att personen i fråga får ta del av vissa uppgifter om anbudsgivarna och om anbudens innehåll. I de fall föreskrifterna i 1 kap. 20 § LOU är tillämpliga kan den upphandlande myndigheten inte genomföra upphandlingen på det sätt som lagen föreskriver utan att låta den person som handelskammaren utsett ta del av de uppgifter som behövs för kontrollen. Därför gäller enligt 1 kap. 5 § sekretesslagen att anbudssekretessen enligt 6 kap. 2 § samma lag inte hindrar att de erforderliga uppgifterna lämnas ut till den av handelskammaren utsedda personen. Regeringsrätten anför att det knappast är möjligt att generellt ange vilka uppgifter som är erforderliga för den i

1 kap. 20 § LOU avsedda kontrollen. En bedömning får göras i det enskilda fallet

med hänsyn till föreliggande omständigheter, varvid ledning kan hämtas från de exempel som NOU har lämnat (se bl.a. *NOU info juni -95* sid. 7).

*NOU:s kommentar:* Handelskamarrepresentanten bör upplysas om att de uppgifter han vid förrättningen får ta del av omfattas av anbudsskriptens enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen. Se även sid. 19 andra stycket.

#### 19.2.4 Överprövning - krav på allmän taxiservice

- Regeringsrätten har den 30 december 1996 meddelat dom i ett mål (nr 4860- 4864-1995) som gällde ett överklagande av en dom från Kammarrätten i Stockholm mellan en kommun och fem bussföretag.

Målet gällde bl.a. huruvida kommunen i en upphandling av färdtjänsttransporter haft rätt att ställa krav på allmän taxiservice. I förfrågningsunderlaget formulerades kravet sålunda: "En avgörande faktor för att anbudsgivare skall antas för samhällsbetalda uppdrag kan bli att en normal taxiservice gentemot allmänheten, exkl. de samhällsbetalda resorna, kan upprätthållas. Anbudsgivaren skall i anbudet beskriva hur detta skulle kunna ske och under vilka tider (kl och veckodag) samt om detta då medför extra kostnader för beställaren."

Länsrätten, som fann att kravet var oförenligt med 1 kap. 4 § LOU, förordnade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten ändrade inte länsrättens dom. Regeringsrätten infordrade yttrande från NOU, som anförde som sin mening att LOU inte förhindrade kommun från att upphandla allmän taxiservice tillsammans med färdtjänstresor och andra av kommunen köpta persontransporter, under förutsättning att kravet på sådant åtagande angivits i förfrågningsunderlaget i enlighet med 1 kap. 22 § LOU, men att underlaget i den aktuella upphandlingen var bristfälligt på denna punkt och ifrågasattes kunna ligga till grund för anbud.

Regeringsrätten fann att kommunen i och för sig haft rätt att ställa krav på upprätthållande av allmän taxiservice men att den i sin anbudsinfordran inte redovisat tillräckligt underlag för anbudsgivningen rörande denna omständighet. Kommunen hade härigenom åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen och förfarandet stred därför i detta avseende mot LOU. Upphandlingen kunde därför inte godtas och Regeringsrätten förordnade att vid en ny upphandling skulle kravet på allmän taxiservice antingen utgå eller preciseras till sin innebörd.

*NOU:s kommentar:* I Ds 1996:69, Ökad tillgänglighet i kollektivtrafiken, Kommunikationsdepartementet, med förslag till nya lagar och lagändringar avseende färdtjänst sägs: "Vid upphandling av taxitjänster får huvudmannen beakta även åtaganden av anbudsgivaren att hålla en god taxiservice för allmänheten, förutsatt att man i förfrågningsunderlaget preciserar omfattningen av och innehållet i denna service."

## 19.3 Överprövning i kammarrätt och länsrätt

### 19.3.1 Vad har prövats?

NOU hade fram till juni -96 tagit del av 159 avgöranden från länsrätterna. Ett 50-tal av dessa har inte tagits upp till prövning, eftersom den upphandlande enheten redan fattat beslut om val av leverantör (Jfr. RegR:s avgörande, refererat på sid. 58). Av de 159 ärendena har 64 stycken eller cirka 40 % prövats även av kammarrätt. Regeringsrätten har i några fall fattat beslut att inte meddela prövningstillstånd. Fyra upphandlingsmål har fått prövningstillstånd och handläggs för närvarande av Regeringsrätten.

*Enheter som har varit föremål för talan fördelar sig enligt följande:*

Statliga myndigheter	52	Statliga bolag	3
Kommuner	67	Kommunalägda bolag	7
Landsting	22	Landstingsägda bolag	15
Kyrklig kommun	1		

*Av 159 prövade ärenden blev domslutet*

att upphandlingen skulle göras om 19 fall,  
att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse 5 fall.

*De ärenden där upphandlingen skall göras om avser*

kommuner	12
staten	5
landsting	2

*De ärenden där upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett avser*

kommuner	2
landsting (inkl. bolag)	2
staten	1

Något som ofta är föremål för prövning av förvaltningsdomstol är innehållet i förfrågningsunderlaget. Exempel på sådana brister i underlaget som varit föremål för prövning är:

- att de omständigheter som enligt förfrågningsunderlaget skall tillmätas betydelse inte stämmer med dem som tillmätts betydelse vid utvärderingen,
- att underlaget har upplevts som otydligt i olika avseenden,
- att vissa krav på leverantören har uppfattats som diskriminerande,
- att uppgift om upphandlingens totala omfattning har saknats och
- att uppgifter om volym avseende transporter av olika slag saknas.

Se även dom (refererad på sid. 63) som meddelats av Kammarrätten i Sundsvall och som behandlar utformningen av underlaget vid upphandling av sjuktransporter (se också sid. 17 ff.).

I vissa av dessa fall har domstolen konstaterat att bristerna i underlaget har inneburit brott mot 1 kap. 4 § LOU och upphandlingen har därmed fått rättas till eller göras om. I andra fall har domstolen ansett underlaget, trots brister, vara godtagbart för budgivning, mot bakgrund av svårigheter att ange t.ex. volym vid efterfrågestyrda tjänster.

### 19.3.2 Överprövning i kammarrätt och länsrätt

NOU informerar om avgöranden som har mer allmänt intresse. Den som önskar ta del av dem kan vända sig till respektive domstol och begära kopia av domen med hänvisning till målnumret.

- Kammarrätten i Sundsvall har prövat en upphandling av sjuktransporter (1373-96) och lämnat leverantörens överklagande utan bifall.

Det klagande bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlaget i olika avseenden strider mot det allmänna kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Bolaget har bland annat åberopat den dom som kort refererades i *NOU info mars -95* sid. 11 (Sammanställning NOU info 93-95, sid. 77) där länsrätten i en upphandling av sjukresor konstaterade brister i förfrågningsunderlaget såvitt avser volymangivelser (kvantifiering) beträffande transporttjänsterna. Orsakssamband mellan felet och den påtalade skadan förelåg dock inte och ansökan lämnades därmed utan bifall. Kammarrätten fastställde sedan länsrättens dom.

I den nu aktuella upphandlingen innehöll underlaget visst statistiskt material. Bolaget har riktat anmärkningar mot innehållet i presenterade statistikuppgifter men domstolen konstaterade att utredningen inte visade att "dessa uppgifter skulle vara missvisande eller att de i och för sig inte skulle kunna tjäna som visst underlag för kalkyl vid budgivning".

Upphandlingen av sjukresetjänster genomfördes under delvis nya förutsättningar och villkor jämfört med tidigare år, beroende på rationaliseringsbehov hos landstinget. Kammarrätten anförde i domskälen bland annat följande. "Det måste därvid enligt kammarrättens mening anses ligga i sakens natur att upphandlingen och förfrågningsunderlaget innehåller element med delvis svårbedömbara faktorer och att detta måste inverka på noggrannheten i kravspecifikation och faktisk kvantifiering av tjänster. Detsamma måste bli följderna av att fråga i hög grad är om efterfrågestyrda tjänster. Dessa osäkerhetsfaktorer framgår också klart av förfrågningsunderlaget. Med hänsyn härtill och då det står varje leverantör fritt att anpassa sin budgivning så att den täcker olika tänkbara situationer måste enligt kammarrättens uppfattning förfrågningsunderlaget med tillhörande statistiskt material anses fullt godtagbart som underlag för budgivning".

- Kammarrätten i Sundsvall har i ett mål (2345-96) upphävt ett beslut, meddelat den 28 juni 1996 av länsrätten, att inte uppta ett mål till prövning eftersom beslut om leverantör hade fattats och återförvisat målet till länsrätten för prövning i sak.

Kammarrätten hänvisar till Regeringsrättens beslut den 26 juni 1996 och uppger att domstolen inhämtat besked från kommunen att något skriftligt avtal ännu inte undertecknats med anledning av det fattade beslutet. Med hänsyn härtill och till Regeringsrättens uttalande hade länsrätten enligt kammarrättens beslut bort pröva bolagets ansökan och målet återvisades till länsrätten för ny behandling.

- Länsrätten i Kalmar län har beslutat att en upphandling av dentala förbrukningsartiklar skall göras om (2304-95, 2308--2311-95).

Landstinget ifråga hade, i en öppen upphandling, kontakter med anbudsgivare efter anbudstidens utgång. Sökanden uppger enligt domen att "Efter anbudstidens

utgång har landstinget kontaktat anbudsgivare och begärt att de skall räkna om sina priser på grund av den svenska kronans förstärkning gentemot andra valutor.

I samband med dessa kontakter har även information lämnats om att anbudsgivare "legat för högt". Enligt uppgift har även fraktvillkor ändrats efter anbudstidens utgång."

Länsrätten gör den bedömningen att "landstingets förfarande inte kan inordnas i den möjlighet till rättelse eller nollställning vid öppen upphandling som regleras i lagen". Länsrätten betonar att LOU "avser att skydda även de leverantörer, som med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget valt att inte inge något anbud, mot att förutsättningarna för anbudsgivningen därefter ändras".

- Länsrätten i Älvsborg län har prövat en upphandling av mätningstekniska tjänster (3066-95) och därvid gjort uttalanden om tillåtna fördelar för tidigare leverantör. Länsrätten avslog ansökan.

I domskälen kan bland annat läsas följande. "Det får antas att en tidigare leverantör vid upphandling av det aktuella slaget kan ha vissa fördelar. Dessa kan bestå i att leverantören till följd av sin erfarenhet har bättre underlag för att avge anbud. Vidare torde leverantören till följd av att han redan är etablerad på orten ha vissa konkurrensfördelar, i form av t.ex. att grundläggande investeringar eller nyrekrytering av alternativt omstationering av personal inte behövs för att uppdraget skall kunna utföras. Sådana fördelar som har nämnts torde kunna sägas vara såväl naturliga som godtagbara. En förutsättning för att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är emellertid att skillnader i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer reduceras vid utformningen av förfrågningsunderlaget genom att underlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar den tidigare leverantören".

*NOU:s kommentar:* Avgörandet visar att det ställs stora krav på noggrannhet och objektivitet vid utformningen av förfrågningsunderlaget för att eventuella fördelar för tidigare leverantör skall kunna betraktas som naturliga och godtagbara.

- Länsrätten i Blekinge har i beslut (326-96 E) ansett det tillräckligt med 15 dagars anbudstid i den aktuella upphandlingen av arbetsmarknadsutbildning.

Leverantören framförde i sin ansökan om överprövning bland annat att anbudstiden enligt underlaget var för kort. Länsarbetsnämnden (LAN) sände anbudsinfordran till den klagande den 4 mars 1996 och anbud skulle vara LAN tillhanda senast den 19 mars 1996. Domstolen konstaterar i skälen för sitt beslut att den klagande leverantören har lämnat anbud och inte kunnat ange något bärande skäl för uppfattningen att anbudstiden skulle ha varit oskäligt kort. Länsrätten avslog yrkandet om interimistiskt beslut.

*NOU:s kommentar:* Se avsnittet "Skälig anbudstid vid förenklad upphandling" på sid. 39.

- Länsrätten i Göteborgs och Bohus län (Ö 4327-96 E) har i ett beslut meddelat att den tid inom vilken länsrätten kan överpröva en upphandling har gått till ända. Den klagandes yrkande om överprövning kan därför inte föranleda någon åtgärd från länsrätten.



Länsrätten hänvisar till Regeringsrättens beslut (se ovan) att en prövning av ansökan om åtgärder enligt 7 kap. 2 § kan ske intill undertecknandet av ett skriftligt avtal mellan en upphandlande enhet och den antagna leverantören. Enligt länsrätten skiljer sig förevarande mål från rättsfallet på så sätt att ett separat slutligt bestämmande skriftligt avtal mellan den upphandlande enheten och vald leverantör inte ansetts nödvändigt.

Enheten har emellertid lämnat en specificerad beställning med hänvisning till tidigare förhandlingar och leverantören har lämnat en orderbekräftelse på beställningen. Ett slutligt, skriftligt avtal har därigenom, enligt länsrätten, ingåtts senast när enheten fick orderbekräftelsen från leverantören, för övrigt samma dag som länsrätten fick in de första handlingarna i målet.

- Länsrätten i Uppsala har bifallit ansökan om överprövning i två mål (2266-96 och 2267-96) på så sätt att den pågående upphandlingen inte skall avslutas förrän rättelse gjorts.

Upphandlingen avser tandtekniska arbeten och genomförs som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Klagandena har framfört att de har förvägrats att få del av förfrågningsunderlaget trots att detta begärts under anbudstiden.

Tandvårdsförvaltningen vid Uppsala läns landsting uppger i båda målen att folk-tandvården idag utnyttjar ca 65 tandtekniska laboratorier vilka genom skrivelser erhöill förfrågningsunderlaget. Ytterligare 62 laboratorier har, efter framfört intresse, erhållit förfrågningsunderlaget. För att kunna genomföra upphandlingen på ett affärsmässigt sätt fanns ett behov av att begränsa antalet presumtiva anbudsgivare/avtalsparter. Tandvårdsförvaltningen bedömde att erforderligt resultat ändå kunde uppnås i den konkurrenssituation som förelåg.

Domstolen hänvisar bl.a. till 6 kap. 6 § LOU där det anges att en leverantör som inte särskilt har tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. Mot bakgrund av bestämmelserna i 6 kap. LOU fann domstolen att leverantörens begäran att få ut förfrågningsunderlaget inte fick avslås på sätt som skett.

- Kammarrätten i Stockholm har meddelat en dom (4117-96) avseende upphandling av fasadskyltar för skyltning av apoteken i Sverige. Enligt domstolen ansågs inte ett s.k. omsättningskriterium grundat på objektiva skäl strida mot kraven på affärsmässighet, konkurrensneutralitet och icke-diskriminering enligt 1 kap. 4 § LOU och leverantörens överklagande avslogs.

Den upphandlande enheten har i sin annons om selektiv upphandling bland annat uppställt kravet på att leveranser enligt anbudet inte får överstiga 20 % av aktuell leverantörs årsomsättning det senaste räkenskapsåret. Detta omsättningskriterium har enligt enheten uppställts som en gräns för vilka som skall uppmanas att lämna anbud och inte som ett krav på anbudets storlek. Kravet är inte avsett att utesluta eller gynna någon viss leverantör. Med hänsyn till omfattningen av upphandlingen, såväl ekonomiskt som resurs- och tidsmässigt, måste enligt domstolen det krav som enheten i sin inbjudan ställt på leverantörernas omsättning anses grundat på objektiva skäl.

*NOU:s kommentar:* NOU:s uppfattning är, även om domstolen i det här refererade målet godtog det formulerade omsättningskriteriet, att de upphandlande enheterna inte bör ange dylika kriterier eftersom det onödigtvis kan begränsa konkurrensen. Det finns andra sätt för företag att visa att de har möjlighet att fullgöra det de åtager sig i upphandlingen. Ett företag kan t.ex. ha erhållit fullgörandegarantier från sitt moderbolag eller ha stora underleverantörer som ämnar utföra det som upphandlingen avser. En bedömning bör göras i varje enskilt fall om den tänkbara leverantören verkligen kan leverera i enlighet med förfrågan.

Vidare torde omsättningskriteriet rimligen bedömas som ett kvalifikationskrav (leverantörens finansiella och ekonomiska ställning). Kvalificering av leverantörer avslutas normalt i och med att enheten väljer ut leverantörer som sedan inbjuds att lämna anbud. Anbudsutvärderingen är det andra steget och där får kvalificering av leverantörer inte göras. Se även avsnittet Kvalifikationskrav på sid. 20.

- Länsrätten i Malmöhus län har beslutat att en upphandling av företagshälsovård skall göras om (Ö 4327-96).

Den klagande leverantören uppgav att förfrågningsunderlaget var ofullständigt eftersom det inte innehöll uppgift om hur många timmar som efterfrågades (uppgift om volym saknades). I domskälen hänvisar domstolen till ett uttalande, som NOU gjort i ett annat ärende avseende upphandling av sjukvårdstjänster. NOU anförde därvid, angående det förhållandet att volym utelämnats i förfrågningsunderlaget, att underlaget hade bort innehålla uppgift om beräknad tidsåtgång per anställd och år (volym). Länsrätten uppger att domstolen delar den uppfattning som NOU framfört i ärendet att uppgift om kvantitet normalt anses vara en av de mest väsentliga uppgifterna i ett förfrågningsunderlag. Länsrätten anger att "även om det kan vara svårt att i varje detalj ange den exakt efterfrågade volymen, bör utgångspunkten för (enhetens) precisering vara att anbudsgivarna med ledning av uppgifterna kan bilda sig en så klar bild som möjligt av den totala volymen tjänster som efterfrågas".

## 19.5 Skadeståndsmål vid allmän domstol

Tre domar i skadeståndsmål meddelades under 1996.

- Falu tingsrätt har meddelat dom (Mål nr T 710/94) avseende upphandling av utbildning som genomförts av en länsarbetsnämnd (LAN). Käromålet ogillades och något skadestånd dömdes inte ut. Domen har överklagats till Svea hovrätt.

Upphandlingen avser en kurs för arbetslösa som vill starta eget och omfattas av bestämmelserna i 6 kap. LOU. LAN har under upphandlingens gång tillfört ett krav som i väsentlig mån ändrar förutsättningarna för upphandlingen. LAN har enligt domen brustit i kraven på affärsmässighet och objektivitet som följer av 1 kap. 4 § LOU genom att avvika från vad som krävts i förfrågningsunderlaget.

Även om bestämmelserna i LOU inte har följts har den leverantör som yrkar skadestånd att visa att skada därigenom har uppkommit. Domstolen framförde att staten inte ådragit sig någon skadeståndsskyldighet mot bolaget eftersom det inte i målet hade visats att bolagets möjligheter att få uppdraget på något sätt hade minskat på grund av det fel som begåtts under upphandlingsförfarandet.

- Sala tingsrätt har meddelat dom (Mål nr T 252/94) beträffande en upphandling avseende projektering av en om- och tillbyggnad av ett servicehus. Den förfördelade leverantören tillerkändes ett skadestånd på 246 000 kronor vilket med hänsyn till kontraktets storlek (197 000 kronor) kan anses som ett relativt stort belopp. Domen har överklagats till Svea hovrätt.

Upphandlingen understiger tröskelvärdet och bestämmelserna i 6 kap. LOU är tillämpliga.

I domskälen anges följande. "I den allmänna motiveringen till LOU uttalade departementschefen bl.a. att frågan om vilket anbud som skall antas är mycket central i förhållande till syftet att uppnå en icke-diskriminerande upphandling samt att den upphandlande enheten är skyldig att i förfrågningsunderlaget ange vilken prövningsgrund den avser att använda och att det inte får förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på (prop. 1992/93:88 sid. 51 f.)".

I kommunens förfrågningsunderlag anges att beställaren förbehåller sig fri prövningsrätt av samtliga ingivna anbud och rätt att förkasta samtliga anbud. Förbehållet om fri prövningsrätt ger inte en anbudsgivare någon ledning vid bedömning av vilka omständigheter eller kriterier kommunen avser att tillmäta betydelse vid anbudsprövningen. Tingsrätten anför att det enda mätbara och för anbudsgivarna synbara kriteriet har varit det lägsta priset. Kommunen har därför enligt tingsrättens mening haft att anta det anbud som hade det lägsta anbudspriset vilket var det företag som begärt skadestånd. Vad gäller skadeståndets storlek uppger tingsrätten att skadestånd på grund av att anbud inte antas bör beräknas som skillnaden mellan de intäkter som anbudsgivaren hade kunnat påräkna i anledning av uppdraget och de kostnader som denne sparar in genom att inte behöva lägga ned arbete på uppdraget.

*NOU:s Kommentar:* Svea Hovrätt har den 5 mars 1997 meddelat dom (T 241/96) och upphävt tingsrättens dom. Hovrätten konstaterade att förfrågningsunderlaget inte haft den utformning som krävs enligt LOU. Vidare ansåg hovrätten att den omständigheten att det inte angivits några utvärderingskriterier, inte innebar att den aktuella anbudsgivarens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Därför ansågs denne inte heller ha lidit någon skada.

- Lindesbergs tingsrätt har meddelat dom (Mål nr T 342/94) avseende en kommuns upphandling av svenskundervisning. Den förfördelade leverantören tillerkändes skadestånd på 200 000 kronor. Domen har överklagats.

I domen framkommer att kommunen har utlyst en anbudstävling för undervisning i svenska för flyktingar. Flera anbudsgivare har lämnat anbud, däribland klaganden och en av kommunens förvaltningar. För upphandlingens genomförande är bestämmelserna i 6 kap. LOU tillämpliga.

Av domskälen kan utläsas att det klart framgår att den klagande är det företag som lämnat in det billigaste anbudet (sannolikt detsamma som "lägsta priset", NOU:s anm.) inom den stipulerade anbudstiden samt att kommunen tillåtit och prövat åtminstone ett anbud efter anbudstidens utgång. Kommunen har därefter beslutat att även fortsättningsvis bedriva utbildningen i egen regi. Upphandlingsförfarandet har alltså inte lett till någon upphandling i egentlig mening utan får anses vara avbrutet.

Domstolen uppger att kommunen genom sitt handlande brutit mot 1 kap. 4 § LOU genom att dels pröva anbud som har kommit in efter anbudstidens utgång dels inte antaga det lägsta anbudet.

Tingsrätten konstaterar visserligen att något kontraktsförhållande inte har uppstått och att det följaktligen inte heller föreligger någon upphandling enligt LOU. Domstolen anger vidare att det måste "anses som orimligt, för att inte säga stötande, att kommunen, med frångående av regeln om affärsmässighet vid prövningen av anbudet, påföljdsfritt kan ge egenregiverksamheten"... "uppdraget att utföra arbetet. Det finns inga sakliga skäl som talar för att just offentliga aktörer skulle få intaga en särställning vid upphandlingsförfarandet när dessa väl har inbjudit marknaden att tävla och därvid gjort en prövning av anbudet. De nu gällande reglerna i LOU bör därför kunna tillämpas även i detta fall".

## 20. Det nya upphandlingsavtalet - GPA

### Rättelse

Till avsnittet om det nya upphandlingsavtalet - GPA i "Sammanställning NOU info 93 - 95" (sid. 84) gavs följande kommentar:

Svenska Kraftnät, Luftfartsverket, Vägverket, Banverket och SJ finns dock inte med i den förteckning över statliga myndigheter som fogats till avtalet.

Det stämmer i och för sig att ovanstående upphandlande enheter inte finns med i Annex 1 till avtalet men med undantag av Vägverket tillhör ovanstående myndigheter försörjningssektorerna som behandlas i Annex 3. Där nämns *Svenska Kraftnät och Luftfartsverket som enheter vilka omfattas av GPA* medan Banverket och SJ på grund av sin verksamhet inte omfattas av avtalet. Vägverket finns däremot inte med i Annex 1 till avtalet.

## 21. Miljö

### 21.1 Harmoniserande regler

När det finns harmoniserande regler för ett område i form av t.ex. en europeisk standard begränsas möjligheten för en upphandlande enhet att ställa mer långtgående krav än vad som anges i standarden. Om denna innehåller uppgifter om miljökrav har området i fråga harmoniserats. Genom ett aktivt deltagande i arbetet med framtagande av europeiska standarder kan Sverige medverka till att miljöhänsyn får en mer framträdande roll.

### 21.2 Krav på tillverkningsprocessen

Det är kommissionens uppfattning att miljökrav kan beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Av det skälet saknar det betydelse hur en vara är producerad; det viktiga är istället vilka prestanda produkten kan uppvisa *i upphandlarens miljö*.

Kommissionens resonemang leder till att det inte går att ställa krav på tillverkningsprocessen utom då det är nödvändigt för att få en rimlig kvalitetssäkring av varan. Det blir t.ex. inte möjligt för en upphandlande enhet att ställa som krav att den el som köps skall vara "grön". Däremot går det att ställa krav på en varas energiförbrukning eftersom den påverkar kostnaden i upphandlarens miljö.

### 21.3 Yttrande till Näringsdepartementet

NOU har lämnat yttrande över betänkandet (SOU 1996:23) Upphandling en miljöfråga.

I yttrandet framhåller NOU bl.a. följande

- Sverige bör inta en offensiv hållning i arbetet med att förändra EG-direktiven i riktning mot en mer miljöanpassad offentlig upphandling. För ändring och komplettering av EG:s regelsystem krävs i första hand politiska påtryckningar.
- Sverige bör delta mer aktivt i harmoniseringsarbetet för olika produktkrav.
- Statliga bolag som inte omfattas av LOU, bör genom bolagsordningarna kunna åläggas att ta större miljöhänsyn i sin upphandling.
- Den första insatsen på miljöområdet inom offentlig upphandling bör ske med hjälp av de 14 s.k. funktionsansvariga myndigheterna för den statliga inköpsamordningen. Även andra organisationer som samordnar flera upphandlande enheters inköp samt de största kommunerna och landstingen bör involveras.
- Förslaget i betänkandet att även upphandling under tröskelvärdena redovisas enligt CPV-nomenklaturen skulle medföra stora kostnader och besvär för de upphandlande enheterna till förhållandevis liten nytta.

Vidare sägs i remissvaret: "NOU är i sin verksamhet bunden av vedertagen tolkning (främst genom EG-domstolen) av Romfördraget och upphandlingsdirektiven, för vilka LOU, i vart fall över tröskelvärdena, utgör den svenska införlivningen. Med NOU:s uppgift att verka för en miljömedveten offentlig upphandling uppstår därvid i viss utsträckning en intressekollision med principerna om icke-diskriminering och varors fria rörlighet. Denna kan, såvitt NOU förstår, återfinnas redan inom EG:s regelsystem, mellan Romfördraget och EG-direktiven.

I EU utgör Romfördraget och EG-domstolens tolkningar ett visst stöd för att ställa miljökrav vid upphandling. Se bl.a. artiklarna 2, 3, 36, 100a och 130r i Romfördraget.

EG-domstolen har också i två domar (mål 302/86, Kommissionen mot Danmark, REG 1988, s. 4607 och mål 2/90, Kommissionen mot Belgien, REG 1992, s. 4431) fastslagit att miljöhänsyn i vissa fall kan gå före principen om varors fria rörlighet (se Rapport 4508 från Naturvårdsverket).

Genom Enhetsakten och Maastrichtavtalet betonades ytterligare vikten av hän-syn till miljön. Det är NOU:s uppfattning att Romfördraget, framför allt efter Maastrichtavtalet, jämte EG-domstolens hittillsvarande domar på området, ut-gör ett inte oväsentligt stöd för Sveriges strävanden att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. EG-direktiven för offentlig upphandling i sin nuvarande utformning förefaller emellertid begränsa möjligheten att ställa långtgående miljökrav t.ex. beträffande produktionsprocesser och transportsätt."

## 21.4 Yttrande till Miljövårdsberedningen

NOU har lämnat yttrande över Miljövårdsberedningens delbetänkande *Integrering av miljöhänsyn inom den statliga förvaltningen* (SOU 1996:112).

Delbetänkandet föreslår bl.a. ett tillägg till 1 kap. 22 § respektive 6 kap. 12 § LOU som innebär att "Regeringen eller den myndighet regeringen utser får meddela bestämmelser om hur omständigheterna för miljöpåverkan skall anges. Dessa får även avse viss vara, tjänst eller byggtreprenad."

NOU yttrar: "EG-kommissionen hävdar i PM inför ett möte med finansdepartementet i Sverige den 18-19 januari 1996 (bilaga 2) att formuleringen miljöpåverkan i sin nuvarande utformning i LOU utgör en felaktig införlivning av upphandlingsdirektiven i svensk rätt. Enligt EG-kommissionen skall det av lagtexten framgå att begreppet miljöpåverkan är kopplat till föremålet för upphandlingen. Exempelvis anger EG-kommissionen att miljökrav inte kan gälla "själva fabrikationsprocessen för varorna som är föremål för upphandlingen". NOU anser därför att den lagändring som föreslagits (*anm.* i delbetänkandet) bör anstå i avvaktan på att riksdagen tagit ställning till om och hur LOU skall ändras till följd av EG-kommissionens kritik."

NOU framhåller att rättsläget för närvarande är mycket oklart angående hur och vilka miljökrav som kan ställas vid offentlig upphandling. EG-domstolen har ännu inte prövat miljökrav vid offentlig upphandling.

Vidare skriver NOU att regeringen bör verka för att EG:s upphandlingsdirektiv ändras så att möjligheterna att ställa miljökrav ökar. NOU bifogar ett brev från den danske näringsministern till EG-kommissionären Mario Monti där ministern vill fästa uppmärksamheten på några oklarheter i direktiven.

Näringsministern framför önskemål om att direktiven preciseras så att de beskriver möjligheten att likställa miljökrav med andra kvalitetskrav. Ett liknande brev har även sänts av den danske Miljö- och energiministern till EG-kommissionären Ritt Bjerregaard.

## 21.5 Nordiskt miljömöte

Den 29 augusti anordnade NOU ett möte om miljöfrågor i samband med offentlig upphandling med kolleger från myndigheter i Danmark, Finland och Norge.

Syftet med mötet var bl.a. att få en uppfattning om och i så fall på vilket sätt de olika länderna arbetar med miljöanpassning av offentlig upphandling samt vilka tolkningar av upphandlingsdirektiven som görs vad beträffar möjligheterna att ställa miljökrav.

De tolkningar som hittills gjorts av NOU visade sig stämma väl överens med vad man ansåg i de andra länderna. Särskilt starkt betonades proportionalitetsprincipen som innebär att de krav som ställs skall stå i proportion till det behov som skall täckas.

*Kommentar:* Intresset för fortsatta diskussioner var stort, vilket ledde till att Norge stod som värd för ytterligare ett möte i mars 1997.

## 22. Offentlighet och sekretess

En upphandlingsansvarig tjänsteman vid en statlig myndighet har av Solna tingsrätt (B 138/96) dömts till villkorlig dom och böter. Domen har överklagats och NOU återkommer med information när domen från hovrätten meddelats.

Enligt åklagaren har tjänstemannen med en annan person (X) kommit överens om att lämna information om upphandlingen till en obehörig person. Bland annat har uppgifter om vilka företag som har kvalificerats för entreprenaderna lämnats ut till X och denne har enligt överenskommelsen lämnat uppgifterna vidare. Myndigheten har därigenom lidit skada och annat förfång.

Enligt tingsrättens bedömning är åklagarens påstående att tjänstemannen lämnat uppgifter till X riktigt. Det är också ställt utom allt tvivel att uppgifterna har förts vidare från X enligt vad som hade överenskommits. Att tjänstemannen var fullt medveten om det otillåtna i att lämna ut uppgifterna framgår av en av tjänstemannen upprättad handling om rutiner för effektiv sekretess. Tjänstemannen ansågs därmed överbevisad om brott mot tystnadsplikt.

Av tingsrättens bedömning framgår att tjänstemannen gjort sig skyldig till brott mot tystnadsplikt men även till det grövre brottet, trolöshet mot huvudman, som åklagaren hade yrkat i första hand. Tingsrätten ansåg att tjänstemannen hade haft att för myndigheten sköta ekonomisk och rättslig angelägenhet och att det inte kunde råda något tvivel om att han missbrukat sin förtroendeställning genom att lämna ut uppgifterna. Förfarandet medförde skada för myndigheten både genom risk för onödigt höga entreprenadkostnader och risk för minskat förtroende för dess förmåga att handlägga upphandlingsfrågor, vilket domstolen ansåg att tjänstemannen måste ha insett.



## 24. Övrigt

### 24.1 Grönbok om offentlig upphandling

#### *Bakgrund*

Kommissionen har i november 1996 antagit en s.k. grönbok om offentlig upphandling. En grönbok kan i vanliga fall sägas motsvara ett svenskt utredningsbetänkande och används ibland av kommissionen som en presentation av de första idéerna om eventuella åtgärder på gemenskapsnivå. Grönboken skickas ut till myndigheter och organisationer under en tidsperiod (oftast tre månader) för kommentarer och synpunkter, som sedan tas under övervägande innan kommissionen utformar sin slutliga ståndpunkt.

Syftet med grönboken om offentlig upphandling är att behandla två huvudproblem; dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Priskonvergens, import till offentlig sektor och ökningen av antalet leverantörer är inte i nivå med förväntningarna. Den mest synliga effekten av direktiven är den ökade annonseringen i EGT. Dock är det fortfarande många upphandlande enheter i EU som inte följer direktivens regler om annonsering och öppenhet.

Varje år köper de upphandlande enheterna i EU varor och tjänster för ca 720 miljarder ECU (ca 6 120 miljarder SEK) vilket motsvarar 11 % av EU:s BNP. Kommissionen tillmäter den offentliga upphandlingen mycket stor betydelse och konstaterar att ett effektivt system för offentlig upphandling är nödvändigt för att målsättningen för den inre marknaden skall kunna uppnås.

Grönboken skall utgöra *ett ramverk för en vidsträckt debatt* om den offentliga upphandlingen i EU. Synpunkter på grönboken skall vara kommissionen tillhanda senast den 31 mars 1997.

De ämnesområden som grönbokens ca 50 sidor behandlar är:

- målen för EU:s upphandlingspolicy och hur dessa uppnåtts fram till nu
- införlivandet i nationell lagstiftning samt tillämpningen
- hur tillgången till marknaden kan underlättas genom information, utbildning och elektronisk utveckling
- hur upphandlingspolicyn kan förenas med annan EU-policy, t.ex. beträffande små och medelstora företag (SME), standardiseringsarbetet, trans-europeiska nätverk(TEN), strukturfonder, EU-finansierade uppdrag, sociala frågor, miljöfrågor, försvarsfrågor
- tillgången till andra länders upphandlingsmarknader.

Varje kapitel inleds med en kort sammanfattning och avslutas med en lista över viktiga frågor.

### *Tillämpningen av upphandlingsreglerna*

Kommissionen konstaterar att ett juridiskt ramverk har skapats för den offentliga upphandlingen och att en viss period av stabilitet är önskvärd. *Avsikten är därför inte att öppna för några grundläggande förändringar av reglerna.*

Det framhålls att ökade ansträngningar måste göras inom EU vad avser införlivande och tillämpning av reglerna. Kommissionen betonar att ett felaktigt införlivande av reglerna kan vara lika allvarlig som ett "icke-införlivande" eftersom det i praktiken får samma effekt. Oavsett vilken metod medlemsstaterna väljer vid införlivandet måste de se till att eliminera de eventuella motsättningar som finns mellan den nationella lagstiftningen och EG-direktiven. Kommissionen önskar att medlemsstaterna gör ett tydligare införlivande i nationell rätt genom att sträva efter att samla alla relevanta bestämmelser i en enda text och således begränsa användningen av hänvisningar till andra dokument.

Kommissionen pekar ut områden där det förekommer att upphandlande enheter tillämpar reglerna felaktigt.

- Grundläggande definitioner i direktiven, t.ex. vad som avses med upphandlande enhet.
- Överdrivet användande av förhandlad upphandling.
- Otillfredsställande kvalitet på annonseringen i EGT.
- Överdrivet användande av påskyndat förfarande och åläggande att lämna anbud inom för korta tidsfrister.
- Kriterier för urval av leverantörer och prövning av anbud. De kriterier som finns i direktiven för bedömning av en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet är uttömmande. Tvåstegsförfarandet betonas - om kriterierna för urval av leverantörer används vid prövning av anbud kan det leda till att leverantören med bäst ekonomi vinner istället för den som lämnat det bästa anbudet.

### *Upphandling under tröskelvärdena m.m.*

*Kommissionen framhåller att principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande p.g.a. sin natur är tillämpliga vid alla situationer där offentlig upphandling och liknande kontrakt är involverade. Några särskilt betydelsefulla fall är: koncessioner eller liknande kontrakt, upphandlingar under tröskelvärdena och förändring av regler under enskilda upphandlingars gång. Exempel på det senare är att en upphandlande enhet gör väsentliga ändringar i en kravspecifikation under en pågående upphandling, som att ta bort en stor del av en planerad bygg-entreprenad. Även om ett sådan situation inte regleras uttryckligen i direktiven omfattas den således icke desto mindre av EG-rättens allmänna principer.*

### *Övrigt*

Grönboken behandlar även hur *övervakning av reglernas efterlevnad* skall ske, om sanktionsmöjligheterna skall utökas och om gransknings- och medlingsförfarandena skall införas även i de klassiska sektorerna. NOU nämns som exempel på en lämplig form av nationellt övervakningsorgan. Dock krävs enligt kommissionen maktbefogenheter att ålägga upphandlande enheter att rätta till felaktig handläggning.

Vidare diskuteras elektronisk handel, hur tillgången till offentlig upphandling skall förbättras och hur små- och medelstora företag skall kunna hävda sig bättre vid upphandling.

*Social- och miljöaspekter* behandlas relativt utförligt. Kommissionen uttalar att miljöfaktorer kan spela en roll vid antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller dock bara där miljöfaktorerna kan kopplas till en ekonomisk fördel som är specifik för varan, byggtreprenaden eller tjänsten. Under tröskelvärdena kan miljökrav beaktas vid val av anbud så länge de är icke-diskriminerande och öppna för alla leverantörer inom EU med stöd av principen om ömsesidigt erkännande.

### *Grönboken finns på Internet*

Grönboken finns på svenska på Internet. Avsikten är att den skall finnas på alla EU:s språk. Adressen är: [www.europa.eu.int/en/record/green/gp9611/tender.htm](http://www.europa.eu.int/en/record/green/gp9611/tender.htm)

## 23.2 Anbudssamverkan

Konkurrensverket har i ett ärende (Dnr 1299/95) konstaterat att en anbudssamverkan mellan två optiker vid en upphandling av optikertjänster strider mot konkurrenslagen. Ett landsting anmälde att de båda optikerna lämnat ett gemensamt anbud vid enhetens upphandling. Detta resulterade i högre priser än på orter där det fanns konkurrerande anbudsgivare. Konkurrensverket anförde i sitt beslut att optikerna hade kunnat lämna in egna separata anbud och fann därför att deras anbudssamverkan stred mot konkurrenslagen. Optikerna återkallade emellertid sitt gemensamma anbud i samband med Konkurrensverkets utredning och lämnade sedan in separata anbud. Konkurrensverket ansåg därför inte att det fanns skäl för verket att vidtaga ytterligare åtgärder.

Ärendet visar, enligt Konkurrensverket, att även företag som agerar på en liten marknad, t.ex. en kommun, bör vara uppmärksamma på att samverkan vid en upphandling kan strida mot konkurrenslagen. Detta gäller framför allt när de samarbetande företagen tillsammans har en större andel av den marknad som är i fråga och inte måste samarbeta för att uppfylla kraven i upphandlingen. Ett samarbete som strider mot konkurrenslagen kan medföra att Konkurrensverket ingriper med vitesåläggande eller begär att Stockholms tingsrätt skall utdöma konkurrensavgift. (Ur Konkurrens 6, 96.)

## 23.3 Norsk rapport om effekterna av EG:s regler för offentlig upphandling.

NORUT Samfunnsforskning har kommit med rapporten "Offentlige anskaffelser på anbud - virkningen og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser". Bakgrunden till rapporten är Närings- och energidepartementets önskemål om en utvärdering av effekterna och erfarenheterna av EG:s regler för offentlig upphandling. Norge är, sedan EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994, liksom Sverige bundet av EG:s upphandlingsdirektiv för offentlig sektor. Rapporten bygger på en enkätundersökning bland leverantörer och bland inköpare som deltagit i en eller flera EU-upphandlingar under 1994/95. Nedan följer ett axplock från resultatet av undersökningen.

Rapporten visar att den största förändringen har skett på nationell nivå. Effekterna har varit störst inom kommuner och landsting, som nu i betydligt större utsträckning upphandlar med *anbudsförfarande*. 44 % av tillfrågade leverantörer anger att anbudsför-

farande används oftare än tidigare, särskilt gäller det i kommunal och landstingskommunal verksamhet.

Samtidigt görs *större och mer samordnade upphandlingar*,

kommuner/landsting	40 %
staten	17 %
försörjnings	16 %

Kommunala och landstingskommunala verksamheter har genomfört *centralisering av upphandlingen* i större utsträckning än inom statlig verksamhet och inom försörjningssektorerna,

landsting	85 %
kommuner	63 %
staten	31 %
försörjnings	10 %

Enskilda inköpare har också betonat att EG-reglerna lett till uppstramade och mer formaliserade inköpsrutiner. Detta har medfört bättre planering av inköpen vilket först och främst resulterat i bättre kvalitet i anbuden men också till färre dubbelinköp och felinvesteringar. Enligt många inköpare har detta medfört ekonomiska vinster i miljonklassen för organisationen. 30 % av inköparna anger att de har minskat kostnaderna med alltifrån 1 % till över 20 %. Att priserna blivit lägre anger främst inköpare från kommuner och landsting.

*Lägre priser*

alla	31 %
landsting	62 %
kommuner	37 %

Mycket tyder på att mer uppstramade inköpsrutiner och ett ökat användande av anbuds förfarande medfört positiva effekter också under tröskelvärdena. Speciellt gäller detta inom den kommunala sektorn där 30 % av de tillfrågade inköparna uppger att de minskat kostnaderna betydligt.

På många sätt har EG-reglerna bidragit till att höja statusen på inköpsfunktionen. Här bör det emellertid tilläggas att enskilda inköpare ger uttryck för att denna förändring skulle ha skett ändå p.g.a. snävare ekonomiska ramar.

Effekterna på internationell nivå är ännu begränsade. Detta skall ses mot bakgrund av att man fortfarande befinner sig i en inkörningsfas och att det tar tid för leverantörer att etablera kundrelationer över nationsgränser. Företagen följer i liten grad annonseringen av upphandlingar i andra EES-länder och EG:s databas TED är helt okänd för de flesta leverantörerna. För att reglerna skall få önskad effekt över gränserna måste det bli lättare att skaffa information om upphandlingar.

När det gäller frågan om vilka som lämnar anbud framgår följande. Majoriteten av anbudsgivarna finner man bland företag med 20-99 anställda. En av tre anbudsgivare är importör eller agerar på uppdrag av utländska producenter. Hela 96 % av anbudsgivarna är norska företag. Även om antalet utländska anbudsgivare är blygsamt har en av fyra inköpare angivit en viss ökning, dvs. en övergång från nästan helt obefintligt till en marginell förekomst av utländska anbudsgivare. Hela 42 % av inköparna uppfattar anbudsgivarnas kunskap om regelverket som otillräcklig.

## Förord

Detta häfte är en sammanställning av i stort sett *all den information som hittills lämnats i NOU:s nyhetsbrev*, dvs. från *Info sept -93* till *NOU Info dec -95*, inalles 10 nyhetsbrev. Häftet är däremot *inte en handbok för offentlig upphandling!*

Nyhetsbreven tar främst upp tolkningar av lagen om offentlig upphandling (LOU) gjorda av *NOU:s kansli* samt nyheter inom området. I de fall tolkningarna underställts NOU:s nämnd framgår normalt detta.

Inaktuell information från nyhetsbreven, liksom flertalet dubbleringar av information har genom detta häfte tagits bort, vilket innebär att texten ibland behövt redigeras. Vissa förtydliganden har gjorts. *Särskild kommentar* har dock normalt lämnats, *om rättsläget* och därmed NOU:s tolkning *ändrats* sedan respektive nyhetsbrev gavs ut. Så har t.ex. *ett nytt lagförslag* om "ändringar i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling p.g.a. den nya världshandelsorganisationen (WTO) m.m." kommit innevarande månad, se PM 1996-02-05 från finansdepartementet. Hänvisningar till denna PM har i flera fall skett i häftet.

Som regel framgår det av rubrikerna huruvida tolkningarna/informationen avser upphandling över eller under tröskelvärdena. Om inget angivits är informationen av generell natur.

Där det i häftet talas om "Kommissionen" avses tjänstemännen inom det femtonde generaldirektoratets (DG XV) kansli.

OJ (Official Journal) har genomgående ändrats till EGT (Europeiska gemenskapernas officiella tidning).

***Kopiera gärna ur detta häfte, men ange källan!***

Prenumeration på nyhetsbreven kan göras hos Fritzes.

Stockholm i februari 1996

Margareta Hentze

(kanslichef)

## OBS! OBS!

*Sammanställning NOU info 93-95* på diskett är i Word 6.0-format och skiljer sig därför utseendemässigt något från den tryckta versionen som görs i PageMaker - innehållet är dock detsamma. Några bilagor fattas dock vilket framgår i innehållsförteckningen.

## *Innehåll*

1. LOU - lagen om offentlig upphandling	6
1.1 LOU trädde i kraft den 1 januari 1994	6
1.2 Lagen och dess förarbeten	6
1.3 Gäller direktiven eller lagen?	7
<i>Ny rättslämning</i>	7
<i>Direkt effekt av direktiven</i>	7
<i>Tolkningsbesked av EG-domstolen</i>	8
<i>Konflikt mellan svenska regler och EG-regler</i>	8
1.4 Aktuella EG - direktiv	9
1.5 Grundprinciperna i LOU	9
2. Tillämpning av LOU	10
2.1 Begreppet upphandlande enhet	10
<i>Flera offentliga ägare till bolag, stiftelser m.m.</i>	10
2.2 Upphandlande enhet inom försörjningssektorerna	10
<i>Blandad verksamhet</i>	11
<i>Begreppet självständig enhet</i>	11
2.3 Köp mellan bolag och myndigheter m fl.	12
<i>Avknoppning</i>	12
<i>Upphandling inom en koncern</i>	12
2.4 Delegering av/hjälp med upphandling	13
2.5 Tredjemansupphandling	13
2.6 Egenregiverksamhet m.m.	13
2.7 Egenregideltagande i konkurrens	14
3. Tröskelvärden	15
3.1 Ändrade tröskelvärden	15
3.2 Otillåten uppdelning	16
4. Ekonomiska och tekniska krav på leverantör	17
4.1 Över tröskelvärdena	17
<i>Krav som får ställas på leverantören</i>	17
<i>Kvalifikationskrav</i>	17
4.2 Krav som får ställas på leverantör under tröskelvärdena	18
<i>"Om det inte är onödigt"</i>	18
<i>Fri från skatteskulder</i>	19
<i>Upplysningar om leverantör</i>	19
5. Förfrågningsunderlaget	20
<i>Utvärderingskriterier</i>	20
<i>Krav på kostnadsredovisning</i>	20
5.1 Förfrågningsunderlag över tröskelvärdena	20
<i>Språk</i>	20
<i>Detaljerat underlag</i>	21
<i>Avvikelser - alternativa anbud</i>	21
5.2 Förfrågningsunderlag under tröskelvärdena	21
5.3 Tekniska standarder över tröskelvärdena	21
<i>Hänvisning till standarder/specifikationer.</i>	22
5.4 Kvalitetskrav vid upphandling	22
5.5 Avtalet (kommersiella villkor) - del av förfrågningsunderlaget	24
5.6 Krav på övertagande av utrustning och lokaler?	25
5.7 Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare?	25
5.8 Betalt för förfrågningsunderlaget?	25
5.9 Begäran att få ut förfrågningsunderlaget	25
<i>Över tröskelvärdena</i>	25
<i>Under tröskelvärdena</i>	26
6. Upphandlingsförfaranden	27
6.1 Över tröskelvärdena	27
<i>Påskyndat förfarande - när får det användas?</i>	27
<i>"Övergång till" förhandlad upphandling</i>	28

	<i>"..inte lämnats några lämpliga anbud.."</i>	28
	<i>Antal anbudsgivare vid selektiv och förhandlad upphandling</i>	28
	<i>Anbudsansökan, inte intresseanmälan</i>	29
6.2	Under tröskelvärdena	29
7.	Annonsering över tröskelvärdena	30
7.1	Annonsering i EGT	30
	<i>Kontroll av annons</i>	30
	<i>Fel i EGT - rättelse</i>	31
	<i>Beställning av EGT, upplaga S</i>	31
7.2	Språk i annonser	31
	<i>Annonsering på svenska i EGT?</i>	32
	<i>Val av språk</i>	32
7.3	Annonsering i svenska media	32
	<i>Anbudsansökan - annonsering i svenska media</i>	32
7.4	Förhandsannonsering - varuområden och tjänstekategorier	33
7.5	Annonsering vid påskyndat förfarande	33
7.6	Avbruten upphandling skall annonseras	33
7.7	Annonsering efter avslutad upphandling	33
	<i>B-tjänster över tröskelvärdena</i>	33
7.8	Förändringar i EGT (dåvarande OJ) supplement S	34
7.9	Blanketter för annonsering	34
	<i>Gemensamma EG-blanketter? Blanketter på svenska?</i>	35
	<i>Kommentarhäften</i>	35
7.10	Nomenklaturer	35
	<i>Vilken nomenklatur skall användas?</i>	36
	<i>Förhållandet CPA - CPV</i>	36
	<i>Förhållandet byggnomenklaturen - NACE - CPV</i>	36
	<i>Använd CPV</i>	36
7.11	Jämförande statistik	37
8.	Anbudsinfördran, tidsfrister, öppning	39
8.1	Urval av anbudsgivare	39
8.2	Riktad anbudsinfördran över tröskelvärdena?	39
8.3	Tidsfrister över tröskelvärdena	39
	<i>Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering</i>	39
8.4	Förlängning av anbudstid	40
	<i>Upphandling under tröskelvärdena</i>	40
	<i>Upphandling över tröskelvärdena</i>	40
8.5	Anbudsöppning	40
8.6	Öppning av anbudsansökningar - över tröskelvärdena	41
8.7	Anbudsöppning i närvaro av representant från handelskammare	41
8.8	Anbud per telegram eller telefax under tröskelvärdena	42
8.9	Tid och plats för anbudsöppning - över tröskelvärdena	42
8.10	För sent inkommet anbud - under tröskelvärdena	43
9.	Prövning av anbud	44
	<i>"Fri prövningsrätt"</i>	44
	<i>Mutor, jäv m.m.</i>	44
9.1	Förhandlingsmöjligheter över tröskelvärdena	45
9.2	Förkastande av orimligt låga anbud	45
	<i>Statsstöd och offentlig upphandling</i>	45
9.3	Affärsmässighet på lång sikt?	45
9.4	Anbud från egen personal/uppdragstagare	45
9.5	Fackliga organisationers medverkan vid upphandling	46
9.6	EG:s sanktioner mot USA	46
9.7	Ursprungsdiskriminering och 3 %-regeln -varuupphandling	47
10.	Varuupphandling över tröskelvärdena	47
10.1	Leasing	47
10.2	Upphandling av el	47
11.	Entreprenadupphandling över tröskelvärdena	48
11.1	Byggentreprenad eller tjänst	48
11.2	Entreprenad eller tjänst - vägarbeten m.m.	48
11.3	Köp av byggnad som endast finns på ritning	49

12. Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena	50
12.1 Ändringar 1 juli 1995	50
<i>Produktion av el m.m.</i>	50
<i>Anknutna företag och samriskföretag - tjänsteupphandling</i>	50
<i>Ursprungsdiskriminering och 3 %-regeln - varuupphandling</i>	50
12.2 Upphandling av el	51
<i>Undantag från reglerna i LOU</i>	52
<i>Elbörs</i>	52
13. Tjänsteupphandling över tröskelvärdena	53
<i>B-tjänster</i>	53
13.1 A- eller B-tjänst - entreprenad? CPC/CPV	53
13.2 Lån omfattas av LOU?	53
13.3 Ramavtal för arkitekt- och liknande tjänster?	54
13.4 Försäkringsupphandling - försäkringsmäklare	54
14. Upphandling under tröskelvärdena m.m.	55
14.1 Allmänt	55
14.2 Förhandlingar	55
14.3 Direktupphandling	56
<i>Definitionen av direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU</i>	56
<i>Lågt värde</i>	57
<i>Synnerliga skäl</i>	57
<i>Riktlinjer för direktupphandling</i>	58
<i>Prisjämförelse</i>	58
14.4 Formgivningstävlingar?	58
14.5 Upphandling av el	58
15. Avtal, avtalstider m.m.	59
15.1 Avtalstidens längd	59
15.2 Förlängning av avtal	59
15.3 Överlåtelse av avtal	60
15.4 Byte - delbetalning	60
15.5 Standardavtalen ALOS 81 och MONTAGE 85	60
16. Dokumentation, rapportering, statistik	61
16.1 Dokumentation	61
<i>Allmänt</i>	61
<i>Försörjningssektorerna</i>	61
16.2 Rapporter - över tröskelvärdena	61
<i>Avslutad upphandling (1 kap. 11 § LOU)</i>	61
<i>Motivering till förkastande av ansökningar och anbud</i>	62
<i>Avbruten upphandling</i>	62
<i>Rapporter till Kommissionen</i>	62
16.3 Statistik	63
16.4 Kommande statistikkra	63
16.4 Statistik för 1994	65
17. NOU:s tillsyn	69
<i>Klagomål</i>	69
17.1 Av NOU bedömda ärenden	70
<i>Upphandling av konst</i>	70
<i>Fråga om elbolags köp av energi</i>	70
<i>Upphandling av arkeologiska tjänster</i>	71
18. Rättsmedel	72
<i>Överprövning och skadestånd</i>	72



19. Rättsfall	73
19.1 EG-domstolen	73
<i>Tid och plats för anbudsöppning</i>	73
<i>"Eller likvärdigt"</i>	73
19.2 Överprövning i Regeringsrätten	73
<i>Prövningstillstånd</i>	73
<i>Ej prövningstillstånd</i>	74
19.3 Överprövning i kammarrätt och länsrätt	74
<i>Antal och fördelning</i>	74
<i>Avkunnade domar</i>	75
19.4 Skadeståndsmål vid allmän domstol	83
19.5 Andra domstolsavgöranden	83
20. Upphandling enligt WTO	84
20.1 Det nya upphandlingsavtalet - GPA	84
21. Miljö	89
21.1 Miljökrav	89
21.2 Harmoniserande regler	89
21.3 Krav på tillverkningsprocessen	90
<i>Miljömärkning</i>	91
<i>"Grön" el</i>	91
21.4 Vanliga frågor	91
<i>Vilka miljökrav kan ställas?</i>	91
<i>Vilka krav kan ställas på leverantör?</i>	92
21.5 Rapport om miljöanpassad upphandling	92
22. Offentlighet och sekretess	93
<i>Decentraliserad upphandling</i>	93
<i>Offentlighet och sekretess i kommunala bolag</i>	94
<i>Sekretess när flera upphandlar tillsammans</i>	94
<i>Hjälp med upphandling</i>	94
22.1 Ändring av reglerna om kommersiell sekretess?	94
23. Arbetsrätt	95
23.1 Övergång av verksamhet	95
<i>Bakgrund</i>	95
<i>Lagändringarnas huvudsakliga innehåll</i>	95
<i>Frågor i samband med offentlig upphandling</i>	95
<i>EG-domstolens praxis angående reglernas tillämpningsområde</i>	96
<i>Sedvanlig överlåtelse</i>	96
<i>Entreprenadsituationer</i>	96
<i>Sammanfattning</i>	96
24. Övrigt	97
<i>Försäljning av staten tillhörig fast egendom</i>	97
<i>Otillbörlighetslagen</i>	97
<i>Konkurrens på lika villkor - underprissättning</i>	97
<i>Konkurrenskommissionen</i>	97
24.1 Elektronisk handel	98
24.2 SIMAP- ett informationssystem för offentlig upphandling	100
24.4 Domstolsutslag i länsrätter och kammarrätter	101
Bilagor	
1. NOU - organisation och uppgifter	
2. A- och B-tjänster	
3. Bilaga 2 till entreprenaddirektivet ( <i>saknas här</i> )	
4. NACE Rev. 1 ( <i>saknas här</i> )	
5. Begäran om upplysning vid upphandling ( <i>saknas här</i> )	
6. Viktiga adresser och telefonnummer	

# 1. LOU - lagen om offentlig upphandling

## 1.1 LOU trädde i kraft den 1 januari 1994

Den 16 december 1993 beslutade regeringen förordningen om ikraftträdande av vissa lagar och förordningar med anledning av att EES-avtalet skulle träda i kraft. Det innebar att bl.a. lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994.

LOU reglerar i stort sett all offentlig upphandling men gäller inte för upphandlingar som påbörjats före lagens ikraftträdande. Sådana upphandlingar kan därför slutföras enligt äldre bestämmelser dvs. upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet. Bolag, stiftelser, föreningar m.fl. som tidigare inte var upphandlande enheter, får slutföra en påbörjad upphandling på samma sätt som tidigare. Som påbörjad upphandling skall normalt förstås upphandlingar där anbudsfrågan offentliggjorts genom annonser eller skrivelser. För bolag, stiftelser, föreningar m.m. gäller att den upphandlande enheten även på annat sätt kan visa att man begärt in anbud.

I samband med lagens ikraftträdande upphävdes bl.a. följande författningar:

- Upphandlingsförordningen (1986:366),
- KK (1950:18) angående upphandling och försäljning av kontorsinventarier för statsverkets räkning m.m.,
- KCirk (1973:667) till samtliga statsmyndigheter om upphandling av statliga byggnads- och anläggningsarbeten till fast pris, det s.k. fastpriscirkuläret.

## 1.2 Lagen och dess förarbeten

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling är ändrad och omtryckt i SFS 1993:1468. De ändringar som trädde i kraft den 1 juli 1994 återfinns i SFS 1994:614 och de som trädde i kraft 1 juli 1995 i SFS 1995:704.

Till grund för lagen finns två departementspromemorior i Ds-serien, en PM från finansdepartementet och fem propositioner:

- Offentlig upphandling och EES - ett lagförslag (Ds 1992:4),
- Offentlig upphandling och EES - del II (Ds 1992:62),
- PM 1993-09-02 från Finansdepartementet,
- Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling,
- Proposition 1992/93:209 om ändring i lagen om offentlig upphandling (avser formgivningstävlingar/arkitektävlingar),
- Proposition 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling (avser nytt 6 kap. upphandling under tröskelvärdena m.m.),
- Proposition 1993/94:227 om tjänster inom försörjningssektorn m.m.,
- Proposition 1994/95:153 om ändringar med anledning av EU-medlemskapet.

*Kommentar:* F.n. (febr. 1996) föreligger ett förslag till lagändring (PM 1996-02-05 från finansdepartementet) om "Ändringar i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling på grund av den nya världshandelsorganisationen (WTO) m.m."

### 1.3 Gäller direktiven eller lagen?

Upphandlande enheter i Sverige skall följa lagen och inte direktiven. Observera att tillåtna skillnader kan förekomma. Ansvar för att lagen är förenlig med direktiven ligger på svenska staten och inte på de upphandlande enheterna.

*Kommentar:* Uttalandet ovan skall endast ses som en upplysning om att det normalt inte är nödvändigt för upphandlande enheter att läsa upphandlingsdirektiven eftersom avsikten med LOU är att lagen skall ha samma innehåll som dessa direktiv. Följande bör dock observeras:

- o EG-domstolen har slagit fast principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell (svensk) rätt.
- o EG-rätten gäller i stor utsträckning i Sverige.
- o Det åligger medlemsstaterna att försäkra sig om att deras medborgare respekterar EG-rätten.

Genom målet 106/77 Simmenthal uttalade EG-domstolen att om en domstol i ett medlemsland skulle finna att en nationell bestämmelse strider mot en EG-bestämmelse som har direkt effekt (se nedan), skall domstolen inte tillämpa den nationella bestämmelsen i det aktuella målet.

I målet 103/88 Fratelli Constanzo utsträckte EG-domstolen denna skyldighet att ga rantera gemenskapsrättens företräde till samtliga organ inom de nationella förvaltningarna.

Upphandlande enheter - eventuellt med undantag för privata företag, som utför verksamhet med särskilt tillstånd enligt 4 kap. 1 § LOU - torde, i relation till LOU, anses som organ inom de nationella förvaltningarna.

I målen 157/86 Murphy och 14/83 von Colson och Kamann utvecklade EG-domstolen principen om att nationella bestämmelser skall tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Principen om fördragsenlig tolkning är inte begränsad till bestämmelser med direkt effekt.

Det finns inte några egentliga förarbeten till de direktiv som ligger bakom lagen. Detta medför att det beträffande en mängd frågor inte finns entydiga svar. Först när det finns domstolsavgöranden, främst från EG-domstolen, kan vi vara säkra på hur reglerna skall tolkas. Vidare för NOU diskussioner med "systemorganisationer" inom EES/EG-området samt med Kommissionen om tolkningar.

#### *Ny rättstillämpning*

I Sverige har vi varit vana att tolka författningar med hjälp av förarbeten (offentliga utredningar, departementspromemorior, propositioner m.m.). Inom EU är det domstolarna, främst EG - domstolen, som tolkar lagen. Det finns som regel inte några förarbeten att tillgå. Tolkningar som görs av Kommissionen är inofficiella. Eftersom lagen är ny kommer det att dröja ett tag innan det finns domstolsavgöranden till hjälp för bedömningen av många frågor. Lagen bygger visserligen till stora delar på EG-direktiv, men inte heller inom EU finns särskilt många avgöranden. Det medför naturligtvis att det inte alltid är möjligt att ge säkra svar på alla de frågor som kan komma upp.

#### *Direkt effekt av direktiven*

Upphandling över tröskelvärdena bygger i allt väsentligt på vissa EG-direktiv. I Romfördraget artikel 189 anges att "Ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilket det är riktat men överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt." Det är således överlämnat till varje stat att själv välja form och medel för att uppnå resultatet i det landet. För svensk del har vi valt att införliva upphandlingsdirektiven i LOU.

Om ett land underlåter att införliva ett direktiv i tid, inte införlivar direktivet i sin helhet eller införlivar det felaktigt, har EG-domstolen i ett antal domar fastställt att i den mån en regel i ett direktiv är klar och tydlig, kan denna regel ändå vara giltig om enskildas (t.ex. leverantörers) rätt mot staten, kommuner m.fl. upphandlande enheter är beroende därav (direkt effekt). Där-  
emot kan inte staten hänvisa till en regel i ett direktiv som inte har införlivats eftersom staten till sitt försvar inte kan åberopa sin egen försummelse. Vidare kan en enskild inte åberopa en icke införlivad regel mot en annan enskild.

#### *Tolkningsbesked av EG-domstolen*

Svenska domstolar kan, enligt Romfördraget artikel 177, på yrkande av part eller annars i ett överprövnings- eller skadeståndsmål, ställa frågor till EG-domstolen om hur EG-rätten skall tolkas. Slutinstanser i medlemsstaterna är alltid skyldiga att begära tolkningsbesked när det uppkommer en fråga om gemenskapsrättens tolkning. Endast när det finns ett tidigare avgörande från EG-domstolen med samma juridiska sakinhåll eller regeln bedöms som helt klar kan en slutinstans underlåta att begära tolkningsbesked.

#### *Konflikt mellan svenska regler och EG-regler*

EG-reglernas direkta tillämplighet och direkta effekt medför i många fall att det uppstår en konflikt mellan en nationell regel och en EG-rättslig regel. EG-domstolen har i dessa fall konsekvent hävdad EG-rättens företräde.

EG-rätten är en del av medlemsstaternas rättssystem och därmed bindande för både medlemsländerna och deras invånare. Detta medför att den nationelle domaren är skyldig att både tillämpa och, vid en kollision rättsordningarna emellan, ge företräde åt EG-rätten vare sig den nationella regeln tillkommit före eller efter den EG-rättsliga.

Exempelvis framgår det av försörjningsdirektivets 93/38/EEG artikel 33 (motsvarande regler finns även i de andra upphandlingsdirektiven) att grupper av leverantörer utan att ha antagit en bestämd juridisk form skall ha rätt att lämna anbud och eventuellt förhandla. Däremot kan den upphandlande enheten kräva en bestämd juridisk form innan avtal träffas. Den upphandlande enheten torde således enligt direktivet inte kunna avvisa ett anbud från en grupp av leverantörer bara på den grund att leverantörgruppen ännu inte antagit en egen juridisk person. Det är inte osannolikt att EG-domstolen skulle anse att artikeln är tillämplig trots att en motsvarande regel inte finns i LOU.

*Kommentar:* Genom en ändring i lagen 1 juli 1995 (SFS 1995:704) finns nu motsvarande regel i LOU, nämligen att *grupper av leverantörer* har rätt att lämna anbud och förhandla även om gruppen *ännu* inte antagit en bestämd juridisk form (1 kap. 23a §).

## 1.4 Aktuella EG - direktiv

De direktiv som listats nedan finns på samtliga EG-språk inklusive svenska. Observera dock att LOU bygger på den engelska översättningen. I den svenska finns en del mindre lyckade översättningar och några direkta felaktigheter. En viss försiktighet är därför tillräddig vid jämförelser direktiv - LOU. Direktiven kan beställas från Kommerskollegium på faxnummer 08 - 21 49 20 och från Bibliotekstjänst (BTJ) i Lund på faxnummer 046- 18 01 25 eller 30 79 47.

Ange direktivnummer och vilket språk som önskas.

<i>Public authorities -"Klassiska" sektorn</i>	Direktivnummer
Supplies ..... - Varor .....	93/36/EEG
Works ..... - Entreprenader.....	93/37/EEG
Services ..... - Tjänster .....	92/50/EEG
Remedies ..... - Rättsmedel .....	89/665/EEG
 <i>Utilities - Försörjningssektorerna</i>	
Supplies, works, services -	
Varor, entreprenader, tjänster .....	93/38/EEG
Remedies ..... - Rättsmedel .....	92/13/EEG

## 1.5 Grundprinciperna i LOU

Den grundläggande uppfattningen om hur offentlig upphandling skall ske enligt EG:s direktiv och lagen om offentlig upphandling (LOU) skiljer sig inte från vad som tidigare gällde i Sverige. Grundprinciperna är att upphandling skall göras affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande (objektivt) sätt.

## 2. Tillämpning av LOU

Vid statlig och kommunal upphandling tillämpades före 1 januari 1994 upphandlingsförordningen (UF) respektive det kommunala upphandlingsreglementet (UR). Dessa regler gällde inte för den bolagiserade delen av den offentliga verksamheten om det inte särskilt skrivits in i bolagsordningen att reglerna skulle tillämpas.

Inom EU och enligt LOU gäller reglerna för en utvidgad krets av s.k. upphandlande enheter. Statliga myndigheter, kommuner, landsting och kyrkliga kommuner är upphandlande enheter på det sätt som framgår av 1 kap. 2 § och 5 §. Vidare omfattas många statliga och kommunala bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser, som inrättats för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse och som inte har en industriell eller kommersiell karaktär.

*Kommentar:* Här bör observeras PM 1996-02-05, som innebär förslag till ändringar och förtydliganden av bl.a. begreppet upphandlande enhet. Bland annat kommer 1 kap. 5 § att kompletteras så att också sammanslutningar av myndigheter (statliga eller kommunala), bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter blir upphandlande enheter. Se även kommentar till 2.1.

Inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena (försörjningssektorerna) gäller lagen för företag över vilka stat, kommun eller landsting har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande och privata företag som bedriver verksamhet inom vissa uppräknade områden med särskilt tillstånd från en statlig eller kommunal myndighet.

Det är den upphandlande organisationen själv som skall avgöra om den är att anse som upphandlande enhet enligt LOU. Vid överprövning och skadeståndstalan blir det emellertid domstol som slutligen avgör om organisationen är en upphandlande enhet.

### 2.1 Begreppet upphandlande enhet

*Kommentar:* PM 1996-02-05 med ändringsförslag till LOU innebär sådana förändringar definitions- mässigt att NOU valt att delvis utelägna tidigare kommentarer under denna punkt.

*Flera offentliga ägare till bolag, stiftelser m.m.*

I 1 kap. 6 § LOU anges i vilka fall bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser kan vara upphandlande enheter. I samtliga fall där sådana bolag m fl har inrättats för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse och inte har en industriell eller kommersiell karaktär samt får sitt *huvudsakliga* kapital från staten och/eller från *en eller flera* kommuner, landsting eller kyrkliga kommuner, omfattas dessa av LOU. Med huvudsakligt kapital avses mer än hälften.

*Kommentar:* Enligt PM 1996-02-05 ändras 1 kap. 6 § LOU så att bolag, föreningar m.fl. som inrättats "i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär" anses som upphandlande enheter. Denna ändring syftar till bättre överensstämmelse med direktiven och kommer sannolikt att medföra att ytterligare ett mindre antal organisationer kommer att omfattas av LOU.

### 2.2 Upphandlande enhet inom försörjningssektorerna

I 4 kap. 1 § andra stycket LOU anges att med upphandlande enhet förstås alla företag över vilka det allmänna har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande. I propositionen 1992/93:88 sidan 87f sägs att "företag under visst offentligt inflytande räknas som upphand-

lande enhet". *Inom försörjningssektorerna görs således inget undantag om företaget är industriellt eller kommersiellt.*

Vidare skall andra företag som är beroende av ett tillstånd från en myndighet för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna anses som upphandlande enhet. Enligt direktivet (90/531/EEG) kvalificeras de tillstånd det kan vara fråga om, t.ex. genom att det med tillståndet finns förknippat en expropriationsrätt. Vad som också kan tas med vid bedömningen är om tillståndet innebär en ensamrätt (monopol) i Sverige eller inom ett visst geografisk område.

Enligt 4 kapitlet LOU är således *alla*

- myndigheter,
- bolag m fl över vilka staten, kommun, landsting eller kyrklig kommun direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande samt
- privata företag som arbetar med stöd av särskilt tillstånd från en myndighet

upphandlande enheter *om* de bedriver sådan verksamhet som beskrivs i 4 kap. 1 § första stycket LOU, oavsett om den verksamhet som bedrivs är industriell eller kommersiell.

#### *Blandad verksamhet*

Observera att upphandlande enheter inom försörjningssektorerna också kan ha verksamhet som faller utanför 4 kap. LOU. I sådana fall skall upphandling, som sker för annan verksamhet än vad som avses i 4 kap. ske enligt något av 2, 3, 5 eller 6 kap. Beträffande de privata företagen samt offentligägda kommersiella eller industriella bolag, faller upphandling för annan verksamhet än vad som anges i 4 kap. utanför lagen.

Då en upphandling avser verksamhet enligt både 4 kap. och andra kapitel i LOU skall rimligen hela den aktuella upphandlingen ske enligt det kapitel där mer än 50% av värdet av upphandlingen hamnar.

#### *Begreppet självständig enhet*

För det praktiska upphandlingsarbetet kan det vara av betydelse att Kommissionen uttalat möjligheter för en *självständig del av en organisation att räkna tröskelvärden*.

En självständig del av en upphandlande enhet *inom försörjningssektorerna* kan få räkna tröskelvärden vid upphandling om man har en egen inköpsorganisation. Vidare får inte den självständiga delen inbegripas i den övriga enhetens upphandling annat än för ett gemensamt ramavtal eller om man gör en särskild överenskommelse om att samarbeta i en viss upphandling (i likhet med vad som görs vid inköpsamordning med andra upphandlande enheter).

Avgörande är alltså hur självständig enheten är, inte huruvida den rent faktiskt har, eller före lagens ikraftträdande haft, något upphandlingsansvar. En decentralisering får inte ske i syfte att kringgå LOU.

Hos en upphandlande enhet kan i praktiken upphandling ske på flera ställen utan att det för den skull är tal ens om självständiga enheter enligt ovannämnda definition. Vid tröskelvärdeberäkning enligt 4 kap. 9 § andra stycket LOU skall likväl upphandlingar under ett år räknas samman för varor inom samma varugrupp och för tjänster inom samma tjänstekategori. Det förefaller rimligt att även tröskelvärdeberäkning för förhandsannonsering enligt 4 kap. 14 § LOU bör kunna ske till nivån självständig enhet. Om sådana inte finns gäller givetvis nivån upphandlande enhet. (Härvid bör dock noteras att man i Storbritannien synes räkna samman alla upphandlingar på nivån upphandlande enhet, när det är fråga om förhandsannonsering).

Upphandlande respektive självständiga enheter med spridd upphandling måste därför, för tröskelvärdesberäkning enligt ovan, samla in uppgifter från olika avdelningar där upphandlingen rent faktiskt sker.

*Kommentar:* Kommissionen har påpekat att begreppet självständig enhet endast kan tillämpas inom försörjningssektorerna.

## 2.3 Köp mellan bolag och myndigheter m fl.

Köp mellan följande organisationer skall följa LOU och upphandlas med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns:

- mellan kommuner (inklusive kommunalförbund),
- mellan kommun och kommunalt bolag, stiftelse m.m.,
- mellan kommun och statlig myndighet eller statligt bolag, stiftelse m.m.,
- mellan statlig myndighet och statligt bolag, stiftelse m.m.,
- mellan kommunala bolag, stiftelser m.m.,<sup>\*)</sup>
- mellan statliga bolag, stiftelser m.m.<sup>\*)</sup>

<sup>\*)</sup> utom i vissa fall mellan s.k. anknutna företag (4 kap. 4a § LOU).

Det är således normalt inte tillåtet att vid annan upphandling än direktupphandling vända sig direkt till en annan juridisk person. Upphandling måste ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. I vissa fall vid förhandlad upphandling kan det dock vara tillåtet att vända sig direkt till en leverantör, t.ex. på grund av att denne har en ensamrätt. Vid upphandling enligt 6 kap. kan enheten undantagsvis vända sig till endast en leverantör t.ex. när denne besitter en unik sakkunskap. En icke tillfrågad leverantör har dock alltid rätt att delta i upphandlingen enligt 6 kap. 6 §. Inom försörjningssektorerna kan i vissa fall köp av tjänster mellan s.k. anknutna företag ske utan att LOU behöver tillämpas (4 kap. 4a § LOU). Se även avsnitt 12.1.

### *Avknoppning*

Resonemanget gäller också när organisationen gör en s.k. avknoppning.

Bildar exempelvis en kommun ett bolag i syfte att bolaget skall tillhandahålla kommunen en vara eller tjänst, kan kommunen likväl inte upphandla direkt av detta bolag. Upphandlingen måste ske i konkurrens. Således kan exempelvis tidigare anställda, t.ex. i form av ett personalkooperativ, med nuvarande tolkning, inte tilldelas ett kontrakt utan att andra leverantörer ges tillfälle att lämna anbud. I och med att Posten bolagiserats och inte längre är ett statligt verk skall även statliga myndigheters upphandling från Posten och dess bolag (t.ex. PIC) följa LOU. Inom försörjningssektorerna finns undantag för köp av tjänster från s.k. anknutna företag.

Köp mellan statliga myndigheter avseende produktion inom endera myndigheternas normala verksamhetsområde faller utanför LOU:s tillämpningsområde, under förutsättning att den upphandlande enheten i fråga inte väljer att göra en upphandling i LOU:s mening.

### *Upphandling inom en koncern*

I LOU finns, utanför försörjningssektorerna, inget "koncernbegrepp" - olika juridiska personer inom en koncern är alltid olika upphandlande enheter. De är därmed var och en skyldiga att



upphandla enligt LOU även sinsemellan. Sannolikt kan inte heller en kommun tillsammans med sina bolag och stiftelser ingå i något "kommunalt koncernbegrepp".

## 2.4 Delegering av/hjälp med upphandling

Det är inte möjligt att kringgå regelsystemet genom att delegera upphandlingsverksamhet till en annan juridisk person. Däremot kan man naturligtvis ta hjälp av annan organisation under vissa förutsättningar.

Den som genomför upphandling på upphandlande enhets uppdrag har motsvarande skyldighet att följa LOU. Detta innebär exempelvis att en upphandlande enhet inte kan utnyttja avtal som annan juridisk person tecknat, om inte avtalet ingåtts efter upphandling enligt LOU *och den upphandlande enheten själv är avtalspart*.

För myndigheter gäller att konsult hjälp från annan juridisk person som inte har skyldighet att följa LOU på samma sätt som uppdragsgivaren, aldrig får innebära att besluten fattas av annan än den upphandlande enheten själv. En konsult kan hjälpa till med att utarbeta kravspecifikationer, utvärdera anbud osv, men valet av leverantör måste tas av den upphandlande enheten. Likaledes skall anbudsöppning ske enligt LOU:s formkrav.

Uppdrag som läggs på annan juridisk person om att genomföra upphandling kan dessutom behöva föregås av anbuds förfarande beroende på omfattningen av och ersättningen för uppdraget. Uppdraget är att betrakta som en tjänsteupphandling. Se även avsnitten 5.7 och 22.

## 2.5 Tredjemansupphandling

NOU har (våren 1995) begärt ett yttrande från Kommissionen i frågan om *tredjemansupphandlingar*. NOU har ännu (februari 1996) inte fått något svar.

Med tredjemansupphandlingar menar NOU att den upphandlande enheten inte själv skall vare sig betala för eller använda det som upphandlas, men att det i myndighetens uppgift ingår att anskaffa varan eller tjänsten. Någon annan än den upphandlande enheten kan utnyttja varan eller tjänsten och skall normalt slutligen betala.

Kammarrätten i Stockholm har i mål 12192-1994 anfört följande "Eftersom Rikspolisstyrelsen genom den nu aktuella upphandlingen inte avser att för egen del köpa bärgningstjänster är upphandlingen inte att hänföra till sådan upphandling som avses i LOU. Härav följer att LOU inte är tillämplig på Rikspolisstyrelsens upphandling. Länsrätten borde därför ha avvisat JB Bilbärgning AB:s ansökan om överprövning." Domen överklagades till Regeringsrätten (se sid. 78).

Det kan i sammanhanget påpekas att när en upphandlande enhet köper en *byggentreprenad* skall denna enligt entreprenaddirektivet anses som ett "offentligt upphandlingskontrakt" och upphandlas enligt LOU oavsett hur finansieringen görs. Finansieringen kan göras av enhetens egna resurser, genom lånat kapital eller finansieras av leverantören.

## 2.6 Egenregiverksamhet m.m.

Många upphandlande enheter bedriver verksamhet i egen regi utan att leverantörer på den öppna marknaden ges tillfälle att konkurrera. Sådana leveranser av varor och tjänster *inom en och samma juridiska person* anses inte som en upphandling och regleras därför inte av LOU. Det tillhör heller inte NOU:s uppgifter att ha synpunkter på huruvida egenregiverksamhet konkurrensutsätts eller inte.

Om däremot anbud tas in från egenregiverksamheten i konkurrens med utomstående leverantörer har man påbörjat ett förfarande enligt LOU. Det är självklart att alla leverantörer som inbjuds att lämna anbud skall få delta på samma villkor och behandlas objektivt. Det är förenat med stora kostnader att lämna anbud. Skall anbuden bli seriösa är det viktigt att leverantörerna har förtroende för den upphandlande enhetens sätt att agera. Frågan om jäv kan bli svårbedömd vid anbudsutvärderingen, när egenregiverksamheten deltar i konkurrensen (Jämför vad som skrevs om detta i 9 § UF och 19 § UR).

## 2.7 Egenregideltagande i konkurrens

När egenregi deltar som anbudsgivare i en upphandling tillsammans med utomstående anbudsgivare är LOU tillämplig. För att egenregiverksamhet skall kunna delta i en konkurrensutsatt upphandling krävs, enligt NOU:s uppfattning, att det skett en faktisk uppdelning mellan en beställarfunktion och en utförarfunktion. Egenregiverksamheten får således inte på något sätt delta i förberedelserna eller utvärderingen av upphandlingen. Det kan här istället bli nödvändigt med extern konsulthjälp. Följande villkor bör ställas när egenregiverksamheten deltar i en upphandling:

- inget inflytande på utformningen av förfrågningsunderlaget,
- samma förfrågningsunderlag som andra anbudsgivare,
- förfrågningsunderlag skall lämnas ut vid samma tidpunkt som till övriga anbudsgivare,
- samma anbudstid som övriga anbudsgivare,
- inget deltagande vid eller inflytande på anbudsutvärderingen och val av leverantör,
- anbudsöppning allteftersom är inte möjlig.

### 3. Tröskelvärden

LOU gäller för såväl stora som små upphandlingar. Beträffande upphandlingar under de s.k. tröskelvärdena gäller lagens sjätte kapitel, som också är tillämpligt vid upphandling av bland annat s.k. B-tjänster även över tröskelvärdena (se bilaga).

Krav beträffande annonsering, tidsfrister, europeiska standarder<sup>\*)</sup> m.m. gäller för upphandlingar över dessa tröskelvärden.

Tröskelvärdena beräknas av Kommissionen och publiceras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Omräkningen sker normalt vartannat år och grundar sig på den genomsnittliga dagskursen för den nationella valutan uttryckt i ecu under föregående tvåårsperiod.

#### 3.1 Ändrade tröskelvärden

Med anledning av det nya upphandlingsavtalet, GPA (se avsnitt 20), och ny omräkning av ecuvärdet till nationella valutor ha Kommissionen fastställt nya tröskelvärden. Enligt en kommande förordning (våren 1996) skall nedanstående belopp tillämpas från den dag förordningen träder i kraft (här exakta siffror, som sannolikt kommer att avrundas). Innan den nya förordningen utfärdats skall respektive upphandlande enhet tillämpa det lägsta av nedanstående värden.

	<i>Tröskelvärden i kronor</i>	
	<i>Nuvarande (från nov. 1994)</i>	<i>Kommande (oavrundade)</i>
<i>Byggentreprenader</i>	40 000 000	46 628 913
<i>Varor och tjänster</i>		
○ Försörjningssektorerna (utom tele-) - telesektorn	3 200 000 4 800 000	3 730 313 5 595 470
○ Statliga myndigheter som omfattas av GPA	1 030 000	1 282 640
○ Övriga upphandlande enheter	1 600 000	1 865 157
<i>Förhandsannonsering</i>	6 000 000	6 994 337

<sup>\*)</sup> Vid upphandling av IT gäller ett lägre tröskelvärde (100 000 ecu) beträffande kravet på användande av europeiska standarder.

## 3.2 Otillåten uppdelning

En upphandling får inte delas upp i syfte att tröskelvärdena skall underskridas. Flera samtidiga upphandlingar av varor av samma typ/varugrupp, tjänster av samma kategori (enligt bilaga till LOU) respektive entreprenader i ett byggprojekt skall sålunda betraktas som *en* upphandling vid beräkning av tröskelvärdena. Överskrids dessa skall upphandlingarna annonseras i EGT och bestämmelserna i övrigt för upphandling över tröskelvärdena tillämpas. Upphandlingarna kan däremot resultera i ett eller flera kontrakt enligt vad som angivits i annons och förfrågningsunderlag.

Vid entreprenadupphandling är detta i allmänhet en självklarhet vilket oftast gäller även vid upphandling av varor. Beträffande tjänsteupphandling kan ett förtydligande kanske behövas. En hänvisning till direktivtexten får belysa att samma sak gäller där:

I EG-direktivet för tjänsteupphandling (92/50 Art. 7.4) uttrycks : "... Om tjänsterna delas in i flera deltjänster, som var och en omfattas av kontrakt, skall värdet av varje deltjänst beaktas vid beräkningen av det belopp som avses ovan (= Art. 7.1, tröskelvärdet uttryckt i ecu. NOU:s anm.). Om värdet av deltjänsterna inte understiger detta belopp skall bestämmelserna i detta direktiv tillämpas på samtliga deltjänster....".

Vid upphandling av exempelvis en projektering skall de beräknade värdena för konsulttjänster av olika fack alltså räknas samman för tröskelvärdesberäkningen och projektet annonseras i EGT om tröskelvärdet överskrids. Den upphandlande enheten kan i annonsen ange om anbud får lämnas på delar av eller enbart på hela projektet. I entreprenadtermer kan detta betecknas som delad projektering alternativt totalprojektering.

*Kommentar:* Se förtydligande i PM 1996-02-05 om att valet av beräkningsmetod för tröskelvärdesberäkning inte får göras i syfte att underskrida tröskelvärdet.

## 4. Ekonomiska och tekniska krav på leverantör

### 4.1 Över tröskelvärdena

I annonsförlagorna/blanketterna för upphandling över tröskelvärdena finns ett antal ekonomiska och tekniska krav, som kan ställas på leverantörer. De krav man ställer *måste ha ett naturligt samband med den upphandling som görs (proportionalitetsprincipen)*. Ett slentrianmässigt ikryssande av många av de angivna möjligheterna kan skapa onödig irritation och innebära att enheterna får en ohanterlig mängd intyg och certifikat som alla måste gås igenom och värderas. Det är den upphandlande enhetens skyldighet att klart ange hur en leverantör kan styrka att han uppfyller ställda krav.

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

I 1 kap. 17 § LOU anges vilka krav som får ställas på en leverantör. I första stycket anges i fem punkter sådana förhållanden som ger en upphandlande enhet *rätt* att utesluta en leverantör från deltagande i upphandling. Observera att det handlar om *en rättighet - inte om en skyldighet*. Det är viktigt att tänka igenom om och när det finns behov av att begära in en eller flera av uppgifterna och hur man avser att använda dem.

I andra stycket samma paragraf anges också att "en upphandlande enhet får begära upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella ställning" och i tredje stycket att enheten i annons *eller* inbjudan skall ange vilka upplysningar man vill ha och hur dessa skall lämnas. De upplysningar man begär måste vara *relevanta för det aktuella kontraktet* och den upphandlande enheten måste enligt direktiven ta hänsyn till en leverantörs legitima intresse av att skydda sina tekniska hemligheter eller affärshemligheter.

Om en leverantör har godtagbara skäl att inte visa de referenser beträffande ekonomisk och finansiell ställning som begärts, anger direktiven att han får dokumentera sin ställning på sätt som den upphandlande enheten finner lämpligt.

På blanketterna för entreprenadupphandling finns två avdelningar under rubriken *Minimum economic and technical standards required of the contractor*. Den övre avdelningen gäller entreprenörer som finns på någon "officiell lista" (finns i vissa länder) över godkända entreprenörer. Den nedre avdelningen gäller övriga entreprenörer. Båda avdelningarna måste kryssas i så att motsvarande uppgifter begärs av båda kategorierna.

#### *Kvalifikationskrav*

Ett antal leverantörer har påtalat att många upphandlande enheter begär intyg som är svåra/omöjliga att få ta tag på och dessutom ställer, i förhållande till det som skall upphandlas, mycket långtgående krav på dokument som skall visa leverantörens ekonomiska och tekniska förmåga. NOU vill därför påpeka följande:

- ställ enbart krav på intyg/motsvarande som du anser helt nödvändiga och vet hur du skall bedöma,
- du skall kunna tala om för potentiella leverantörer *hur* de skall visa att de uppfyller ställda krav,

- o beträffande kravet på bankintyg gäller olika regler i olika länder. I Sverige kan den typ av intyg som avses utfärdas av affärs- och kreditupplysningsföretag. Det kan därför vara lämpligt att under punkt 99 på blanketten göra tillägget: "Intyg från affärs- och kreditupplysningsföretag" och/eller direkt efter "Appropriate statements from bankers" lägga till "or equal".

Tänk efter vad som är nödvändigt i *annonsen* och vad som kan begäras i *inbjudan* till anbudslämnande (vid selektiv och förhandlad upphandling).  
 Krav som ställts i annonsen kan inte tas bort senare.  
 Tala om *hur* begärda uppgifter skall lämnas.

## 4.2 Krav som får ställas på leverantör under tröskelvärdena

I 6 kap. 9 § LOU anges vilka krav som får ställas på en leverantör. I fem punkter anges sådana förhållanden som ger en upphandlande enhet *rätt* att utesluta en leverantör från deltagande i upphandling (konkurser, brott avseende yrkesutövning och liknande). Observera att det alltså handlar om *en rättighet - inte om en skyldighet*. Det är viktigt att tänka igenom om och när det finns behov av att begära in en eller flera av uppgifterna och hur man avser att använda dem. Att slentrianmässigt begära in alla uppgifter kan skapa onödiga problem för såväl leverantör som upphandlande enhet.

En upphandlande enhet *får inte*, enligt 6 kap. 10 §, anta ett anbud om leverantören inte är registrerad

- i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren,
- för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter,

under förutsättning att sådana registreringsskyldigheter föreligger.

Den upphandlande enheten är skyldig att tala om på vilket sätt en leverantör skall lämna begärda upplysningar alternativt inhämtar enheten själv upplysningarna.

*"Om det inte är onödigt"*

Uttrycket "om det inte är onödigt" ger en viss flexibilitet - om man nyligen har kontrollerat en leverantör eller på annat sätt vet att han uppfyllt sina skyldigheter i detta avseende bör man kunna avstå från kontrollen - dock inte av bekvämlighetsskäl eller på grund av brådska. Anbudsgivare som myndigheten har välgrundade skäl att bedöma som skötsam behöver inte kontrolleras i fråga om skatte- och avgiftsskulder.

Observera dock att en enhet inte får anta anbud från en leverantör som inte fullgjort sina registreringsskyldigheter.

*Fri från skatteskulder*

I de fall en leverantör har en skatteskuld får den upphandlande enheten själv göra en affärs-  
mässig bedömning av hur denna skuld påverkar tilltron till leverantören och till dennes möj-  
lighet att fullfölja ett kontrakt. Ett anbud från en leverantör som har en rimlig skatteskuld och  
kanske dessutom en uppgörelse med kronofogden hur skulden skall regleras måste alltså inte  
förkastas.

#### *Upplysningar om leverantör*

Upplysningar från aktiebolags-, handels- och föreningsregistren lämnas av Patent-  
och registreringsverkets (PRV) bolagsavdelning. Se sid. 29.

För begäran om upplysningar beträffande momsregistrering och inbetalning av skatter och  
avgifter finns en särskild blankett: *Begäran om upplysningar Offentlig upphandling* (RSV  
4820 utgåva 7) som kan rekvireras från det lokala skattekontoret. Den övre delen av blanket-  
ten plus adress dit svaret skall skickas fylls i av leverantören *eller* den upphandlande enheten  
och blanketten skickas sedan till det lokala skattekontoret. Blanketten finns som bilaga i denna  
sammanställning.

## 5. Förfrågningsunderlaget

Samtliga krav som ställs på det som skall upphandlas skall finnas med i förfrågningsunderlaget. Det är inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra nya krav. Kvalitet, prestanda m.m. som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte värderas vid prövningen och kan inte heller väga upp en brist i anbudet. Om enheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vid handen att nya krav bör ställas måste enheten avbryta upphandlingen och göra om den. Vid annan upphandling än enligt 6 kap. LOU måste således annonsering ske på nytt.

### *Utvärderingskriterier*

NOU vill betona vikten av att tydliga och så långt möjligt mätbara utvärderingskriterier anges i annons och/eller förfrågningsunderlag. Dessa skall om möjligt rangordnas (enligt 1 kap. 22 §) och gärna viktas eftersom det minskar risken för subjektiv bedömning.

I annonsförlagorna/blanketterna för upphandling över tröskelvärdena finns uppräknat ett antal av de mest förekommande utvärderingskriterierna. Listan är inte uttömmande - en upphandlande enhet kan lägga till ytterligare kriterier. Det är emellertid viktigt att inte slentrianmässigt kryssa rutorna utan att först ha gjort klart för sig vilka behov som finns, inte minst med hänsyn till den bundenhet som uppstår till angivna kriterier. Alla utvärderingskriterier skall vara klart definierade och de ikryssade kriterierna måste därför oftast kompletteras med förtydligande av vilka krav enheten ställer så att en rättvisande och objektiv utvärdering kan göras.

En förutsättning för att ange ett visst kriterium är att man gjort klart för sig hur bedömningen ska ske vid anbudsprövningen. Man skall kunna visa att bedömningen skett på objektiva grunder. Jämför länsrättsdom på sid. 82.

### *Krav på kostnadsredovisning*

Det förekommer att upphandlande enheter ställer krav på att anbudslämnare skall specificera sina kostnader och därmed visa såväl sina pålägg som sin vinstmarginal. Att detta normalt inte är förenligt med LOU har fastställts genom två kammarrättsdomar som redovisas på sid. 80 och 82. *En av dessa har dock överklagats till Regeringsrätten.*

## 5.1 Förfrågningsunderlag över tröskelvärdena

### *Språk*

Förfrågningsunderlaget får vara skrivet på svenska. I förfrågningsunderlaget får man också ange att anbudet skall vara skrivna på svenska. Om ingenting sägs om språk står det anbudsgivaren fritt att använda sitt eget språk i anbudet. (Se vidare om språk i annonser m.m. i avsnitt 7.)



### Detaljerat underlag

Förhandlingar är, utom vid upphandling avseende försörjningssektorerna, endast i undantagsfall möjliga vid upphandlingar över tröskelvärdena. Därför måste förfrågningsunderlaget vara mycket mer genomarbetat och detaljerat än vad som ofta var brukligt före LOU.

Samtliga tekniska krav, administrativa föreskrifter, kommersiella villkor samt, beträffande öppen upphandling, krav på leverantörerna m.m. måste ingå i förfrågningsunderlaget.

### Avvikelser - alternativa anbud

Anbud som avviker från kravspecifikationen får inte tas med i anbudsutvärderingen om det inte uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget att alternativa anbud kan tillåtas.

*Kommentar:* Enligt direktiven för upphandling av varor och tjänster samt inom försörjningssektorerna skall det omvänt anges i annonsen om upphandlingen (i kontraktshandlingarna inom försörjningssektorerna) om alternativa anbud/utföranden *inte* tillåts. Enligt entreprenaddirektivet skall det anges *hurvida* alternativa utföranden är tillåtna.

I praktiken har detta inte någon betydelse för de upphandlande enheter som använder de nu gällande blanketterna (nov. 1994) för annonsering och där kryssar i om alternativa anbud är tillåtna eller ej.

## 5.2 Förfrågningsunderlag under tröskelvärdena

Vid förenklad upphandling skall förfrågningsunderlaget innehålla följande

- teknisk kravspecifikation eller en beskrivning av det som skall upphandlas,
- om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling,
- att anbud skall lämnas skriftligt och att ett anbud som lämnas genom telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling,
- den dag då anbud skall ha kommit in,
- den dag till och med vilken anbud skall vara bindande (kan också anges i annons),
- om enheten vid anbudsprövning skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och i så fall vilka omständigheter (kriterier), som kommer att vara av betydelse vid prövning av anbudet (kan också anges i annons),
- på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar som enheten begär enligt 6 kap. 9 § LOU första och andra styckena (kan också anges i annons),
- övriga kommersiella villkor och administrativa krav vid upphandlingen.

## 5.3 Tekniska standarder över tröskelvärdena

Tekniska beskrivningar skall hänvisa till europeiska tekniska specifikationer när sådana finns. Detta är ytterligare ett sätt att underlätta för leverantörer i andra länder att delta i anbudsgivningen.

Om inte europeiska specifikationer finns får den tekniska beskrivningen göras med tillämpning av följande, i nämnd ordning:

- svensk standard som överensstämmer med godtagen internationell standard,
- annan svensk standard eller
- annan standard.

De upphandlande enheterna måste känna till vilka europeiska standarder som kan vara aktuella vid en viss upphandling.

### ***Hänvisning till standarder/specifikationer.***

För detta avsnitt ansvarar: SIS (Standardiseringen i Sverige).

Ytterligare upplysningar lämnas av Sigbritt Larsson. Telefon: 08-613 52 00. Telefax: 08-613 53 21.

Vid offentlig upphandling där förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning är tillämpning av standard obligatorisk med undantag av de tillfällen som anges i 1 kap. 13 § i LOU.

#### *Hänvisning*

När det finns officiella standarder/specifikationer som kan tillämpas vid offentlig upphandling skall de användas. Tillämpningen börjar i förfrågningsunderlaget med en hänvisning till aktuella standarddokument.

#### *Standarder/specifikationer*

Ofta används termen ”standard” som ett samlingsbegrepp för standarder och specifikationer.

Lite förenklat kan skillnaden sägas vara:

- Specifikationen - innehåller tekniska krav.
- Standarden - innehåller lösningar till tekniska krav, t.ex. provningsmetoder. Standard kan också vara av övergripande natur, t.ex. måttamordning, förpackningar m.m.

En ”standard” kan således innehålla både krav och lösningar!

#### *Standardiseringsorgan*

Den standard/specifikation som avses i LOU är i huvudsak fastställd av ett erkänt, dvs. neutralt, standardiseringsorgan. Det kan vara:

- ISO/IEC för internationell standard,
- CEN/CENELEC/ETSI för europeisk standard eller
- SIS för svensk standard.

#### *Information*

SIS, Standardiseringen i Sverige, fastställer svensk standard,

SIS Förlag tillhandahåller svensk och annan officiell standard,

SIS SERVICE AB genomför uppdrag på beställning av svenska och utländska intressenter bl.a. för tillämpning av standard i samband med offentlig upphandling.

#### *Hjälp till självhjälp*

SIS SERVICE AB har tagit fram ett program för en stegvis utbildning av berörda tjänstemän vid upphandlande enheter. Utbildningen ger bl.a. förklaring till de nya kraven i LOU men också möjlighet till konkret rådgivning.

## **5.4 Kvalitetskrav vid upphandling**

För detta avsnitt ansvarar: SWEDAC (Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll).

Ytterligare upplysningar lämnas av Christer Björk, telefon 033-17 77 50.

Slutprodukter av en upphandling är mottagandet av de varor eller tjänster som upphandlats. Först när man kan konstatera att dessa har den kvalitet som man förväntat sig kan man vara säker på att upphandlingen genomförts på ett acceptabelt sätt. Begreppet kvalitet betyder därför i detta sammanhang att leverantören verkligen har identifierat kundens krav och genom en effektiv styrning av sin verksamhet kan leverera den produkt eller tjänst som kunden vill ha.

Ett allmänt accepterande och effektivt sätt att nå detta mål är för leverantören att införa och tillämpa ett kvalitetsstyrningssystem. För detta ändamål finns idag etablerade hjälpmedel, de standarder som ingår i ISO 9000-serien. Standarderna SS-EN ISO 9001, 9002 och 9003 (senaste utgåva 1994-07-29) är alla en form av checklistor avsedda som hjälp för leverantören

när han skall etablera ett kvalitetsstyrningssystem så att viktiga funktioner inom hans organisation inte faller mellan stolarna och därmed negativt påverkar hans förmåga att leverera till rätt kvalitet. Beroende på vilka produkter/tjänster som produceras och de produktionsprocesser som används varierar de olika företagens behov av rutiner och procedurer som skall ingå i kvalitetsstyrningssystemet. Gemensamt är dock att resultatet av produktionen skall accepteras av kunden. I var och en av standarderna SS-EN ISO 9001-3 ingår att leverantören skall ha rutiner som säkerställer att kundens krav identifieras, att kund och leverantör är eniga om dessa och att det genom en kontraktsgenomgång konstateras att leverantören har förmåga att uppfylla kraven.

I ISO 9001-3 ingår också att leverantören skall ha rutiner för kontroll och provning för att verifiera att produkten/tjänsten uppfyller de krav som ställs.

De olika standarderna SS-EN ISO 9001-3 är av olika omfattning, där standarden 9001 är den mest omfattande, medan 9002 och 9003 exkluderar vissa delar av dessa. Det är för upphandlaren viktigt att avgöra vilken av dessa standarder som skall användas när krav ställs på kvalitetssystemet. För att inte påtvinga sina leverantörer rutiner och procedurer som inte är nödvändiga för att uppfylla en produkts kvalitetskrav och därmed fördyra produktens framställning, är det nödvändigt att upphandlaren gör klart för sig vilken standard som är tillräcklig för att säkerställa de krav han ställer på den produkt som är föremål för upphandling. Allt för långtgående krav kan också vara konkurrensnedvridande.

I den mån uppfyllelsen av kundens krav kan verifieras genom kontroll eller provning av den färdiga produkten är det fullt tillräckligt, ur kundens synvinkel, att leverantören har ett kvalitetssystem som uppfyller kraven i ISO 9003.

Vissa produktkrav kan inte verifieras enbart genom slutkontroll och för dessa måste ett mer omfattande kvalitetssystem byggas upp av leverantören. ISO 9002 ställer krav på leverantören att han styr produktionen på ett sådant sätt att fel undviks och, om sådana ändå uppstår, att felaktiga produkter rättas till eller sorteras ut så fort felet upptäcks. Särskilt viktigt är detta för kvalitetskrav som inte kan upptäckas utan s.k. förstörande provning. Upphandlaren bör i sådana fall ställa krav på att leverantören har ett kvalitetssystem som uppfyller ISO 9002.

ISO 9001 innehåller utöver kraven i ISO 9002-3 krav på leverantören att ha rutiner för att styra och verifiera en produkts konstruktion i syfte att säkerställa att kundens krav uppfylls. Endast i den mån kunden önskar att leverantören skall utföra konstruktion av den produkt som upphandlas, bör upphandlaren ställa krav på ISO 9001.

Ur leverantörens synvinkel kan det finnas ekonomiska och effektivitetsskäl som gör att han väljer ISO 9001 även om hans kunder kräver ISO 9003 av honom. ISO 9001 täcker ju kraven i ISO 9002 liksom ISO 9002 täcker kraven i ISO 9003.

Vilken modell (standard) som skall väljas i en specifik kontraktsituation är beroende av ett flertal faktorer.

- Komplexiteten i konstruktionen
- Mogenhetsgrad hos konstruktioner
- Komplexiteten i produktionsprocessen
- Produktens egenskaper
- Produktens säkerhet
- Ekonomi

Upphandlaren bör också säkerställa att det kvalitetssystem som krävs av leverantören motsvarar kraven i standarden och tillämpas på ett effektivt sätt.

Tidigare har detta ofta skett genom att upphandlaren själv kontrollerar detta hos leverantören (andrapartsrevision). Detta förfaringssätt har dock krävt stora insatser personellt hos både leverantör och hans kund. Numera blir det allt vanligare att man kräver att leverantören skall visa att hans system har certifierats av en oberoende tredjepartsorganisation (tredjepartsrevision).

De certifieringsorgan som utför dessa tredjepartsrevisioner kan i sin tur kompetensgranskas av ett ackrediteringsorgan och är då ackrediterade certifieringsorgan. En kund som anlitar en leverantör med ett kvalitetssystem certifierat av ett ackrediterat certifieringsorgan behöver därför inte utföra egen kontroll av leverantören. De certifikat som utfärdats av ackrediterade certifieringsorgan åtnjuter stort förtroende både i Sverige och utomlands.

I Sverige är det SWEDAC (Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll) som har regeringens uppdrag att ackreditera certifieringsorgan. Genom ett multilateralt avtal mellan ackrediteringsorgan i ett flertal västeuropeiska länder kan samma tilltro sättas till certifieringar utförda av organ vilka ackrediterats av andra ackrediteringsorgan ingående i det multilaterala avtalet. Ackrediteringssystemet omfattar f.n. även ackreditering av laboratorier och besiktning- och kontrollorgan.

*NOU:s kommentar:* ISO 9001-3 och EN 29001-3 är standarder som reglerar kraven på ett kvalitetssystem. Skillnaden mellan dem är att ISO är en internationell standard medan EN är en europeisk standard. EN 45000 är en standardserie som reglerar kraven på organisationer som sysslar med ackreditering, certifiering och provning.

NOU:s bedömning är att ett eventuellt krav på kvalitetssäkring enligt ISO 9000-serien bör följas av "eller likvärdigt kvalitetssäkringssystem".

## 5.5 Avtalet (kommersiella villkor) - del av förfrågningsunderlaget

Vid öppen och selektiv upphandling skall förfrågningsunderlaget innehålla de avtalsvillkor enligt vilka enheten önskar upphandla. Skälet för detta är att det inte finns lagliga möjligheter att föra förhandlingar i öppen och selektiv upphandling. Även vid förhandlad och förenklad upphandling kan det vara lämpligt att förfrågningsunderlaget innehåller ett avtalsförslag så att grunden för förhandlingar blir enhetlig.

Eftersom varje paragraf i ett avtal har ett pris är det nödvändigt att enheten skriver avtalet med omdöme. Ett alltför omfattande avtal med stora, och kanske inte alltid nödvändiga, krav innebär onödiga kostnader. Exempel på detta kan vara alltför långa garantitider, serviceavtal med korta inställelsetider dygnet runt eller att överföra alla risker i osäkra situationer på leverantören. Enheten bör bedöma ett visst villkor mot enhetens behov och mot beräknade kostnader från fall till fall. Det är viktigt att avtalet innehåller alla villkor för leveransen både vad avser säkerhet för att leveransen blir genomförd i rätt tid, på rätt plats, med rätt kvalitet, till rätt pris m.m. och generella regler för förhållandet mellan köpare och säljare såväl fram till och med leveranstillfället som efter leverans.

## 5.6 Krav på övertagande av utrustning och lokaler?

En upphandlande enhet får i en upphandling inte som villkor kräva att leverantören övertar befintlig utrustning eller befintliga lokaler *om detta kan betraktas som diskriminering av inhemska eller utländska leverantörer*. Däremot kan enheten naturligtvis erbjuda anbudsgivarna att de frivilligt, mot särskild betalning, kan få överta utrustning och lokaler. En upphandlande enhet får således inte spekulera i att få produktionen utförd på orten. Leverantörerna skall ha möjlighet att konkurrera på lika villkor. Det är viktigt att inte gynna eller missgynna leverantörer på ett konkurrensnedvridande sätt.

## 5.7 Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare?

En konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete bör inte delta i därpå följande anbudsgivning, om det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att den på ett eller annat sätt anpassas till konsultens produktion av varor eller tjänster. Konsultmedverkan får inte leda till att konsulten ges *otillbörliga* konkurrensfördelar genom information som andra anbudsgivare inte får.

*Kommentar:* Omvänt är det således möjligt att använda en konsult i upphandlingen om det kan anses att konsulten inte fått en otillbörlig konkurrensfördel i tidigare led.

I de fall den upphandlande enheten bedömer att en konsult inte kan få delta i upphandling av slutprodukten eller tjänsten, bör detta klargöras redan inför den inledande upphandlingen. Se också avsnitt 2.4.

## 5.8 Betalt för förfrågningsunderlaget?

Vid öppen och förenklad upphandling förekommer det att upphandlande enheter tar betalt för förfrågningsunderlaget. Det vanligaste, både i Sverige och andra länder, är dock att de upphandlande enheterna lämnar ut underlaget utan avgift. Vill man ta betalt så gäller även i detta sammanhang LOU:s huvudregel om affärsmässighet - att ta ut en hög avgift för underlaget är normalt inte ett affärsmässigt beteende.

För de organisationer som har att följa Tryckfrihetsförordningen (TF) gäller att den som önskar ta del av allmän handling har rätt att mot *fastställd* avgift få avskrift eller kopia av handlingen. För statliga myndigheter gäller i sammanhanget även avgiftsförordningen (1992:191).

NOU:s uppfattning är att om en avgift tas ut bör den inte vara högre än myndighetens självkostnad för materialet.

I stora och komplicerade upphandlingar med ett omfattande förfrågningsunderlag kan sannolikt CD-ROM-skivor användas. Med förfrågningsunderlaget på CD-ROM blir kostnaderna mycket små varför några avgifter knappast bör tas ut.

## 5.9 Begäran att få ut förfrågningsunderlaget

Då leverantörer, före anbudstidens utgång, begär att få ut förfrågningsunderlaget gäller följande:

### *Över tröskelvärdena*

- vid *öppen* upphandling har alla som begär det samma rätt att få ut förfrågningsunderlaget. Underlaget skall lämnas ut inom sex dagar från begäran.

Underlaget skall normalt begäras från tillfälle till tillfälle - det är inte rimligt att leverantörer skall kunna kräva att få "prenumerera" på alla förfrågningsunderlag inom ett visst område.

- vid *sektiv* eller *förhandlad* upphandling är det *endast* de som bjudits in till anbudslämning av den upphandlande enheten, som får förfrågningsunderlaget direkt och som har rätt att lämna anbud.

I båda fallen gäller att om någon med stöd av TF, hos enhet som har att följa TF beträffande allmänna handlingar, begär att få ut underlaget, får denna begäran prövas enligt de regler som gäller för utlämnande av allmänna handlingar. Om underlag, vid *sektiv* eller *förhandlad* upphandling, med stöd av TF lämnas ut till någon som inte bjudits in får dock ett eventuellt "anbud" från denne inte beaktas.

Vid *sektiv* och *förhandlad* upphandling bör förfrågningsunderlag anses som hemliga handlingar fram till den tidpunkt underlaget samtidigt sänds till dem som inbjuds att delta.

NOU vill påpeka att *om* en upphandlande enhet i annons anger ett sista datum för begäran av förfrågningsunderlag så skall detta datum sättas så nära sista dag för anbudslämnande som möjligt. Det kan annars begränsa möjligheterna till deltagande för de leverantörer som inte har daglig tillgång till informationen i TED. "Sistadagsangivelse" får inte användas i diskriminerande syfte. Observera att enheterna enligt LOU är skyldiga att sända förfrågningsunderlag inom sex dagar från begäran.

#### *Under tröskelvärdena*

Alla som begär det har rätt att få ut förfrågningsunderlaget. Även en leverantör som inte särskilt har tillfrågats har rätt att på begäran få underlaget på samma villkor som de tillfrågade. Den upphandlande enheten skall sedan pröva *alla anbud* som kommit in i rätt tid.

Underlaget skall normalt begäras från tillfälle till tillfälle - det är inte rimligt att leverantörer skall kunna kräva att få "prenumerera" på alla förfrågningsunderlag inom ett visst område.

## 6. Upphandlingsförfaranden

### 6.1 Över tröskelvärdena

Endast vissa föreskrivna upphandlingsförfaranden - öppen, selektiv och förhandlad upphandling - får tillämpas och bestämda tidsfrister vid anbudsörfarandet m.m. måste följas.

På detta sätt har en garanti skapats för att upphandlingar procedurmässigt går till på samma sätt i de olika medlemsländerna så att även mer avlägsna leverantörer ges en reell chans att lämna anbud.

*Öppen upphandling*, där alla intresserade får lämna anbud, innebär

- anbudsinfordran genom annonsering i EGT,
- prövning och antagande av anbud utan förhandling.

*Selektiv upphandling*, där endast inbjudna får lämna anbud, innebär

- annonsering i EGT för anbudsansökan,
- kvalificering och urval bland anbudssökande,
- inbjudan till utvalda anbudssökande att avge anbud,
- prövning och antagande av anbud utan förhandling.

*Förhandlad upphandling*, som endast undantagsvis kan tillämpas utanför försörjnings-sektorerna och där endast inbjudna får lämna anbud, innebär

- annonsering i EGT för anbudsansökan, \*)
- kvalificering och urval bland anbudssökande,
- inbjudan till utvalda anbudssökande att avge anbud,
- prövning, förhandling och antagande av anbud.

\*) I angivna undantagsfall får förfarandet användas utan annonsering.

*Kommentar:* Se förslag till förtydligande av 1 kap. 22 § avseende tvåstegsförfarande i PM 1996-02-05 .

*B-tjänster*, enligt bilaga till LOU, skall upphandlas enligt kapitel 6 oavsett upphandlingens värde. Vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena skall den upphandlande enheten även meddela EGT hur upphandlingen avslutats och därvid ange om publicering medges (6 kap. 16 § LOU).

*Påskyndat förfarande - när får det användas?*

”Om de ..... angivna tidsfristerna inte kan tillämpas på grund av brådska får tidsfristerna förkortas .....”. Detta påskyndade förfarande gäller enligt 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 § LOU och endast vid selektiv och förhandlad upphandling varvid de angivna fristerna får förkortas till 15 dagar (för mottagande av anbudsansökan), 10 dagar (för mottagande av anbud) och 4 dagar (för ytterligare upplysningar). Detta förfarande finns inte inom försörjningssektorerna (där är reglerna för tidsfrister generellt något mer flexibla).

Det anges inte närmare i lagen vad som är godtagbara skäl för tidsnöd men i proposition (1992/93:88) sägs att *brådskan inte får vara hänförlig till den upphandlande enheten*, exem-

pelvis bristande planering. Brådskan skall bero på sådant som den upphandlande enheten rimligen inte kunnat förutse eller påverka.

Liksom vid utnyttjande av andra undantag till huvudregler tillämpar EG-domstolen en *mycket restriktiv tolkning* av vad som utgör godtagbar brådska.

#### *"Övergång till" förhandlad upphandling*

I 2 kap. 10 §, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § LOU anges att det är möjligt att "övergå från" öppen eller selektiv till förhandlad upphandling om anbudet inte motsvarar underlaget och inte kan "nollställas", under förutsättning att de ursprungliga villkoren inte väsentligt ändras.

*Kommentar:* Observera dock förslaget till lagändring i PM 96-02-05, där bl.a. orden "övergår" och "nollställas" har utgått.

Upphandlingen måste annonseras om den upphandlande enheten inte tillåter alla anbudsgivare, som lämnat formellt korrekta anbud, att delta i det förhandlade förfarandet. Detta innebär alltså att man skall starta från början med annonsering för anbudsansökan, urval och inbjudan/förhandling. Enligt direktiven skall antalet anbudsgivare i förhandlingar vara minst tre, förutsatt att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare.

Då en enhet på detta sätt, efter ny annonsering, "övergår till" förhandlad upphandling, bör det vara möjligt att ibland tillämpa påskyndat förfarande för att undvika att upphandlingen drar ut alltför långt i tiden. Anledningen till det påskyndade förfarandet måste kunna motiveras.

I de fall inga anbud eller "inga lämpliga anbud" lämnats får förhandlad upphandling utan annonsering användas. En rapport skall då lämnas till Kommissionen. Vid upphandling av entreprenader eller tjänster skall rapporten lämnas "på begäran" men vid varuupphandling skall den lämnas direkt utan uppmaning från Kommissionen.

#### *".inte lämnats några lämpliga anbud.."*

Uttrycket används exempelvis i 3 kap. 17 § andra punkten LOU. Härmed förstås enligt NOU:s bedömning bl.a. att

- anbudet har lämnats av en anbudsgivare, som inte uppfyller ställda kvalifikationskrav enligt 1 kap. 17 § LOU,
- anbudet inte svarar mot förfrågningsunderlaget,
- anbudet innehåller orimliga villkor,
- anbudspriset överstiger för upphandlingen tillgängliga medel,
- anbudet har kommit in för sent.

#### *Antal anbudsgivare vid selektiv och förhandlad upphandling*

Vid selektiv upphandling får en upphandlande enhet ange ungefärligen hur många som kommer att inbjudas till anbudsgivning. I annonsen om upphandling anges då ett antal eller ett intervall mellan fem och tjugo. Antalet anbudssökande, som inbjuds till anbudslämnande, skall under alla omständigheter vara tillräckligt stort för att garantera verklig konkurrens.

Vid förhandlad upphandling, som annonserats måste antalet deltagare i förhandlingar vara minst tre förutsatt att det finns så många lämpliga deltagare. För försörjningssektorerna anges inget antal.

#### *Anbudsansökan, inte intresseanmälan*



Vid selektiv och förhandlad upphandling annonserar den upphandlande enheten i EGT för att informera marknaden och uppmana potentiella leverantörer att anmäla sitt intresse dvs. lämna in en *anbudsansökan* med därtill hörande intyg, referenser etc. enligt annonsen. Uttrycket intresseanmälan som ofta använts i stället för anbudsansökan (bl.a. i NOU:s tidigare nyhetsbrev) bör *undvikas* eftersom det har visat sig att det kan missuppfattas. Se vidare *Anbudsansökan - annonsering i svensk press* i avsnitt 7.3.

## 6.2 Under tröskelvärdena

För upphandlingar under tröskelvärdena finns två förfaranden - förenklad upphandling och direktupphandling.

*Förenklad upphandling*, som skall tillämpas i normalfallet, innebär att anbud *alltid* skall infordras *skriftligt* genom annonser eller skrivelser och att

- alla leverantörer har rätt att delta,
- deltagande leverantörer skall lämna skriftliga anbud,
- den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Om det i undantagsfall finns endast en leverantör skall skriftligt anbud ändå infordras. Det skall framgå av förfrågningsunderlaget om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Vid prövning av anbud skall den upphandlande enheten anta antingen

- det anbud som har lägsta pris eller
- det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter som pris, driftkostnader, funktion, miljöpåverkan m.m.

I *förfrågningsunderlaget* eller i annonsen om upphandling skall anges vilka omständigheter (kriterier), som kommer att vara av betydelse vid prövningen av anbudena.

Reglerna om överprövning och skadestånd i kapitel 7 gäller även för upphandlingar under tröskelvärdena.

Förutom de tidigare föreskrivna kontrollerna av leverantörerna har nu enligt LOU tillkommit krav på kontroll av huruvida leverantören är

- registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren.

Upplysningar från registren lämnas av Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsavdelning på telefon: 060-18 41 10 eller 071-23 50 00 (4.55 kr/min).

*Direktupphandling* får tillämpas

- om upphandlingens värde är lågt eller
- om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska på grund av oförutsedda omständigheter (t.ex. maskinhaveri)

Det är angeläget att upphandlande enheter fastställer riktlinjer för användning av direktupphandling, t.ex. beloppsgränser. Enheterna bör på lämpligt sätt sprida information om dessa riktlinjer (se vidare avsnitt 14.3).

## 7. Annonsering över tröskelvärdena

Kravet på affärsmässighet, konkurrens och icke-diskriminering innebär bland annat att leverantörer i alla medlemsländer skall ha lika chans att lämna anbud. Upphandlande enheter åläggs därför att annonsera sina upphandlingar över tröskelvärdena i Tillägg till Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) eller, med den engelska beteckningen, Supplement to the Official Journal of the European Communities (OJ).

Annonseringen skall i princip göras

- på förhand,
- vid anbudsinfordran,
- i efterhand (resultatet av upphandlingen).

Annonserna skall utformas enligt blanketter eller förlagor och vara skrivna på ett officiellt EG-språk (se vidare 7.2). Annan publicering av upphandlingen får inte göras förrän annonsen skickats till EGT och får inte heller innehålla annan information.

### 7.1 Annonsering i EGT

Vid annonsering av upphandlingar i EGT är det viktigt att se till att alla uppgifter kommer med i annonsunderlaget. Det enklaste sättet att göra detta är att använda de blanketter/förlagor som utarbetats av NOU och som bygger på förlagor i EG:s direktiv och standardblanketter. Det är inte obligatoriskt att använda blanketterna men annonsunderlag till EGT skall, för att inte missuppfattas på Publikationskontoret i Luxemburg, vara uppställt och numrerat på föreskrivet sätt dvs. på det sätt som framgår av förlagor/blanketter.

Eftersom tidsfristerna börjar löpa från den dag som annonsen skickas till EGT, måste den upphandlande enheten kunna styrka vilken dag den skickats. Det säkraste är naturligtvis att sända annonsunderlaget som rekommenderat brev. Då fax används bör kommunikationsrapporten sparas och häftas ihop med annonsunderlaget samt signeras av den som övervakat sändningen.

*Kommentar:* Observera ordvalet - "snabbast lämpliga sätt" - i 1 kap. 8 § i PM 1996-02-05 om ändring i LOU.

Publikationskontoret i Luxemburg har 12 dagar - från avsändningsdagen - på sig att publicera en annons. Vid påskyndat förfarande (accelerated procedure) skall annonsen publiceras inom fem dagar. Annonsunderlaget skall vid påskyndat förfarande skickas på snabbast möjliga sätt dvs. med fax, telex eller telegram.

#### *Kontroll av annons*

Det är viktigt att kontrollera att annonsen är korrekt återgiven i EGT, vilket den är i de allra flesta fall - men felaktigheter förekommer.

Alla upphandlande enheter får ett exemplar av den tidning där deras annons finns införd. Problemet är att tidningen inte alltid kommer till den som är intresserad av eller ansvarig för att kontrollera annonsen. Publikationskontoret i Luxemburg sänder det aktuella numret av EGT till den adress som angetts under punkt 1 "Contracting authority/Awarding entity". Det är

därför viktigt att enheterna anger en exakt adress med attention/referensperson eller ordnar de interna postrutinerna så att tidningen vidarebefordras till rätt person eller enhet.

Att i ett separat brev eller fax begära att få tidningen till en viss adress fungerar inte. Den stora mängden annonser och meddelanden som kommer till Publikationskontoret gör att man inte kan hantera detta.

De rutor för att ange "Reference number" och "Person responsible" som finns på första sidan på alla blanketter, är för internt bruk på Publikationskontoret och uppgifter som lämnas där kommer inte med i annonsen i EGT.

Telefonnumret till Publikationskontoret är: 009 352 - 499 284 23 32.

### *Fel i EGT - rättelse*

Då det gäller *felaktigheter* - självförvållade eller beroende på misstag vid Publikationskontoret - som *måste rättas till* gäller att den upphandlande enheten omgående skall faxa rättelsen till Publikationskontoret. Faxmeddelandet skall innehålla:

- en tydlig rubrik - CORRIGENDA eller RÄTTELSE,
- referenser till den aktuella annonsen i EGT (finns under den aktuella, tidigare införda annonsens rubrik) samt
- den felaktiga och den korrekta texten.

Skriv: *for* (alt. *I stället för*) + den felaktiga texten  
samt *read* (alt. *Skall det stå*) + den korrekta texten.

Rättelsen kommer då att omgående publiceras. Detta förfarande garanterar inte att intresserade leverantörer får kännedom om att det funnits fel i den ursprungliga annonsen varför de leverantörer som hör av sig bör informeras om den rättelse som gjorts. Även rättelserna bör granskas!

Det arbetas f.n. intensivt för att förbättra hela annonseringsförfarandet - se vidare avsnitt 24.2 om SIMAP.

### *Meddela NOU*

För att kunna påtala problem och felaktigheter till Publikationskontoret på ett samordnat sätt tar NOU, helst per fax, gärna emot information om sådant som inte har fungerat på ett acceptabelt sätt. NOU kommer att rapportera vidare till ledningen vid Publikationskontoret.

### *Beställning av EGT, upplaga S*

Det kan vara värdefullt att inför en egen upphandling gå igenom en del i EGT publicerade annonser som handlar om liknande tjänster, varor eller entreprenader. EGT kan köpas från Bibliotekstjänst (BTJ) i Lund. Telefon 046-18 00 00 och telefax 046-18 01 25 eller 30 79 47.

## 7.2 Språk i annonser

### *Annonsering på svenska i EGT?*

I och med Sveriges medlemskap i EU är svenska ett officiellt EU-språk och följaktligen finns nu OJ också på svenska och heter då Europeiska gemenskapernas officiella tidning, EGT. Annonsering av upphandlingar görs i Tillägg till EGT. Att tidningen finns "på svenska" är en sanning med modifikation - EGT är, än så länge, en språklig blandning där vissa delar är översatta till svenska. (Jfr 7.8)

Det är sedan 1 januari 1995 tillåtet att annonsera på svenska i EGT och det går bra att använda de engelska blanketterna. CPV, som bör användas vid all annonsering, finns ännu (februari 1996) inte i någon godkänd svensk översättning varför den upphandlande enhet som vill använda svenska tills vidare själv får översätta CPV-texten till svenska (mer om CPV nedan).

#### *Val av språk*

Många upphandlande enheter använder fortfarande engelska vid annonsering i EGT även om svenska får användas efter EU-inträdet.

Endast en *mycket kort* sammanfattning av originalannonsern översätts till övriga EU-språk för införande i respektive lands EGT-utgåva. Den fullständiga annonsen finns enbart på originalspråket i varje lands EGT-utgåva.

Av konkurrens- och affärsmässighetsskäl är det positivt att så många upphandlande enheter fortsätter att använda engelska som annonseringsspråk.

### 7.3 Annonsering i svenska media

Vid upphandling över tröskelvärdena skall upphandlingarna normalt annonseras i EGT. När en sådan annons har avsänts, kan annonsering av upphandlingen ske i svenska media, och kopior på annonsen eller annonsunderlaget skickas till svenska leverantörer.

Observera att annonser i andra media eller meddelanden direkt till leverantörer, inte får innehålla information utöver den som avsänts till Publikationskontoret.

*Annonsering i svenska media  
kan aldrig ersätta annonsering i EGT!*

#### *Anbudsansökan - annonsering i svenska media*

I annonser om selektiv eller förhandlad upphandling bör man alltid använda begreppet *anbudsansökan* och inte intresseanmälan och dessutom *ange vilka krav som ställs på anbudsgivare* eller ange var ytterligare information kan fås. I EGT används termen *anbudsansökan* eller, i den förkortade versionen, enbart *ansökan*.

Vid annonsering över tröskelvärdena i *andra media* än EGT förekommer ibland uppmaningen ”Intresseanmälan kan lämnas till .....” utan angivande av de krav som ställs på leverantören. Detta kan få leverantörer att enbart anmäla sitt intresse att få en inbjudan utan att lämna de intyg, referenser etc. som krävs *enligt annonsen i EGT*. Om leverantören trots detta får en inbjudan till anbudslämnande, har den upphandlande enheten, enligt NOU:s bedömning, brutit mot regeln i 1 kap. 4 § LOU att samma krav skall ställas på samtliga leverantörer. Om leverantören å andra sidan av samma skäl missar möjligheten att vara med i urvalet, har den upphandlande enheten, kanske omedvetet, vilselett denne på grund av otydlig annonsering.

## 7.4 Förhandsannonsering - varuområden och tjänstekategorier

Inför ett nytt budgetår skall förhandsannonsering beträffande planerade upphandlingar av varor och tjänster göras (2 kap. 6 §, 4 kap. 14 § och 5 kap. 11 § LOU). Denna annonsering skall göras för varje varuområde och varje tjänstekategori när det beräknade *sammanlagda* värdet för *alla områden eller kategorier* uppgår till 750 000 ecu. Observera att detta gäller samtliga upphandlande enheter. Vid beräkningen av värdet per varuområde/tjänstekategori skall man ta med det totala värdet av de planerade kontrakten, inklusive eventuella optioner/förlängningsklausuler.

### *Varuområde:*

För att förhandsannonseringen skall tjäna sitt syfte att göra potentiella leverantörer uppmärksamma, bör varuområde följa en logisk gruppering med hänsyn till leverantörsstrukturen för respektive område. Det skall med andra ord vara möjligt för en "normal leverantör" att leverera produkterna inom området. En lämplig utgångspunkt kan vara att starta med CPA/CPV på "4-siffernivå" och sedan använda marknadskännedom och sunt förnuft för att bedöma om man måste utöka eller minska varuområdet.

### *Tjänstekategori:*

Det finns 27 olika tjänstekategorier (se bilaga) - 16 av dem gäller A-tjänster och resten är B-tjänster. Det är enbart upphandlingar inom de 16 kategorierna A-tjänster som behöver förhandsannonseras.

## 7.5 Annonsering vid påskyndat förfarande

Då en enhet tillämpar påskyndat förfarande skall Publikationskontoret, enligt direktiven, införa annonsen i EGT inom fem dagar. Det är därför nödvändigt att på blanketten kryssa i rutan för påskyndat förfarande (accelerated procedure alt. reduced deadlines). För att ytterligare markera förfarandet är det bra att skriva till det i blanketthuvudet också.

## 7.6 Avbruten upphandling skall annonseras

I de fall en upphandlande enhet beslutar att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om den, skall ett meddelande om detta skickas till Publikationskontoret i Luxemburg. Det finns inget särskilt formulär för detta - det räcker med ett enkelt meddelande att upphandlingen har avbrutits. Var noga med att tydligt ange den ursprungliga annonsens identifikationsnummer. Detta finns i EGT:s innehållsförteckning *och* under annonsens rubrik.

## 7.7 Annonsering efter avslutad upphandling

NOU vill påminna om att annonseringen om resultatet av en upphandling är obligatorisk och skall göras så fort som möjligt dock senast inom 48 dagar och inom försörjningssektorerna 60 dagar efter avslutad upphandling.

### *B-tjänster över tröskelvärdena*

Efter avslutad upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena, som upphandlas enligt 6 kap. LOU, skall upphandlande enheter meddela resultatet till Publikationskontoret och då också ange om meddelandet får publiceras eller ej. Vid ifyllande av blanketten finns det inget utrymme att kryssa i "förenklad upphandling" - det är inte heller nödvändigt eftersom det, i detta sammanhang, saknar intresse. På "Contract awarded" - blanketterns sista sida, punkt 14

och sid 4, punkt 19 för försörjningssektorerna skall det framgå att det är fråga om B-tjänster och huruvida publicering av meddelandet medges.

## 7.8 Förändringar i EGT (dåvarande OJ) supplement S

I slutet av oktober 1994 förändrades strukturen i OJ - den förefaller dessvärre mer svåröverskådlig än tidigare. Orsaken till förändringen var den ökande annonseringen och kostnaderna för det omfattande översättningsarbetet. Fortfarande kommer dock en utgåva för varje EG-språk.

Först i "nya" EGT publiceras upphandlingar som finansieras av olika fonder m.m. samt Kommissionens annonser - dessa annonser är översatta till respektive utgåvas språk och publiceras i sin helhet. Där finns också "Ytterligare information" och "Rättelser" som översätts och publiceras i sin helhet. I detta första avsnitt, men endast där, är EG- och EFTA-notiserna blandade - i övriga avdelningar kommer alltid EG-ländernas annonser före EFTA:s (gäller Norge, Island och Luxemburg).

Nästa avdelning (A) innehåller avslutade upphandlingar (Contracts awarded). Dessa är också översatta till utgåvas språk och publiceras i sin helhet.

Översatta sammanfattningar av förhandsannonser (B) och anbudsannonser (C) kommer därefter. Sammanfattningarna av anbudsannonserna innehåller endast uppgifter om

- upphandlande enhet,
- vad som ska upphandlas,
- sista dag för ansökningar/anbud samt
- vilket/vilka språk som accepteras.

Förhandsannonserna och anbudsannonserna (B och C) finns dessutom i sin helhet i varje utgåva men då enbart på originalspråk.

EGT avslutas sedan med GATT-annonser (D), som alltid publiceras på engelska.

## 7.9 Blanketter för annonsering

För den obligatoriska annonseringen i EGT finns standardblanketter och kommentarhäften och dessutom finns blanketterna i ett dataprogram för ifyllande och utskrift m.m.

De nu (feb. 1996) gällande blanketterna är daterade november 1994. På samtliga dessa blanketter finns plats för att ange *CPV-referenser*. Kommentarererna för ifyllande av blanketterna är reviderade i enlighet med de konsoliderade direktiven och de förändringar som gjorts i blanketterna.

Beträffande gemensamma EG-blanketter och blanketter på svenska - se nedan.

- Blanketterna är framtagna på engelska för upphandling av varor, tjänster och entreprenader samt för upphandling inom försörjningssektorerna. Beträffande entreprenader saknas blanketter för annonsering om koncessionsavtal.

Blanketterna säljs i förpackningar om 10 set och kan beställas från Kommentus Förlag AB.

- Till varje blankettset finns ett häfte med översättning till svenska och kommentarer för ifyllandet.

Häftena kan också beställas från Kommentus Förlag AB.

- Dataprogrammet (BLINK) som finns på diskett innehåller de ovan nämnda blanketterna och även översättning och kommentarer för ifyllandet. Blanketterna kan sparas i en databas och lätt tas fram för kopiering, ändringar och utskrift vid liknande upphandlingar.

Programmet fungerar för PC i Windowsmiljö och för bästa kvalitet på utskriften rekommenderas en laserskrivare men även bläckstråleskrivare fungerar. Beställs från Reflections AB.

#### *Gemensamma EG-blanketter? Blanketter på svenska?*

I avvaktan på nya reviderade blanketter som "inom kort" - förhoppningsvis senast under första halvåret 1996 - skall fastställas av Kommissionen har NOU gjort den bedömningen att det inte är rimligt att ta fram blanketter på svenska eftersom dessa relativt snart skulle bli föråldrade. De blanketter som är på gång kommer att inkludera de förändringar som kan förädlas av GPA och de skall också finnas på samtliga officiella EU-språk. Tills vidare går det bra att använda de blanketter som finns - se dock till att det är de *reviderade blanketterna från november 1994* som används.

Förutom blanketter för koncessioner och kvalificeringssystem kommer det bara att finnas två uppsättningar blanketter framöver - en för försörjningssektorerna och en för upphandling inom övriga sektorer. Varje uppsättning kommer att innehålla blanketter för förhandsannonsering, annonsering av upphandlingen och för efterhandsannonsering. Samma blankett skall alltså användas för såväl varor och tjänster som för entreprenader liksom för de olika upphandlingsförfarandena. Förhoppningsvis skall det förenkla enheternas arbete med annonsering. Se även avsnitt 24.2 om SIMAP.

#### *Kommentarhäften*

Även om de nya blanketterna kommer att finnas på svenska, tror vi att det finns behov av kommentarer till dem, speciellt med tanke på de stora förändringar som görs i utformningen. Så snart NOU har tillgång till blanketter på svenska kommer nya kommentarhäften att utarbetas.

Blanketter och kommentarhäften beställs, helst per fax, från Kommentus Förlag AB. För beställning gäller följande:

Telefax: 08 - 709 59 45  
Telefon: 08 - 709 59 30

Diskettprogrammet - BLINK - beställs per fax från Reflections AB. Telefax  
08 - 511 782 79, eller från  
adress: Lugnets väg 45, 186 34 Vallentuna.  
Telefon: 08 - 511 749 28 (ej beställning).

## 7.10 Nomenklaturer

Syftet med att använda nomenklaturer vid annonsering av varor, tjänster och byggentreprenader är bl.a. att:

- förenkla och förbättra *översättningen* till alla de språk som används inom EU. Detta minskar också kostnaderna avsevärt,
- underlätta för *leverantörer* att hitta de annonser som kan vara av intresse. När användandet av en gemensam nomenklatur blivit genomfört kan EGT struktureras på ett annat sätt i syfte att ge bättre överskådlighet,
- möjliggöra en *snabbare* publicering i EGT,
- förenkla *statistikinsamlandet* vilket bl.a. underlättar för Kommissionen att följa upp efterlevnaden av direktiven.

*Vilken nomenklatur skall användas?*

*Den nya nomenklaturen - Common Procurement Vocabulary (CPV) ersätter samtliga nomenklaturer och upphandlande enheter bör använda den vid all annonsering.*

Enligt direktivet för tjänsteupphandling skall i annonser om upphandling anges bl.a. tjänstekategori och CPC-referensnummer (United Nations Central Product Classification) och för upphandling av varor hänvisas till CPA- nomenklaturen (Classification of Products by Activity). I entreprenaddirektivet nämns den allmänna näringsgrensindelningen inom EU - NACE, som dock inte är obligatorisk att använda. I alla tre direktiven anges att nuvarande nomenklatur kan komma att ersättas av annan.

I direktivet för försörjningssektorerna nämns enbart CPC-nomenklaturen för tjänsteupphandling. I Kommissionens instruktioner för ifyllande av blanketterna för upphandling av varor och byggentreprenader hänvisas dock till både CPA och till nomenklatur för upphandling av byggentreprenader.

#### *Förhållandet CPA - CPV*

CPA är ett hierarkiskt uppbyggt klassifikationssystem där de mest detaljerade beskrivningarna består av en 6-ställig sifferkod. Detta har inte ansetts tillräckligt detaljerat, varför den 8-ställiga CPV har utvecklats med utgångspunkt i CPA varvid de 6 första siffrorna är identiska. De upphandlande enheter som använder CPV uppfyller alltså automatiskt direktivens krav på CPA. Som nionde siffra finns en kontrollsiffra. CPV har dessutom standardiserade tilläggsbeskrivningar (supplementary vocabulary), som ger en mer detaljerad beskrivning av det som skall upphandlas.

#### *Förhållandet byggnomenklaturen - NACE - CPV*

NACE Rev.1 (revidering av 1970 års NACE) är harmoniserad med CPA/CPV och det är alltså samma numreringsystem som används. Även här gäller att den som använder CPV också täcker in NACE Rev 1. (Se även bilagorna.)

#### **Använd CPV**

Sedan februari 1995 finns CPV i databasen TED. I EGT ges samtliga upphandlingsannonser ett CPV-nummer, vare sig den upphandlande enheten har angett det eller inte. Detta kan leda till felaktiga CPV-nummer eftersom man på Publikationskontoret ibland missuppfattar eller felöversätter det som skall upphandlas. Var noggrann vid angivande av CPV - det är bättre att ange ett mer övergripande CPV-nummer om man är osäker.

Eftersom CPV ännu (februari 1996) inte finns i en godkänd svensk översättning kan det vara till hjälp att också titta i den CPA-nomenklatur som finns översatt till svenska (där finns dock en del tveksamma översättningar). Inom Kommissionen arbetar man med översättning av CPV till de nya EU-språken.

Vid upphandling av *tjänster* skall både tjänstekategori och CPV anges. Eftersom tjänstekategorierna inte framgår av CPV-nomenklaturen, kan det ibland vara svårt att hitta rätt CPV-nummer. Det kan då vara till god hjälp att starta med *En sammanställning av tjänstekategorierna med referens till CPV- och CPC-klassificeringarna*, och sedan gå vidare med CPV-nomenklaturen som är mer detaljerad. Sammanställningen, liksom övrig nomenklatur, kan köpas från Kommerskollegium.

Observera att Kommerskollegium enbart sköter distributionen av nomenklaturerna och att dessa skall *beställas per telefax*. Kommerskollegium har inte åtagit sig att ge råd och anvisningar beträffande nomenklaturer.



*Beställning av nomenklaturer:*

Följande nomenklaturer kan beställas *per fax* från Kommerskollegiums enhet för europa-information på nummer 08 - 21 49 20.

- CPV på engelska      - i pappersutgåva
- på diskett
- CPA-nomenklaturen på svenska
- CPC - CPV, sammanställning på engelska av tjänstekategorierna.
- CPV inkluderat i BLINK-systemet beställs från Reflections på faxnummer 08 - 511 782 79.

## 7.11 Jämförande statistik

Annonseringen av upphandlingar i EGT ökar ständigt, bland annat beroende på de "nya" länderna men också på att efterlevnaden av EG-reglerna blir bättre och bättre. I nedanstående diagram visas sex länders annonsering - det totala antalet meddelanden, antal förhandsannonser, inbjudan (öppen, selektiv och förhandlad) samt tilldelade kontrakt. I det totala antalet ingår alla övriga meddelanden (tilläggsinformation, corrigenda, formgivningstävlingar m.m.).

Av denna begränsade sammanställning framgår att endast ett tämligen begränsat antal upphandlingar förhandsannonseras.

Det är vidare relativt få annonser om tilldelade kontrakt. En jämförelse med EG-statistik från tidigare år visar dock att andelen tilldelade kontrakt som efterannonseras ökar för varje år.

	SVE	NO	FI	DA	TY	ITA
TOTALT	4250	1739	1237	3623	27770	16664
därav:						
- Pre-info	171	67	60	161	2443	192
- Inbjudan	2588	1117	750	1803	15913	9509
- Tilldelning	1288	420	379	1174	7566	5427
Tilldelade i % av inbjudningar	50 %	38 %	51 %	65 %	48 %	57 %

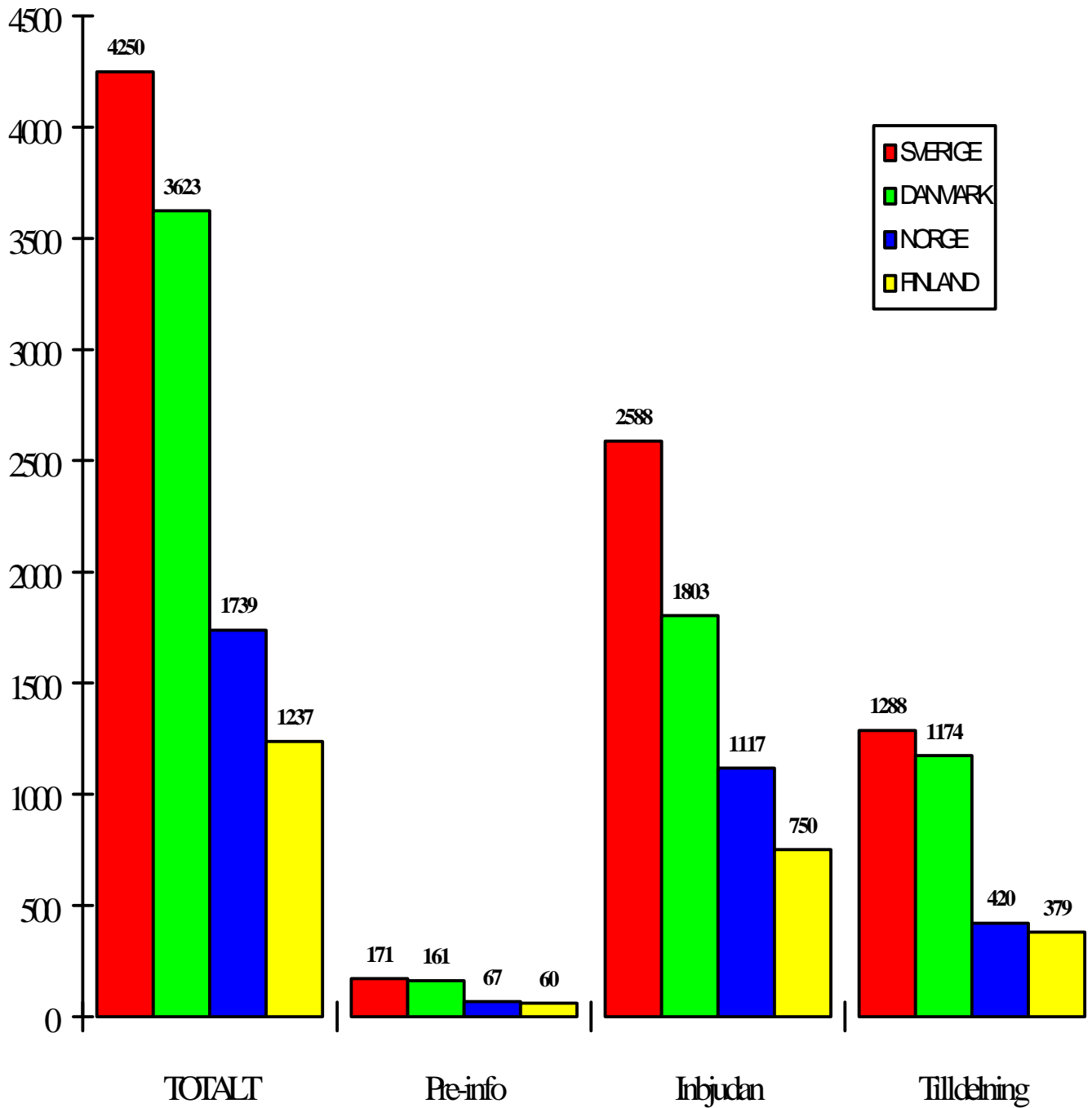
(Hämtade ur TED-archive 1/1 1994 t.o.m. 1/6 1995.)

Vid jämförelser mellan länderna beträffande andelen tilldelade kontrakt är det viktigt att observera att under de tre-fyra första månaderna av 1994 hade Sverige, Norge och Finland inte många annonser om tilldelade kontrakt. En något osäker beräkning tyder på att omkring 80 % av de svenska annonserade upphandlingarna nu efterannonseras.

Bland annat för statistikändamål är det viktigt att *samtliga* upphandlingar efterannonseras och att det görs på ett fullständigt och korrekt sätt.

Stapeldiagrammet nedan bygger på samma siffror som i tabellen men visar enbart de nordiska ländernas (utom Island) annonsering.

Man kan konstatera att Danmark relativt sett förefaller annonsera mera än Sverige. Hur många upphandlingar ett land har beror dock bl.a. på hur upphandlingen är organiserad. Siffrorna i tabell och diagram gäller enbart *antalet* annonserade upphandlingar och säger ingenting om värdet av de olika ländernas upphandlingar.



Antal annonserade upphandlingar  
(Hämtade ur TED-archive 1994 t.o.m. 1/6 1995.)

## 8. Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning

### 8.1 Urval av anbudsgivare

Vid selektiv och normalt vid förhandlad upphandling skall den upphandlande enheten göra urvalet bland kvalificerade leverantörer som lämnat anbudsansökan. Urvalet skall ske på objektiva grunder - någon särbehandling på grund av nationalitet får inte göras.

Det finns väldigt lite skrivet om hur urval skall göras, men det är angeläget att så många inbjuds som behövs med hänsyn till upphandlingens storlek och karaktär samt möjligheten att få till stånd en tillfredsställande konkurrens.

Beträffande antal leverantörer som avses inbjudas - se sid. 28.

## 8.2 Riktad anbudsinfordran över tröskelvärdena?

För att väcka leverantörers intresse för en upphandling som annonseras i EGT kan en upphandlande enhet sända en kopia av annonsen till leverantörer som kan vara intressanta. Där emot får inte förfrågningsunderlaget spontant sändas till en leverantör som inte begärt det.

## 8.3 Tidsfrister över tröskelvärdena

Tidsfristerna för lämnande av anbudsansökan/anbud räknat från avsändandet av annons/inbjudan är i normalfallet vid

	<i>Anbudsansökan</i>	<i>Anbud</i>
Öppen upphandling	-	52 dagar
Selektiv upphandling	37 dagar	40 dagar
Förhandlad upphandling	37 dagar	skälig, enligt inbjudan

Inom försörjningssektorerna gäller delvis något kortare tidsfrister.

Angivna tidsfrister är minimitider, ofta kan längre tidsfrister behövas

Då en upphandling förhandsannonserats får tiden för anbudslämnande i vissa fall förkortas. Vid brådska, som inte orsakats av den upphandlande enheten, kan ett påskyndat förfarande med betydligt kortare tidsfrister få tillämpas. Se även sid. 27.

### *Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering*

Kortare tidsfrister får tillämpas i de flesta fall då en upphandling har förhandsannonserats. Detta gäller dock *inte vid upphandling av varor*. Inom försörjningssektorerna gäller att kortare tidsfrister får tillämpas om en *öppen* upphandling har förhandsannonserats (3 kap. 18-19 §§, 5 kap. 20-21 §§ och 4 kap. 17 § LOU).

## 8.4 Förlängning av anbudstid

### *Upphandling under tröskelvärdena*

Den dag till vilken anbud senast skall vara inkommet till den upphandlande enheten skall anges i annonsen, skrivelsen eller i förfrågningsunderlaget (6 kap. 5 § LOU). Anbudstiden måste vara så lång att anbudsgivarna ges skälig tid att lämna anbud. Det är viktigt att de upphandlande

enheterna noggrant beräknar anbudstiden som normalt inte får ändras under upphandlingsprocessen.

Om den upphandlande enheten av särskilda skäl måste förlänga anbudstiden, måste detta göras i så god tid att alla tänkbara anbudsgivare kan dra nytta av förlängningen, dvs. i början av den ursprungliga perioden. En förlängning av anbudstiden bör inte göras i slutet av den ursprungliga perioden eftersom vissa anbudsgivare då, under tidspress, kan ha arbetat fram sitt anbud. Anbudstiden bör inte förlängas bara av den orsaken att en anbudsgivare begär förlängning.

Om det visar sig att den upphandlande enheten tagit till för kort anbudstid är det normala förfarandet att avbryta upphandlingen och gå ut på nytt. Härvid måste man dock ta med i beräkningen de kostnadsökningar som blir följden av ett nytt förfarande. Den upphandlande enheten måste uppträda affärsmässigt.

#### *Upphandling över tröskelvärdena*

Vid selektiv och förhandlad upphandling bör samma resonemang angående anbudstiden kunna föras som vid upphandling under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU beträffande anbudsgivare som bjudits in att lämna anbud. Vid förhandlad upphandling inom försörjningssektorerna (4 kap. 18 § LOU) får den upphandlade enheten avtala med de utvalda anbudsgivarna om anbudstid. Detta måste innebära att enheten också kan avtala om en ny anbudstid med anbudsgivarna.

## 8.5 Anbudsöppning

Enligt 1 kap. 20 § LOU skall anbud öppnas "... så snart som möjligt efter anbudstidens utgång ...". Detta innebär att anbudet normalt inte bör öppnas förrän andra dagen efter anbudstidens utgång med hänsyn till förvaltningslagens tolkningsregler rörande när anbud skall anses ha kommit in. Observera att dag, enligt förvaltningslagen, varar fram till klockan 24.00 varför anbud kan lämnas fram till den tidpunkten, i den mån det är praktiskt möjligt. Något klockslag för anbudslämnande bör inte anges. En upplysning om expeditionstider/öppettider kan givetvis lämnas.

Minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta vid öppnandet. Dessutom skall en av handelskammare utsedd person närvara om detta begärs och bekostas av en anbudsgivare.

Enheten bör vara restriktiv med att låta många deltaga vid anbudsöppningen med hänsyn till risken för informationsspridning.

Det är en fördel om en upphandlande enhet följer en bestämd rutin vid öppningen. Här ges *ett exempel* på en öppningsrutin:

- kontrollera ankomstdatum,
- öppna alla anbudet vid ett och samma tillfälle,
- numrera och datera anbudet,
- paginera och signera alla handlingar,
- upprätta anbudsförteckning/öppningsprotokoll, som skrivs under av dem som deltagit i öppnandet,
- notera särskilt de anbud som kommit in för sent (även dessa skall registreras och får inte återsändas till leverantören).

Anbudsförteckningen bör innehålla *åtminstone* följande:

- anbudsgivare eller anbudsnummer,
- ankomstdag,
- anbudstidens utgång,
- öppningsdag,
- underskrift av dem som deltagit i öppnandet.

## 8.6 Öppning av anbudsansökningar - över tröskelvärdena

Till skillnad från vad som normalt gäller för anbud föreligger ingen uttrycklig skyldighet enligt LOU att öppna *anbudsansökningar* vid ett och samma tillfälle. Dock gäller rimligen, enligt NOU:s bedömning, för ansökningar i likhet med anbud, att en sådan handling inte anses inkommen till den upphandlande enheten förrän vid den tidpunkt som bestämts för öppnandet enligt 2 kap. 6 § andra stycket Tryckfrihetsförordningen, eftersom anbudsansökningar bör kunna anses ha inslag av tävlingsmoment. Något ärende som tar upp frågan har dock ännu inte varit föremål för rättslig prövning.

Beträffande sekretess gör NOU vidare den tolkningen att ansökningar och till ansökningar fogade handlingar rimligen omfattas av sekretess enligt 6 kap. 2 § Sekretesslagen. Huruvida sekretess gäller för anbudsansökningar har dock inte heller prövats av domstol.

## 8.7 Anbudsöppning i närvaro av representant från handelskammare

Enligt 1 kap. 20 § LOU skall anbudena öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. I paragrafen anges "minst två". Detta skall tolkas så att det i normalfallet inte bör vara fler. Det är emellertid inte förbjudet att ytterligare någon eller några deltar, exempelvis handläggaren av upphandlingsärendet om denne inte är bland de övriga utsedda. Det är viktigt att kretsen av deltagare eller eljest närvarande inte är för stor med hänsyn till kravet på anbudssekretess.

Paragrafen anger vidare att, "På begäran av anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara." Handelskamarrepresentanten är inte deltagare utan endast *närvarande* som kontrollant. Han skall således inte som deltagare bestyrka den anbudsförteckning som skall upprättas vid förrättningen. Däremot bör förteckningen innehålla en upplysning om att en handelskamarrepresentant närvarit vid anbudsöppnandet. Det torde inte finnas något hinder att den upphandlande enheten låter handelskamarrepresentanten skriva sin namnteckning i anslutning till anteckningen om hans närvaro.

En leverantör som önskar låta en representant från handelskammare närvara vid anbudsöppnandet, bör snarast skriftligen underrätta enheten och senast före anbudstidens utgång. Till underrättelsen bör fogas namn och adress på representanten. Därefter får det anses vara enhetens uppgift att kalla representanten till anbudsöppningen. Vid förrättningen bör handelskamarrepresentanten avkrävas legitimation.

Vidare bör representanten upplysas om rådande sekretess och att han har tystnadsplikt avseende antalet inkomna anbud, namn på anbudsgivare, innehåll i något anbud m.m. Representanten får således för sin uppdragsgivare inte ens ange *om* det kommit in konkurrerande anbud. Handelskamarrepresentanten bör utöver upplysningarna skriva under en tystnadspliktsförbindelse; alternativt kan enheten på anbudsförteckningen notera att handelskamarrepresentanten upplysts om sin tystnadsplikt samt låta denne vidimera anteckningen. Observera att anbud och uppgifter om innehåll i anbud ovillkorligen är hemliga tills dess avtal slutits, alla anbud offentliggjorts eller upphandlingen annars slutförts. Representanten har givetvis rätt att

meddela sin uppdragsgivare, om något förekommit vid förrättningen som föranleder en anmärkning om att allt inte gått rätt till.

Handelskamarrepresentanten, som alltså inte är deltagare, har enligt NOU:s bedömning endast rätt att ta del av anbudet i den utsträckning som är nödvändigt för kontrollen. Exempel på sådant kan vara:

- kontroll av att anbudsomslagen inte är brutna (ett felaktigt märkt anbud kan dock vara legitimt öppnat),
- namnen på anbudsgivare,
- anbudssumma,
- kontroll av att enheten paginerar och signerar alla handlingar,
- uppgifter om huruvida anbud är inkomna i rätt tid och
- att deltagande förrättningsmän upprättat en anbudförteckning samt signerar denna.

## 8.8 Anbud per telegram eller telefax under tröskelvärdena

NOU har fått frågan om det går att i förfrågningsunderlaget för en upphandling *under* tröskelvärdena skriva att anbud *inte* får lämnas per telegram eller telefax. I 6 kap. 3 § LOU stadgas att en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget skall ange att anbud som lämnas per telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling. Denna formulering tyder på att en upphandlande enhet måste pröva ett anbud som lämnas per telegram eller telefax.

Observera dock att anbud som lämnats per telegram eller fax *omgående* skall bekräftas skriftligen. Någon ytterligare betänketid tillåts inte. Ett anbud som exempelvis faxas klockan 23.55 sista dagen för anbudslämnande skall i princip genast därefter avlämnas för postbefordran. Huruvida anbudet är att anse som skriftligen bekräftat omgående får därefter prövas mot bakgrund av tidpunkt för tömning av brevlåda och normal postgång i övrigt m.m.

Anbud bör inte tas emot på ett sådant sätt att obehöriga kan ta del av dessa (t.ex. en fax i en korridor). De faxanbud som kommer in skall genast efter mottagandet förslutas och märkas samt läggas bland övriga anbud.

## 8.9 Tid och plats för anbudsöppning - över tröskelvärdena

EG-domstolen ställer krav på angivande av datum, tidpunkt och plats för anbudsöppning vid öppen upphandling enligt en nyligen avkunnad dom i EG-domstolen, se avsnitt 19.1.

## 8.10 För sent inkommet anbud - under tröskelvärdena

NOU har mottagit en skrivelse med frågor om hur en viss situation bör bedömas i en upphandling.

### *Frågeställning*

När anbudstiden går ut har fyra anbud inkommit. Efter anbudstidens utgång inkommer ytterligare ett anbud som enligt exemplet är ofullständigt men slutsumman är 30 % lägre än det lägsta av de anbud som inkom i tid. Hade det varit förenligt med LOU att förkasta samtliga anbud och göra om upphandlingen? Upphandlingen regleras av 6 kap. LOU.

### *NOU:s bedömning*

NOU har, i avvaktan på att frågan belyses i någon prejudicerande dom, följande uppfattning. En upphandlande enhet är enligt 6 kap. 11 §, förhindrad att pröva anbud som har inkommit för sent. Ett anbud som inkommer efter anbudstidens utgång får således inte prövas.

Alla åtgärder som vidtas i en upphandling bör avvägas med hänsyn till huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Är prisskillnaden mycket stor kan det i enlighet härmed vara affärsmässigt att avsluta en pågående upphandling och gå ut med en ny förfrågan så att det förmånligaste men för sent inkomna anbudet kan tävla med anbuden från de övriga leverantörerna.

NOU anser dock, utan att ange någon procentsats, att det skall vara fråga om en mycket stor prisskillnad eller på annat sätt mycket förmånligare anbud. Den upphandlande enheten skall vid övervägandet givetvis räkna in den administrativa merkostnaden som uppstår genom att avsluta upphandlingen och börja om igen. Eventuella negativa följder av att tidpunkten för upphandlingen senareläggs bör också påverka bedömningen. Likaså bör nackdelen med att inte fullfölja en påbörjad upphandling gentemot de leverantörer som kommit in med anbud i tid medräknas. Enheten bör inte gynna för sent inkomna anbud. Enheten bör vidare uppträda disciplinerat för att få leverantörernas förtroende. Att anbudet i det konkreta fallet var ofullständigt talar ännu mer för att det inte skall beaktas utan att man i stället fullföljer utvärderingen av de övriga anbuden. Av skrivelsen framgick inte vari ofullständigheten bestod men NOU:s uppfattning är att redan en mindre avvikelse från kraven i förfrågningsunderlaget talar för att fullfölja upphandlingen.

## 9. Prövning av anbud

Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten anta antingen det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter som pris, driftkostnader, funktion, miljöpåverkan m.m.

Väljer enheten utvärderingsprincipen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste enheten i annonsen och/eller i förfrågningsunderlaget ange vilka utvärderingskriterier den kommer att lägga till grund för anbudsutvärderingen. Om möjligt skall kriterierna rangordnas. En upphandlande enhet kan inte senare under upphandlingen lägga till, dra ifrån eller ändra angivna utvärderingskriterier. Om en enhet finner det nödvändigt att införa nya krav som ändrar förutsättningarna för upphandlingen, måste upphandlingen göras om. Det är inte tillräckligt att låta alla anbudsgivare eller inbjudna leverantörer få räkna om sina anbud med nya kriterier. Ett sådant agerande kan betraktas som diskriminerande.

Anbudsutvärdering skall göras utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller alla ställda krav. Om den upphandlande enheten inte kunnat nollställa\*) anbudet eller det inte lämnats några anbud (eller några lämpliga anbud) vid öppet eller selektivt förfarande kan den upphandlande enheten i vissa fall övergå\*) till förhandlad upphandling utan annonsering (se 2 kap. 10-11 §§, 3 kap. 17 §, 5 kap. 19 § och 4 kap. 16 § LOU). En förutsättning för utnyttjande av förhandlat förfarande utan annonsering är dock att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligen ändrats. Det är således endast mindre förändringar i förfrågningsunderlaget som är möjliga. Vid större förändringar måste upphandlingen göras om.

*\*)Kommentar:* Observera dock förslaget till lagändring i PM 96-02-05, där bl.a. orden "nollställas" och "övergår" har utgått.

### *"Fri prövningsrätt"*

NOU vill påpeka att förfrågningsunderlag och annonser om upphandling inte skall innehålla uttrycket "fri prövningsrätt" eftersom någon sådan inte existerar vid offentlig upphandling. Anbudsprövningen skall följa reglerna i LOU, varvid antingen den anbudsgivare som har lägst pris eller den som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. Jämför dom i länsrätt refererad på sid. 82 och den i januari 1996 meddelade domen från Sala tingsrätt avseende skadestånd (T252/94).

### *Mutor, jäv m.m.*

I UF och UR fanns regler från bl.a. brottsbalken för att förhindra otillbörliga förfaranden såsom mutor, jäv och anbudskarteller. Sådana regler finns inte uttryckligen i LOU.

Uppfattningen om sådana förfaranden har inte ändrats. Lagstiftaren anser att de inte är förenliga med begreppen affärsmässighet och objektivitet. För en närmare tolkning av vad som i upphandlingssammanhang skall förstås med dessa förfaranden hänvisas till vad som tidigare skrevs om detta i UF respektive UR jämte kommentarer.



## 9.1 Förhandlingsmöjligheter över tröskelvärdena

Möjligheten att förhandla med olika leverantörer är med LOU betydligt mindre vid upphandlingar över tröskelvärdena. Utom vid upphandlingar som avser försörjningssektorerna är det *endast i undantagsfall* möjligt att förhandla med leverantörerna.

## 9.2 Förkastande av orimligt låga anbud

Ett orimligt lågt anbud får förkastas, oavsett utvärderingskriterier, men först sedan den upphandlande enheten begärt en förklaring och inte fått ett tillfredsställande svar (1 kap. 23 § samt 6 kap. 12 §). Då ett orimligt lågt anbud förkastats och utvärderingskriteriet varit lägsta pris, skall en rapport om beslutet lämnas till Kommissionen (1 kap. 23 §). Inom försörjningssektorerna skall dessa upplysningar lämnas i det vanliga meddelandet om avslutad upphandling.

### *Statsstöd och offentlig upphandling*

Inom EU anses att konkurrensen kan snedvridas om vissa företag gynnas genom statsstöd i olika former, t.ex. genom direkta bidrag eller skattefördelar. Som statsstöd räknas även kommunala stödformer m.m. I de fall sådan snedvridning kan konstateras, ingriper EG-kommissionen mot regeringen ifråga, och inte mot det företag som fått stöd. Däremot kan företaget åläggas att återbetala sådant stöd. Vissa statsstöd kan dock vara tillåtna.

Det är EG-kommissionen som får ingripa i de fall statsstöd har lämnats på felaktiga grunder.

## 9.3 Affärsmässighet på lång sikt?

När en upphandlande enhet bedömer inkomna anbud, kan det vara frestande att i bedömningen väga in hur konkurrenssituationen kommer att se ut på den aktuella marknaden även efter det att det aktuella avtalet har löpt ut. Den upphandlande enheten vill kanske hjälpa mindre företag att "övervintra" en lågkonjunktur, så att exempelvis inte endast ett stort företag finns kvar på marknaden. Att väga in sådana långsiktiga bedömningar av marknaden kan med största sannolikhet inte anses förenligt med LOU. Det skulle därmed inte anses affärsmässigt att i dagsläget betala ett högre pris än nödvändigt i en upphandling, för att värna om en framtida marknad. Vidare bryter sådana bedömningar rimligen mot regeln om objektivitet i 1 kap. 4 § LOU, då ett företag gynnas på ett annat företags bekostnad. Eventuella stöd till enskilda företag förutsätter att Romfördragets artiklar om statsstöd iakttas.

## 9.4 Anbud från egen personal/uppdragstagare

Enligt tidigare gällande UF och UR fick ett anbud inte antas, om det hade lämnats av en person som på grund av anställning eller uppdrag hos staten eller kommunen hade att ta befattning med upphandlingsärendet. Myndigheten fick själv avgöra om ett anbud från någon annan arbetstagare i eller uppdragstagare till staten eller kommunen än ovan nämnda kunde antas.

Dessa regler finns inte uttryckligen angivna i LOU. Emellertid anses de innefattas i huvudregeln i 1 kap. 4 §. Den materiella tolkningen bör därför bli densamma som gällde enligt UF och UR.

Det är därför enligt LOU inte uteslutet att anta anbud från en arbetstagare eller uppdragstagare som bedriver annan verksamhet vid sidan om sitt arbete hos den upphandlande enheten, så länge inte arbetstagaren eller uppdragstagaren särbehandlas gentemot andra anbudsgivare och så länge han inte har att ta befattning med upphandlingsärendet.

Se även avsnittet "Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare?" på sid. 25 och dom i länsrätt (fastställd i kammarrätt) refererad på sid. 79.

## 9.5 Fackliga organisationers medverkan vid upphandling

Utvärdering av anbud kan endast genomföras utifrån de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Det går således inte att införa nya utvärderingskriterier vid anbudsutvärderingen. Detta gäller även eventuella krav som framförs från fackliga organisationer. Det är således, från MBL-synpunkt, viktigt för den upphandlande enheten att ha erforderliga kontakter med dessa på ett tidigt stadium i anskaffningsarbetet.

## 9.6 EG:s sanktioner mot USA

För detta avsnitt ansvarar Kommerskollegium  
Telefon 08-791 05 00 för ytterligare upplysningar.

Den 25 maj 1993 ingick EG och USA en överenskommelse om offentlig upphandling. Överenskommelsen omfattar inte telekommunikationssektorn. Tre dagar senare införde USA sanktioner mot vissa medlemsländer i EU med motiveringen att amerikansk utrustning för telekommunikation diskriminerades på dessa marknader. Den 31 maj 1995 utsträckte USA sina sanktioner till de nya medlemsländerna. EG svarade på de amerikanska sanktionerna den 8 juni 1993 genom att införa egna sanktioner mot USA.<sup>1</sup> Dessa har utsträckts till att gälla även i de tre nya medlemsländerna.<sup>2</sup>

EG:s beslut om sanktioner innebär för svensk del att *samtliga statliga myndigheter* (utom försörjningssektorerna) skall avvisa anbud från varu- och tjänsteleverantörer som är etablerade i eller verkar från USA enligt följande (artikel 1):

- o för varuupphandling *under* det i GATT fastslagna tröskelvärdet 130 000 SDR,
- o för viss tjänsteupphandling<sup>3</sup> *under* det i direktiven fastslagna tröskelvärdet 200 000 ECU,
- o för byggtreprenadupphandling *under* det i direktiven fastslagna tröskelvärdet 5 000 000 ECU.

Enligt förordningen kan berörda myndigheter ges rätt att anta sådana anbud om medlemslandet, i ett enskilt fall, finner det styrkt att anbudet behövs för att

- a undvika att konkurrensen begränsas till en enda leverantör, entreprenör eller tillhandahållare av tjänster,
- b säkerställa kontinuitet vad avser leveranser eller tillhandahållare av tjänster,
- c anskaffa varor eller tjänster med särskilda egenskaper vilka annars inte skulle vara tillgängliga,

<sup>1)</sup> Rådsförordning (EG) 1461/93 om tilldelande av offentliga upphandlingskontrakt åt anbudsgivare från Förenta staterna; EGT L 146, 17 juni 1993.

<sup>2)</sup> Rådsförordning (EG) nr 1836/95; EGT L 183, 2 augusti 1995.

<sup>3)</sup> Sanktionerna avser (i) transporttjänster, (ii) muddring, (iii) utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial för TV och radio, t.ex. spelfilm, (iv) forskning och utveckling, (v) juridiska tjänster, (vi) hotell- och restaurangtjänster, (vii) tjänster vad avser förmedling och rekrytering av personal, (viii) säkerhets- och bevakningstjänster, (ix) taltelefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellitkommunikation, (x) utbildning, inkl. yrkesutbildning, (xi) hälso- och sjukvård samt socialtjänst, (xii) tjänster inom områdena rekreation, kultur och sport.

- d undvika orimliga kostnader för myndigheten samt
- e skydda medlemslandets säkerhet.

Det berörda medlemslandet skall omedelbart meddela kommissionen beslut av detta slag. Utformningen av undantagsmöjligheterna innebär följaktligen att en upphandlande enhet som vill utnyttja denna möjlighet måste begära tillstånd hos regeringen. I Sverige berörs samtliga statliga myndigheter.

Kommerskollegium gör t.v. bedömningen att konsekvenserna av sanktionsbeslutet förmodligen blir förhållandevis begränsade för Sveriges del. För detta talar bl.a. att beslutet bara berör förhållandevis små upphandlingar och att sanktionerna enbart skall drabba leverantörer som är etablerade i och verkar från USA.

## 9.7 Ursprungsdiskriminering och 3 %-regeln - varuupphandling

Beträffande reglerna om ursprungsdiskriminering samt 3 %-regeln vid varuupphandling som gäller upphandling inom försörjningssektorerna (4 kap. 28-29-§§) se avsnitt 12.1.

# 10. Varuupphandling över tröskelvärdena

## 10.1 Leasing

När en upphandlande enhet leasar en vara från säljaren eller från av säljaren anvisat finansieringsbolag istället för att köpa den, skall enheten tillämpa 2 kap. LOU över tröskelvärdena och 6 kap. under dessa. För försörjningssektorerna är 4 kap. respektive 6 kap. LOU tillämpligt.

## 10.2 Upphandling av el

El är en vara som skall upphandlas på samma sätt som andra varor. Det innebär att upphandlande enheter skall upphandla el enligt 2 kap. LOU (varuupphandling) om värdet överstiger tröskelvärdet 200 000 ecu och annars enligt reglerna för upphandling under tröskelvärdena i kapitel 6. För upphandlande enheter inom försörjningssektorerna se nedan avsnitt 12.

## 11. Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

### 11.1 Byggentreprenad eller tjänst

Avgränsningen av vad som skall räknas som entreprenad, A-tjänst respektive B-tjänst vid upphandling av arbeten inom bygg- och anläggningsområdet har vållat en hel del bekymmer. Följande torde kunna tillämpas mot bakgrund av hur direktiven med bilagor tillämpas i andra länder. (Liksom tidigare blir givetvis 6 kap. LOU tillämpligt vid all upphandling som faller under tröskelvärdena.)

Sådana arbeten som finns listade i bilaga 2 till entreprenaddirektivet och bilaga 11 till direktivet för försörjningssektorerna torde i allmänhet kunna betraktas som entreprenader medan *mindre* reparations- och underhållsarbeten *som ingår i fastighetsförvaltning* är A-tjänster i kategori 14 (listorna finns som bilaga).

Bland de arbeten som finns listade i direktivbilagorna finns exempelvis installationsarbeten och sådana arbeten som ofta ingår i slutfasen av en byggnation såsom fasadbeläggning, målning, golvbeläggning m.m. Den typen av arbeten kan också ingå i reparations- och underhållsarbeten och var gränsen skall dras mellan A-tjänst och entreprenad är oklart. Stora, systematiska och genomgripande reparations- och underhållsarbeten måste givetvis räknas som entreprenader medan löpande underhåll *som ingår i fastighetsförvaltning* räknas som A-tjänst - däremellan finns en gråzon som kanske EG-domstolen eller våra svenska domstolar får anledning att hantera framdeles.

Observera att det också kan vara frågan om en avgränsning vara/tjänst. En installationsupphandling, som inte är en del i en entreprenadupphandling, är en varuupphandling om värdet av det som installeras överstiger värdet av installationsarbetet. Se även avsnitt 13.1.

*Kommentar:* Ovan nämnda bilaga 2 till entreprenaddirektivet föreslås i PM 1996-02-05 om ändringar i LOU tas in som en bilaga till lagen.

### 11.2 Entreprenad eller tjänst - vägarbeten m.m.

Att bygga av en ny väg är en anläggningsentreprenad är helt klart. "Beläggning av vägar (utom viadukter), gator samt andra kör- och gångvägar" med övergripande CPV-nummer 45.23.12.00-7 (många underavdelningar) och "Målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser och liknande platser" med CPV-nummer 45.23.15.00-0 är också entreprenader. En diskussion om huruvida vissa mindre arbeten som ryms inom ovanstående kategorier är tjänst eller entreprenad saknar intresse, åtminstone ur annonseringssynpunkt, eftersom det inte handlar om A-tjänster. Sådana mindre arbeten kommer att upphandlas enligt 6 kap. LOU så länge upphandlingens värde inte överstiger tröskelvärdet för entreprenader.

Snöröjning och sandning (90.00.30.90-5) samt gatuhållning (90.00.30.20-4) är däremot A-tjänster kategori 16. Se även avsnitt 13.1.

### 11.3 Köp av byggnad som endast finns på ritning

Förberedelser för en upphandling hade vidtagits i en kommun där genomförandet sannolikt inneburit ett brott mot LOU.

Frågan gällde en upphandling av en byggnad som vid upphandlingstillfället inte existerade annat än i planer och ritningar. Ett anbud hade lämnats av en entreprenör med erbjudande om att överlåta byggnaden när den var färdig. Priset var fastställt mellan parterna.

Kommunen ansåg att det inte var en entreprenad utan ett köp av en fastighet och LOU skulle därför inte vara tillämplig.

NOU:s uppfattning i ärendet var att detta var en entreprenadupphandling eftersom byggnaden inte var uppförd när anbudet lämnades.

EFTA:s övervakningsmyndighet (ESA) begärde information om ärendet från svenska regeringen. Regeringen lämnade begärd information. Entreprenören återkallade sedermera sitt anbud.

Undantaget i 5 kap. 1 § LOU avser endast färdiga byggnader. Däremot är uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer att anse som en entreprenad. Detta blir särskilt tydligt när byggnaderna är av speciell karaktär såsom värmekraftverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande enheten kan sannolikt undantaget användas redan under byggnationen.

*Får en upphandlande enhet vända sig direkt till en entreprenör som äger viss mark?*

Frågan gäller om exempelvis en kommun, som planerar någon form av byggnad inom ett visst område vars mark ägs av en entreprenör och denne som villkor för överlåtandet av marken kräver att få genomföra entreprenaden, kan vända sig direkt till entreprenören. Det är för närvarande NOU:s uppfattning att det inte går att vända sig direkt till en entreprenör när det är fråga om upphandling över tröskelvärdena.

Om det däremot är fråga om en upphandling under tröskelvärdena kan det kanske vara möjligt under förutsättning att marken är unik.

*Kommentar:* NOU har senare genom nämndbeslut uttalat att tolkningen över tröskelvärdena bör gälla även under tröskelvärdena. Nämnden var emellertid inte enig.

## 12. Upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena

Beträffande upphandlande enheter inom försörjningssektorerna (4 kap. LOU) görs inte något undantag för offentliga bolag med industriell eller kommersiell karaktär. Det innebär att alla statliga och kommunala bolag, som gör upphandlingar inom de i 4 kap. 1 § första stycket LOU angivna verksamheterna, är att anse som upphandlande enheter. (Se även avsnitt 2.2.)

### 12.1 Ändringar 1 juli 1995

#### *Produktion av el m.m.*

Eftersom det varit oklart i LOU huruvida organisationer som producerar el m.m. skulle upphandla enligt LOU, gjordes ett förtydligande i 4 kap. 1 §, första stycket, första punkten, där ordet "produktion" infördes. Eftersom det i lagtexten sägs att även produktion för leverans till fasta nät skall omfattas av LOU, innebär det ett klagörande av det som gällt tidigare, nämligen att organisationer som producerar el m.m. för annat än egen användning skall upphandla det som behövs för produktionen.

#### *Anknutna företag och samriskföretag - tjänsteupphandling*

I EG-direktivet för försörjningssektorerna finns en regel avseende upphandling av tjänster från anknutna företag och i samriskföretag (joint ventures) som nu har införts i 4 kap. 4a § LOU. Regeln innebär att upphandling av tjänster från så kallade anknutna företag eller inom ett samriskföretag inte behöver upphandlas enligt LOU. Förutsättningen för undantaget avseende anknutna företag är i korthet att det säljande företags tjänster under de senaste tre åren till minst 80 procent tillhandahållits anknutna företag.

Definition av anknutna företag återfinns i 3 kap. 8 § LOU. Samma definition gäller för kapitel 4.

Observera att undantaget för upphandling av *tjänster* från anknutna företag och inom samriskföretag endast kan användas av företag som bedriver verksamhet enligt definitionerna i 4 kap. 1 § LOU, dvs. företag inom *försörjningssektorn*. Eftersom undantaget endast gäller företag torde inte upphandling mellan en kommun och dess bolag omfattas av undantaget.

#### *Ursprungsdiskriminering och 3 %-regeln - varuupphandling*

Ännu en nyhet som förts in i 4 kap. 28 och 29 §§ LOU är att upphandlande enheter inom *försörjningssektorerna* i en *varuupphandling* får förkasta ett anbud om mer än hälften av det totala värdet av anbudet avser varor med ursprung i ett land utanför EU, s.k. tredje land. Denna regel införs på grund av Sveriges medlemskap i EU. I EES-avtalet hade Sverige undantag från bestämmelsen i direktivet.

Väljer den upphandlande enheten att ändå låta ett sådant anbud som beskrivits ovan vara med i upphandlingen, är den skyldig att, vid anbud som i övrigt anses likvärdiga enligt de för upphandlingen fastställda kriterierna, ge företräde till anbud som värdemässigt innehåller mer än hälften av varor med ursprung i EU, förutsatt att prisskillnaden inte överstiger 3 procent.

Regeln om ursprungsdiskriminering och 3 %-regeln gäller inte för varor med ursprung i länder som EU har träffat avtal med om ömsesidigt tillträde till varandras marknader. För närvarande avser detta de övriga EES-länderna (Norge, Island, Lichtenstein) och vid upphandling inom elsektorn, USA. Reglerna kommer alltså endast undantagsvis vara tillämpliga.

Undantaget är här *inte* begränsat till företag.

## 12.2 Upphandling av el

Riksdagen beslutade den 25 oktober 1995 att den svenska elmarknaden skulle avregleras den 1 januari 1996. Upphandlande enheter skall därefter upphandla även el i konkurrens. Varken stat eller kommun får vända sig direkt till egna bolag.

Eftersom nätverksamhet fr.o.m. 1 januari 1996 inte får förekomma inom samma juridiska person som elproduktion och/eller handel med el och nätverksamheten inte heller får bedriva handel med el, utom för att täcka nätförluster, har staten, många kommuner samt privata företag omorganiserat sin elverksamhet till flera olika företag.

Bland de bestämmelser om avregleringen av elmarknaden som antagits av riksdagen, finns en som anger att den gamla distributören skall ha rätt till en uppsägningstid på minst *sex månader*. Enligt vad NOU erfarit finns det inga övergångsregler till denna bestämmelse. Det skulle kunna innebära att en distributör som sägs upp före den 1 januari 1996 kan få en kortare uppsägningstid. I annat fall kan den upphandlande enheten inte byta leverantör förrän tidigast den 1 juli 1996.

Pågående avtal som upphandlats före den 1 januari 1996 behöver inte sägas upp på grund av elavregleringen (jämför dock sid. 60 om avtal som inte är begränsade i tiden).

### *Olika typfall*

Nedan följer en kortfattad redogörelse för de olika typfall som kan vara aktuella. Reglerna är olika för olika upphandlande enheter beroende på om de tillhör försörjningssektorerna eller övriga sektorer (de s.k. klassiska sektorerna).

- Organisationer (eller delar av en organisation) som *bedriver nätverksamhet eller elproduktion* tillhör alltid försörjningssektorerna, oavsett om de ligger i ett bolag eller inom en kommun eller staten. Dessa organisationer kan upphandla el för sin nätverksamhet eller elproduktion utan att följa reglerna i LOU genom ett undantag i lagen (se nedan).
- Organisationer som befinner sig *inom försörjningssektorerna, utanför energisektorn*, skall upphandla el som en vara eller direkt via elbörs.
- Organisationer som befinner sig *utanför försörjningssektorerna och som inte har elproduktion* inom samma juridiska person skall upphandla el i enlighet med 2 kap. LOU (varuupphandling) och kan sannolikt inte handla via elbörs (se nedan).
- De statliga organisationer (eller delar av en organisation) samt de kommunala bolag (fr.o.m. 1 januari 1996) som *bedriver handel med el* kan upphandla el utan att följa reglerna i LOU. Ett bolag som endast köper och säljer el och inte har egen produktion befinner sig inte inom försörjningssektorn.

Genom ellagstiftningen undantas kommunala bolag som bedriver handel med el från självkostnads- och lokaliseringsprinciperna. Eftersom dessa bolag, efter den 1 januari 1996, tillåts att drivas med vinstsyfte, kan de troligtvis definieras som kommersiella enligt LOU. Detta innebär att ett sådant bolag troligtvis inte är att anse som u.e. och därför inte omfattas av LOU.

- o Privata organisationer som *bedriver handel med el* kan upphandla el utan att följa reglerna i LOU.

#### *Undantag från reglerna i LOU*

Vid upphandling av el *inom försörjningssektorerna* finns följande undantag från reglerna i LOU :

1. köp av energi och/eller bränsle för energiproduktion m.m.
2. köp som görs endast för vidareförsäljning eller uthyrning, om även andra har rätt att sälja eller hyra ut på samma villkor, exempelvis då ett nätbolag köper elmätare och säljer eller hyr ut dessa till anslutna abonnenter.
3. köp av varor (el) som noteras och omsätts på en råvarumarknad (elbörs),
4. köp av *tjänster* mellan s.k. anknutna företag enligt 4 kap. 4a § (genom den s.k. 80/20-regeln) exempelvis när ett elbolag och ett nätbolag vill samorganisera sina fakturerings-procedurer.

Det *första undantaget* är endast tillämpligt på upphandlande enheter som har verksamhet inom energisektorn (4 kap. 1 § 1 st. 1 och 2 p.). Det är dock osäkert vad undantaget för köp av energi och/eller bränsle för energiproduktion m.m. omfattar. NOU har hittills tolkat det så att *all* upphandling av energi och/eller bränsle för energiproduktion som görs för verksamhet som avser produktion, distribution m.m. av el, gas, värme m.m. skall omfattas av undantagen oavsett vad energin eller bränslet skall användas till (se vidare 4 kap. 7 § 2 p. LOU).

Några motsvarande undantag för köp av energi finns inte utanför försörjningssektorerna eller för upphandlande enheter inom försörjningssektorn utanför energiområdet (4 kap. 1 § 1 st. 3 och 4 p.). Det innebär att när dessa upphandlande enheter upphandlar el för sin egen räkning, måste de göra det enligt upphandlingsreglerna i 2 kap. LOU respektive 4 kap. LOU.

#### *Elbörs*

Alla upphandlande enheter inom försörjningssektorerna, samt troligtvis de kommunala bolag som bedriver handel med el, kan handla på den elbörs som införts den 1 januari 1996, i första hand mellan Sverige och Norge. (Anledningen till att kommunala bolag som bedriver handel med el kan handla på elbörsen, är att dessa bolag troligtvis inte omfattas av LOU, se ovan.)

Upphandlande enheter utanför försörjningssektorerna som inte har produktion av el inom samma juridisk person, måste upphandla el enligt reglerna i LOU. Det innebär att sådana upphandlande enheter *inte* kan handla på en elbörs, men möjligen kan utnyttja elbörsen genom att, då de upphandlar el, i förfrågningsunderlaget begära priset som avdrag eller påslag på för ett visst tillfälle gällande börspris.



## 13. Tjänsteupphandling över tröskelvärdena

### *B-tjänster*

B-tjänster, enligt bilaga till LOU, skall upphandlas enligt kapitel 6 oavsett upphandlingens värde. Vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena skall den upphandlande enheten dock meddela EGT hur upphandlingen avslutats och därvid ange om publicering medges (6 kap. 16 § LOU).

### 13.1 A- eller B-tjänst - entreprenad? CPC/CPV

Vid upphandling av tjänster bör tjänstekategori och CPV-nummer anges i annonsen. Den lista över A- och B- tjänster som bifogas är densamma som finns i EG:s direktiv för tjänsteupphandling och (utan CPC- eller CPV-nummer) som bilaga till LOU. De rubriker som finns i listan räcker inte alltid till för att avgöra vilken kategori en tjänst tillhör och därmed inte heller om det är A-tjänst eller B-tjänst. Från Kommerskollegium kan upphandlande enheter (per fax) rekvidrera en sammanställning av A- och B-tjänster, per kategori, med både CPV- och CPC-nummer angivna. Sammanställningen är på engelska men bör ändå kunna vara till hjälp för de upphandlande enheterna. (Se även avsnitt 7.10 om nomenklaturer)

I tjänstekategori 14 *Fastighetsförvaltning inklusive städning och löpande underhåll* ingår rengöring av golv och väggar, fönstertvätt, skorstensfejning etc. Mer genomgripande underhållsarbeten som professionellt målningsarbete skall upphandlas som byggentreprenad. Detsamma gäller för utomhusarbete på byggnader såsom sandblästring.

Tjänstekategori 16 gäller *Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet*. Här ingår förutom avloppsrening också spillvattenhantering. Reparations- och renoveringsarbeten på avloppssystem är däremot en byggentreprenad.

I stort sett all hämtning av hushållssopor, industri- och miljöavfall samt gatustädning och snöröjning är tjänsteupphandling medan vägreparationer inklusive asfötläggning upphandlas som byggentreprenad - även återställande av gruvor, sandtag och liknande upphandlas som byggentreprenad.

Andra tjänster - tjänstekategori 27 - omfattar alla övriga tjänster som inte uttryckligen är undantagna enligt LOU. En sådan uttryckligen undantagen tjänst är förhyrning av lokaler.

### 13.2 Lån omfattas av LOU?

Kommissionen har i samband med en konferens uttalat att lån omfattas av direktiven. Samma uppfattning råder i Danmark (enligt de kommentarer som utgivits av Bygge- og Boligstyrelsen och av Konkurrensekretariatet). Detta innebär att vanliga banklån, liksom övriga finansiella tjänster under A-tjänster kategori 6, skall upphandlas enligt 5 kap. LOU. Är det däremot fråga om lån, till vilka är knutna sådana finansiella tjänster som är undantagna enligt 5 kap. 1 § 5 (t.ex. utgivning av obligationer), omfattas de sannolikt inte av LOU.

Vid beräkning av tröskelvärdet skall hänsyn tas till summan av det beräknade värdet för ränta, provisioner och andra ersättningar till finansinstitut.

*Kommentar:* Det råder skilda uppfattningar mellan medlemsstaterna om hur direktiven skall tolkas i berörda avseenden. Innan EG-domstolen avgjort något ärende om lån, kommer därför tveksamhet att råda om lån skall omfattas eller ej.

### 13.3 Ramavtal för arkitekt- och liknande tjänster?

På förekommen anledning vill NOU informera om att det inte råder hinder mot att sluta ramavtal för arkitekt- och liknande tjänster. Att sluta ramavtal avseende mindre projekt kan innebära betydande kostnadsbesparingar, eftersom ett fullständigt förfrågningsunderlag inte behöver upprättas för varje projekt. Ramavtal kan naturligtvis slutas med fler än en. Ramavtal bör inte utnyttjas vid större byggnadsprojekt.

### 13.4 Försäkringsupphandling - försäkringsmäklare

Sedan ett antal år har försäkringsmäklare funnits i Sverige. Dessa hjälper organisationer med anskaffning av försäkringsskydd. Normalt arbetar mäklarna på sådant sätt att de får provision från det försäkringsbolag som försäkringstagaren tecknar försäkring med och således tar de inte betalt av försäkringstagaren. Blir det ingen försäkring får därmed mäklaren normalt inte någon ersättning för sina tjänster.

En fråga som uppstår är om utnyttjande av försäkringsmäklare skall föregås av upphandling. NOU kan konstatera att annonsering i EGT för upphandling av försäkringar är vanligt förekommande och att annonserna ökar i antal. Bland dessa finns ett antal svenska upphandlande enheter. Upphandlingarna genomförs ofta av mäklare på uppdrag av en upphandlande enhet.

NOU anser för närvarande att försäkringsmäklare bör upphandlas som konsulter till enheten. Som konsult kan mäklaren utreda försäkringsbehovet hos enheten så att enheten får full risktäckning men samtidigt inte blir dubbelförsäkrad på vissa områden. Konsulten kan hjälpa enheten med att skriva förfrågningsunderlaget och att utvärdera anbuden m.m. (Se även sid. 13 och 25.)

Beträffande ersättning till konsulten kan man ifrågasätta om det är lämpligt att konsulten får provision av försäkringsbolaget i samband med offentlig upphandling. Ett alternativ skulle kunna vara att konsulten får betalt av enheten och att i stället försäkringspremierna sänks med motsvarande provisionsersättningen. Det senare alternativet undanröjer måhända den misstänksamhet som kan finnas att konsulten förordar det försäkringsbolag med vilket han förhandlat fram de bästa personliga villkoren.

*Kommentar:* NOU:s nämnd har i ett ärende ställt sig bakom ovanstående skrivning.

## 14. Upphandling under tröskelvärdena m.m.

### 14.1 Allmänt

Regler för upphandlingar under tröskelvärdena finns i kapitel 6 i LOU och reglerna om överprövning och skadestånd i kapitel 7. Detta innebär att i stort sett all offentlig upphandling, såväl under som över tröskelvärdena, regleras i ett och samma regelverk. Samtliga upphandlande enheter som omfattas av bestämmelserna över tröskelvärdena omfattas också under tröskelvärdena.

Bestämmelserna i 6 kap. är utformade efter mönster av UF och UR och skiljer sig endast i mindre utsträckning från reglerna i dessa. Eftersom det inte finns något i EG-direktiven som reglerar upphandlingar under tröskelvärdena står det varje land fritt att besluta om innehållet i nationella regler.<sup>\*)</sup> De grundläggande principerna är desamma som över tröskelvärdena. Upphandling skall göras affärsmässigt, med uppsökande och utnyttjande av befintlig konkurrens och utan att leverantörer särbehandlas. Under tröskelvärdena är dock proceduren liksom tidigare mer flexibel och de detaljerade reglerna om annonsering i EGT, tidsfrister m.m. gäller inte.

<sup>\*)</sup> *Kommentar:* Kraven på icke-diskriminering enligt Romfördragets sjätte artikel gäller dock givetvis även under tröskelvärdena.

Att upphandlingsbestämmelserna regleras i lag medför att regering respektive kommun-, landstings- och kyrkofullmäktige inte är suveräna vad gäller beslut om upphandling.

B-tjänster, enligt bilaga till LOU, skall upphandlas enligt kapitel 6 oavsett upphandlingens värde. Vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena skall den upphandlande enheten även meddela EGT hur upphandlingen avslutats och därvid ange om publicering medges (6 kap. 16 §).

### 14.2 Förhandlingar

Den upphandlingsform som i normalfallet skall användas under tröskelvärdena är förenklad upphandling. Enligt definitionen i 1 kap. 5 § förstås med förenklad upphandling: "upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare." Enligt 6 kap. 3 § skall det av förfrågningsunderlaget framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Av ovanstående lagrum kan man möjligen få intrycket att det går att förhandla vid vilket tillfälle som helst. Detta är emellertid inte avsikten. I tidigare regelsystem UR och UF kommenterades när förhandlingsupphandling var lämplig upphandlingsform.

Exempel på detta var:

- när det är svårt att utforma ett fullständigt och tydligt förfrågningsunderlag, t.ex. vid upphandling av konsulttjänster,
- när myndigheten bedömer att affärsmässigt godtagbara villkor inte kan uppnås som en direkt följd av att konkurrens saknas eller är otillräcklig,

- när myndigheten bedömer att ett utvecklings- och produktionsuppdrag måste läggas ut trots att stor osäkerhet föreligger beträffande kostnaderna,
- när upphandlingen är en tilläggsbeställning och villkoren inte reglerats i det ursprungliga avtalet,
- när upphandlingen avser en produkt eller ett system som skall anpassas till ett befintligt system eller en befintlig produkt och det är av vikt att samordning sker.

Traditionellt har offentlig upphandling haft den karaktären att den som huvudregel skall genomföras som en tävlan om uppdraget utan förhandling. I flera medlemsstater betonas dessutom särskilt risken för särbehandling av leverantörer vid förhandling.

Enligt huvudregeln 1 kap. 4 § skall upphandling genomföras affärsmässigt och anbud och anbudsgivare behandlas utan ovidkommande hänsyn (dvs. objektivt och utan diskriminering).

Det har inte varit lagstiftarens avsikt att luckra upp synsättet beträffande förhandlingar vid förenklad upphandling. Förhandlingar bör därför endast genomföras vid sådana tillfällen och förutsättningar som tidigare angavs i UR och UF för att upphandlingen skall betraktas som affärsmässig. Att utan motivering slentrianmässigt tillgripa förhandlingar vid förenklad upphandling kan rimligen inte anses som ett affärsmässigt beteende.

Eventuella förhandlingar skall ske på den upphandlande enhetens initiativ. En anbudsgivare kan således inte kräva några förhandlingar. För att undvika missuppfattningar är det därför *viktigt att ange i förfrågningsunderlaget att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.*

Enheten kan genomföra förhandlingar med en eller flera anbudsgivare. Antalet bestäms med hänsyn till kravet på affärsmässighet, konkurrens och en objektiv behandling.

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.

För att eliminera risken för särbehandling bör enheten före en förhandling ta fram ett underlag för vad som skall ingå i förhandlingen. Förhandlingsunderlaget bör vara utarbetat så att förhandlingar med flera anbudsgivare genomförs så lika som det över huvud taget är möjligt.

### 14.3 Direktupphandling

Formen direktupphandling förekommer endast vid upphandling under tröskelvärdena och får bara användas i de fall som anges i 6 kap. LOU.

Direktupphandling får inte användas som huvudregel utan endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

En upphandlande enhet som använder sig av direktupphandling bör fastställa riktlinjer för när och hur sådan upphandling får ske.

#### *Definitionen av direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU*

Innebörden av begreppet direktupphandling är precis densamma som i tidigare regelsystem för stat och kommun (UF och UR). Se prop. 93/94:78 (sid. 22). Det krävs sålunda inget formbundet förfarande som vid förenklad upphandling. Definitionen skall dock *inte* utläsas så att

något anbud inte bör/skall infordras. Det är tvärtom oftast lämpligt att begära skriftligt anbud även vid sådan upphandling utom vid mindre köp över disk.

#### *Lågt värde*

Avsikten med direktupphandling var ursprungligen mindre upphandlingar "över disk" dvs. när ett normalt anbudsförfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek.

De högsta belopp som enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör.

För en normal enhet kan ett basbelopp för varor och tjänster vara ett lämpligt belopp och för enstaka intellektuella konsulttjänster två basbelopp. Begreppet "intellektuella tjänster" får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

Observera att direktupphandling endast avser enstaka upphandlingar under ett år. Om enheten vet att det kan bli upprepade upphandlingar bör enheten upphandla enligt LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör man använda ramavtal. (Jfr. även 2 kap. 3 § andra stycket, 4 kap. 9 § andra stycket och 5 kap. 7 § andra stycket LOU.)

*Basbeloppet är för 1996 fastställt till 36 200 kronor (SFS 1995:1217).*

#### *Synnerliga skäl*

Med synnerliga skäl avses framför allt synnerlig brådskad orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten. För att exempelvis förhindra stora skador eller stora kostnader som skulle bli följden av ett utdraget upphandlingsförfarande kan enheten tillgripa direktupphandling med en leverantör. Det är främst fråga om nödsituationer och akuta och oförutsedda behov, exempelvis ett tak blåser av ett hus eller att sjukhusets elgenerator plötsligt går sönder. Det är inte tillåtet att använda direktupphandling om brådskan beror på den upphandlande enheten, t.ex. bristande planering. (Vid upphandlingar över tröskelvärdena finns motsvarande undantag för synnerlig brådskad och upphandling kan då ske som förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Däremot skall annonsering ske i efterhand.) Jfr. också vad NOU uttalat i ett ärende om upphandling av konst (avsnitt 17).

#### *Auktion, råvarubörs, tillfälliga erbjudanden*

Under vissa förhållanden kan det vara förmånligt att köpa på auktion. För exempelvis ett museum som avser skaffa en tavla av en viss konstnär är det kanske till och med nödvändigt. Beträffande en del anskaffningar kan råvarubörser vara det enda sättet att anskaffa en vara.

I vissa fall kan det yppa sig tillfälliga erbjudanden att köpa väsentligt under marknadsvärdet, exempelvis i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet. Härvid måste enheten förvissa sig om att värdet av varan verkligen är väsentligt under marknadsvärdet. (Över tröskelvärdena finns inte stöd i LOU för att göra upphandling på detta sätt annat än inom försörjningssektorerna, se 4 kap. 16 § andra stycket punkterna 8 och 10.)

#### *Riktlinjer för direktupphandling*

För de enheter som tillämpar direktupphandling är det angeläget att fastställa riktlinjer för när direktupphandling får tillämpas och för vilka varor och tjänster. Vidare bör enheten fastställa inom vilka belopp direktupphandling får ske och vem som får besluta om sådan upphandling. Det är angeläget att sprida information om detta inom enheten och samtidigt uppmana organisationen att utnyttja existerande ramavtal och ange vilka ramavtal som finns.

Det kan ibland vara lämpligt att ha flera olika direktupphandlingsgränser för olika typer av upphandlingar.

Ju högre belopp som fastställs för direktupphandling inom en enhet, desto större är givetvis behovet av att närmare reglera internt vilka formella krav som skall gälla i form av prisförfrågningar och jämförelser, skriftliga anbud, motivering till val av leverantör o.s.v.

I sammanhanget kan framhållas vikten av att föreskriva att beställningar/beställningserkännanden skall vara skriftliga.

#### *Prisjämförelse*

Direktupphandling innebär inte att avsteg får göras från affärsmässigheten. Självklart bör den upphandlande enheten inhämta prisuppgifter från flera håll när så är möjligt för att göra prisjämförelse. En sådan prisjämförelse bör dokumenteras.

## 14.4 Formgivningstävlingar?

Vid upphandling av tjänster över tröskelvärdena finns ett särskilt förfarande för s.k. formgivningstävlingar. Det kan handla om arkitekttävlingar men även andra tävlingar främst inom områdena fysisk planering, stadsplanering, byggnadsteknik samt databehandling. Den upphandlande enheten kan genom detta förfarande förvärva ett planerings- eller projekteringsunderlag utvalt av en jury. Något motsvarande finns inte omnämnt för upphandlingar under tröskelvärdena.

Det är enligt NOU:s bedömning många gånger lämpligt att även under tröskelvärdena arbeta med idétävlingar av olika slag på samma sätt som tidigare. Med hänsyn till rättigheten för alla leverantörer att få sina anbud prövade bör den upphandlande enheten ange i förfrågningsunderlaget om, och i så fall i vilken utsträckning, förslagen belönas, exempelvis de tre bästa eller liknande.

Den som anordnar en tävling måste fastställa tävlingsregler (utvärderingskriterier) och också hur vinnande bidrag skall utses.

(Jfr. reglerna för formgivningstävlingar *över tröskelvärdena*, som återfinns i 5 kap. 28-33 §§ LOU.)

## 14.5 Upphandling av el

Den 1 januari 1996 avreglerades den svenska elmarknaden - se mera härom under rubriken "Upphandling av el", i avsnitt 12.2. Upphandling av el (som är att betrakta som en vara) under tröskelvärdena skall ske i enlighet med 6 kap. LOU.

## 15. Avtal, avtalstider m.m.

Med avtal förstås både skriftliga kontrakt som båda parter skriver under och beställningar som enheterna gör i enlighet med antaget anbud. En överenskommelse (muntlig eller skriftlig) om en mindre konsultinsats - exempelvis lärarmedverkan - är också ett avtal i avtalslagens mening.

### 15.1 Avtalstidens längd

Anskaffningar av varor eller tjänster (utom avrop) skall normalt konkurrensutsättas. Undantagen är få och särskilt angivna i LOU. Såväl stora som små upphandlingar skall följa dessa regler. Därför skall avtal (inkl. överenskommelser om uppdrag) vara tidsbegränsade och inte löpa tills vidare.

*Kommentar:* Kravet framgår inte uttryckligen av lagen, men kan anses följa av principerna om affärsmässighet samt effektivitet.

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 exempelvis ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. avtal om 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 ett kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år. Normalt bör leveransavtal för varor och tjänster inte vara längre än ett eller två år.

### 15.2 Förlängning av avtal

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

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.

(Under ett övergångsskede innan enheten hunnit genomföra en upphandling enligt LOU, när enheten annars skulle vara utan leverantör för något som måste utföras, bör enheten för en kortare period kunna utnyttja en förlängningsklausul i ett ingånget avtal, men endast för den tid som det kan anses åtgå för att genomföra en upphandling enligt LOU. Enheten bör således genast påbörja ett upphandlingsförfarande enligt de nya reglerna. Detta gäller endast när det finns en förlängningsklausul i avtalet. Finns det ingen förlängningsklausul hade rimligen enheten under alla omständigheter varit tvungen att påbörja ett upphandlingsförfarande, varför något undantag inte är möjligt.)

### 15.3 Överlåtelse av avtal

Överlåtelser av pågående avtal är en avtalsrättslig fråga. LOU reglerar endast upphandlingsprocessen för att ingå nya avtal.

Pågående avtal kan överlåtas från en leverantör till en annan, förutsatt att den upphandlande enheten medger detta, villkoren i avtalet inte ändras och att det kan anses förenligt med enhetens intressen. Enheten skall därvid iaktta affärsmässighet. Exempelvis måste den nye leverantören vara registrerad när så föreskrivs samt i övrigt uppfylla de krav som ställts på den ursprungliga leverantören.

### 15.4 Byte - delbetalning

Om en upphandlande enhet lämnar varor eller fastigheter, såsom begagnad utrustning, i byte för en vara, tjänst eller entreprenad är detta att anse som betalning eller delbetalning. Värdet (marknadsvärdet) av den lämnade utrustningen m.m. skall räknas in vid tröskelvärdesberäkningen.

### 15.5 Standardavtalen ALOS 81 och MONTAGE 85

Inom den offentliga sektorn används som standardavtal "Allmänna bestämmelser av år 1981 för leverans av gods till den offentliga sektorn", ALOS 81 och "Allmänna bestämmelser av år 1985 för leverans, innefattande montage, av gods till den offentliga sektorn", MONTAGE 85.

Sedan de båda avtalen framförhandlades har den nya köplagen, LOU m.fl. lagar trätt i kraft. Med anledning härav utreder för närvarande NOU om den nya lagstiftningen har sådan effekt på avtalen att dessa kan anses föråldrade.

Frågor som utreds är om

- avtalen bör förhandlas om,
- ev. nya mindre avtal som endast kompletterar köplagen bör träffas,
- avtalen bör avvecklas och hänvisning ske till andra avtal som finns på marknaden,
- andra avtal kan behövas m.m.



## 16. Dokumentation, rapportering, statistik

### 16.1 Dokumentation

#### *Allmänt*

Genom kraven på rapportering till Kommissionen eller beredskap för rapportering understryks ytterligare att det krävs god dokumentation av upphandlingsärenden.

Upphandlingar med anbudsförfarande kan med fördel samlas aktvis och innehålla bl.a. följande dokument. Vissa är aktuella enbart över tröskelvärdena:

- förfrågningsunderlag inklusive tilläggsinformation,
- skälen till att man utnyttjat undantag i LOU (anbudsförfarande, tidsfrister etc),
- sändlista,
- bevis om avsändningsdatum för annonsunderlag till EGT,
- ansökningar/anbud,
- anbudsförteckning,
- tjänsteanteckningar avseende kontakter med leverantörer,
- öppningsprotokoll, kontroller, utvärderingsprotokoll, ev. förhandlingsprotokoll m.m.,
- motiv för val av leverantör,
- skäl för förkastande av anbudsansökningar och anbud,
- svarsskrivelser,
- avtal/beställning,
- upprättad rapport,  
m.m.

#### *Försörjningssektorerna*

En upphandlande enhet inom försörjningssektorerna är skyldig att under minst fyra år bevara uppgifter om följande (4 kap. 27 § LOU):

- skälen för de krav som ställts på leverantörer och hur dessa valts ut,
- grunden för anbudsprövningen,
- skälen för att avstå från annonsering genom hänvisning till någon av punkterna i 4 kap. 16 §,
- skälen för tillämpning av undantag från användandet av europeiska specifikationer, 1 kap. 13 §,
- vilka undantag som tillämpats enligt 4 kap. 5 §.

Observera att för myndigheter gäller dessutom arkivlagen.

### 16.2 Rapporter - över tröskelvärdena

#### *Avslutad upphandling (1 kap. 11 § LOU)*

Vid upphandling över tröskelvärdena skall de upphandlande enheterna, utom vid upphandling avseende försörjningssektorerna, upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen. På begäran skall denna rapport lämnas till Kommissionen. Rapporten skall innehålla följande uppgifter:

- Den upphandlande enheten, vad som upphandlats samt upphandlingens värde.

- Namn på de anbudssökande eller anbudsgivare som valts ut och motiven för urvalet.
- Namnen på dem som avvisats och motiven för detta.
- Vilken leverantör som fick upphandlingen, motiven för det och, i förekommande fall, hur stor del denne avser att lägga ut på tredje man.
- Vid förhandlat förfarande, vilka omständigheter som motiverat valet av förfarande.

Det finns inga formella krav på hur rapporten skall vara uppställd.

#### *Motivering till förkastande av ansökningar och anbud*

En upphandlande enhet skall inom 15 dagar från det begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför hans ansökan eller anbud förkastats (2 kap. 7a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU). Som underlag för sådana upplysningar skall den ovan nämnda skriftliga rapporten finnas.

#### *Avbruten upphandling*

Då en upphandlande enhet beslutat att inte fullfölja en annonserad upphandling eller att göra om den, skall enheten på begäran lämna upplysningar om skälen för beslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Publikationskontoret i Luxemburg skall också underrättas om beslutet (2 kap. 7a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU). Det bör tills vidare räckas med ett kort meddelande, per brev eller fax, om att en viss annonserad upphandling avbryts eller görs om. Glöm inte tydlig hänvisning till aktuell annons.

#### *Rapporter till Kommissionen*

Upphandlande enheter skall vid några tillfällen utan anmodan skicka en rapport/förklaring till kommissionen, som dessutom i andra fall kan anmoda en enhet att inkomma med information/förklaringar.

#### *En upphandlande enhet skall utan anmodan lämna rapport;*

- Då anbud som bedömts orimligt lågt förkastats och då enda utvärderingskriteriet är lägsta pris.  
Ett sådant anbud får förkastas om anbudsgivaren inte lämnat tillfredsställande förklaring till det låga anbudet.
- Då en enhet vid varuupphandling tillämpar förhandlad upphandling utan annonsering av den anledningen att man inte fått in några anbud (eller några lämpliga anbud).

#### *Efter anmodan skall rapport lämnas till Kommissionen*

- Då en enhet vid entreprenadupphandling enligt 3 kap. LOU och upphandling av tjänster enligt 5 kap. tillämpar förhandlad upphandling utan annonsering av den anledningen att man inte fått in några anbud eller några lämpliga anbud.
- Då en enhet avviker från huvudregeln att en teknisk beskrivning skall göras med hänvisning till europeiska tekniska specifikationer när sådana finns. Enheter inom försörjningssektorerna skall lämna motsvarande information i samband med meddelandet om avslutad upphandling.
- Då en upphandling avslutats.
- Enheter inom försörjningssektorerna skall på begäran lämna uppgifter om undantagna verksamheter enligt 4 kap. 3-4 §§ LOU.

#### *Adressen till Kommissionen är:*

Commission of the European Communities  
DG XV/B3 (eller B4)

100, Avenue de Cortenberg  
B-1040 Brussels

### 16.3 Statistik

EG har krav på relativt omfattande statistik från de upphandlande enheterna. Detta är ett av flera skäl för enheterna att löpande dokumentera alla beslut under en upphandling. De upphandlande enheterna kommer att få lämna årsvis statistik över olika typer av upphandlingar, värden, uppgifter om leverantörer utanför Sverige m.m.

*Kom ihåg att inom 48 dagar  
(60 inom försörjningssektorerna)  
skicka meddelande om avslutad upphandling till EGT!*

Många upphandlande enheter drabbades under 1995 av krav på uppgifter för statistikändamål. Inom försörjningssektorerna gällde det värdet av upphandlingar under tröskelvärdena. Övriga enheter, som inte lämnat fullständiga uppgifter i sin efterhandsannonsering, har kontaktats för kompletteringar. Bland de enheter som *underlåtit att efterhandsannonsera upphandlingar alternativt inte meddelat Publikationskontoret att en upphandling avbrutits* blev flertalet under oktober kontaktade med begäran om de saknade uppgifterna.

Genom en kontroll i databasen TED är det möjligt att konstatera vilka annonser om upphandling som inte har efterhandsannonserats. Jämförelsen mellan annonser om upphandling och efterhandsannonser blir troligen inte absolut heltäckande 1995 men genom redan vidtagna förändringar i TED kommer den bristen att försvinna.

### 16.4 Kommande statistikkra

När WTO träder i kraft (1996) förändras kraven på uppgiftslämnande, mer eller mindre, för alla upphandlande enheter. För *allt statistiklämnande* gäller att det skall ske *årligen med början med statistiken över upphandlingar som görs under 1996* vilken skall lämnas under 1997.

För upphandlingar som avslutats under 1995 skall endast de "gamla" GATT-myndigheterna lämna statistikuppgifter.

Det är fortfarande en del oklarheter om hur vissa uppgifter skall lämnas. NOU återkommer så snart det är möjligt med preciseringar.

#### *Förbered uppgiftslämnandet*

För att underlätta för upphandlande enheter att uppfylla sina skyldigheter att lämna statistik i fortsättningen lämnas här en översikt över de kommande kraven.

Generellt gäller att statistik rörande upphandlingar *över tröskelvärdena* i största möjliga utsträckning kommer att tas ur databasen TED.

Uppgifter om upphandlingar *under tröskelvärdena* måste samlas in på traditionellt sätt och de enheter som berörs bör redan nu skaffa sig rutiner för ett enkelt insamlande av dessa uppgifter.

Eftersom det kommer att gälla delvis olika krav på uppgiftslämnande för olika typer av upphandlande enheter görs nedan en uppdelning.

## 1. Statliga myndigheter

### Under tröskelvärdena

Alla upphandlande enheter skall lämna uppgift om det totala värdet av sin upphandling under tröskelvärdena fördelat på varor, tjänster och entreprenader. Observera att tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster blir lägre i och med att WTO träder i kraft.

Uppgifter skall inte inkludera uppgifter om kontrakt under tröskelvärdena som gäller upphandling inom tjänstekategori 8 (Tjänster för forskning och utveckling) och inte heller upphandling av B-tjänster.

### Över tröskelvärdena

Alla upphandlande enheter skall lämna samma uppgifter för statistik som under 1995.

Dessa uppgifter kan tas ur TED under förutsättning att alla upphandlande enheter hanterar efterhandsannonseringen på ett korrekt och fullständigt sätt. Det sker enklast genom att använda standardblanketterna. För *statistikändamål* behövs följande uppgifter:

- o upphandlingsförfarande,
- o datum för kontraktstilldelning,
- o det tilldelade kontraktets totala uppskattade värde under hela löptiden (inklusive eventuella optioner och förlängningar),
- o CPV-klassificering och i förekommande fall även tjänstekategori,
- o vid förhandlat förfarande *utan annonsering* - anledning till detta förfarande,
- o namn och adress på leverantör/er (krav på uppgifter om varans/tjänstens ursprungsland kan komma att inkluderas; NOU återkommer om detta),
- o upphandlingsannonsens nummer.

## 2. Försörjningssektorerna

### Under tröskelvärdena

Alla upphandlande enheter skall årligen lämna uppgifter om det sammanlagda värdet av sina upphandlingar under tröskelvärdena, om möjligt fördelade på varor, tjänster och entreprenader. Uppgifter för statistik skall alltså lämnas på samma sätt som i år då det gäller upphandlingar under tröskelvärdena.

### Över tröskelvärdena

Alla upphandlande enheter inom *vissa* sektorer skall dessutom årligen lämna uppgifter för statistik rörande upphandlingar över tröskelvärdena. Det gäller *samtliga* enheter inom följande sektorer:

(Numreringen nedan är hämtad från numreringen av motsvarande bilagor till försörjningsdirektivet)

- I. Produktion, transport eller distribution av dricksvatten
- II. Produktion, transport eller distribution av elektricitet
- VII. Upphandlande enheter inom sektorn järnvägar i stadstrafik, spårvagnar, trådbussar eller bussar
- VIII. Upphandlande enheter inom sektorn flygplatsfaciliteter
- IX. Upphandlande enheter inom sektorn yttre eller inre hamnar eller andra terminalfaciliteter

Statistiken kan tas ur TED under förutsättning att alla upphandlande enheter hanterar efterhandsannonseringen på ett korrekt och fullständigt sätt. Det sker enklast genom att använda standardblanketterna. Förhoppningsvis får vi nya sådana i början av 1996. För *statistikändamål* behövs följande uppgifter:

- upphandlingsförfarande,
- datum för kontraktstilldelning,
- det tilldelade kontraktets totala uppskattade värde under kontraktets hela löptid (inklusive eventuella optioner och förlängningar),
- CPV-klassificering och i förekommande fall tjänstekategori,
- Vid ett *förfarande utan annonsering* - anledning till detta förfarande
- namn och adress på leverantör/er (krav på uppgifter om varans/tjänstens ursprungsland kan komma att inkluderas; NOU återkommer om detta),
- upphandlingsannonsens nummer.

Den statistik som skall lämnas från Sverige kommer inte att inkludera uppgifter om upphandling inom tjänstekategori 8 (Tjänster för forskning och utveckling) och inte heller upphandling av B-tjänster.

### 3. *Övriga upphandlande enheter*

*Under tröskelvärdena*

Inga krav på statistiklämnande.

*Över tröskelvärdena*

Se ovan Statliga myndigheter över tröskelvärdena.

## 16.4 Statistik för 1994

Statistik över upphandlingar som slutfördes under 1994 har nu levererats till Kommissionen. För försörjningssektorerna gäller statistiken upphandlingar *under* tröskelvärdena och för de klassiska sektorerna upphandlingar *över* tröskelvärdena.

*Upphandling över tröskelvärdena, ej försörjningssektorerna*

Det går knappast att dra några slutsatser om omfattningen av upphandlingar över tröskelvärdena eftersom 1994 var vårt första år med EES/EG-regler och inga avslutade upphandlingar således fanns att rapportera i början av året.

Extra många upphandlingar påbörjades sannolikt också i slutet av 1993 varför de inte finns med i statistiken även om de avslutades under 1994.

Troligtvis har det också varit en "inkörningsperiod", varvid ett antal upphandlingar över tröskelvärdena inte har hanterats som sådana.

*Antal rapporterade upphandlingar*

Kommuner	(endast varor och tjänster)	263
Landsting	"	115
Staten och övriga	"	280
Entreprenadupphandlingar		25
<b>Totalt</b>		<b>683</b>

En uppdelning av upphandlingen över tröskelvärdena 1994 på kommuner, landsting, staten och övriga ger följande (i miljoner kronor):

	<i>Varor</i>	<i>Tjänster</i>	<i>Entrepr</i>	<i>Totalt</i>
Kommuner	1 379	1 095	719	3 193
Landsting (inkl. SUB)	1 460	442	444	2 346
Fem största statliga*)	2 348	518	559	3 425
Övriga	540	1 098	91	1 729
<b>Summa:</b>	<b>5 727</b>	<b>3 153</b>	<b>1 813</b>	<b>10 693</b>

\*) betr. entreprenader de 2 största

*Vad har upphandlats? 10-i-topp-listor*

## VAROR

<i>CPV-avdelning</i>	<i>Antal upph</i>	<i>Värde (milj.kr)</i>
24 Kemikalier	43	753
30 Kontorsmaskiner och datorer	41	575
15 Livsmedel och drycker	44	543
23 Raff. petroleumprodukter m.m.	23	490
33 Instrument; precisions, medicinska, optiska	63	483
32 Teleprodukter	4	414
28 Metallvaror utom maskiner och apparater	18	410
36 Möbler m.m.	21	379
29 Maskiner som ej ingår i annan avd.	46	365
34 Motorfordon, släpfordon och påhängsvagnar	19	276
Övrigt		<u>1 039</u>
<b>Totalt</b>		<b>5 727</b>

## TJÄNSTER

	<i>Tjänstekategori</i>	<i>Antal upph</i>	<i>Värde (milj.kr)</i>
2	Landtransport	62	753
24	Utbildning	46	730
25	Hälso- och sjukvård samt socialtjänst	26	400
14	Fastighetsförv. städ och löpande underhåll	27	360
27	Övriga tjänster	14	127
23	Säkerhets- och bevakningstjänster	3	123
6	Finansiella tjänster	32	119
3	Lufttransport	3	115
4	Postbefordran	2	101
16	Sophantering, sanering m.m.	17	96
	Övrigt		<u>2 924</u>
	Totalt		3 153

***Kommuner över tröskelvärdena (varor och tjänster)***

*Vilka har upphandlat och vilka har annonserat?*

120 av landets *kommuner* har annonserat upphandlingar över tröskelvärdena och dessutom efterannonserat dem. 39 av dessa kommuner har dock inte efterannonserat *alla* sina upphandlingar. Därtill kommer ytterligare 40 kommuner som annonserat upphandling men där efterannonsering ej gjorts.

Anledningen till att efterannonsering inte gjorts kan vara: man har glömt det, upphandlingen har ännu inte avslutats eller upphandlingen har avbrutits (med eller utan föreskrivet meddelande till Publikationskontoret).

160 kommuner har alltså annonserat minst en upphandling. Detta innebär med utgångspunkt i lämnade uppgifter att *över 100 kommuner inte har gjort någon upphandling över tröskelvärdena*. Bland dessa finns en del ganska stora kommuner! Av

Av 41 kommuner > 50 000 invånare hade 6 st. ingen upphandling under 1994

36 "- 30 000-50 000 inv: 13 "-

43 "- 20 000-30 000 inv: 12 "-

En uppföljning kommer att göras under 1996.

***Övriga u.e. utanför försörjningssektorerna***

För landstingen gäller att samtliga har genomfört minst en upphandling av varor eller tjänster under 1994. Åtta av dessa har dock inte efterannonserat *alla* sina upphandlingar. Efterannonsering för 1994 saknas likaså för 12 statliga myndigheter.

En uppföljning kommer att göras under 1996.

Statliga myndigheter och "övriga" enheter är så heterogena, både i storlek och uppgifter, att motsvarande jämförelser som beträffande kommunerna inte är lika givande.

**Upphandlingsförfaranden exkl. försörjningssektorerna**

En uppdelning på de tre upphandlingsförfarandena visar att det helt dominerande förfarandet under 1994 har varit öppen upphandling då det gäller upphandling av varor och tjänster.

	Öppen	Selektiv	Förhandlad	Totalt
Varor	336	24	12	372
Tjänster	256	21	9	286
Entreprenader	14	11	-	25
Totalt antal	606	56	21	683
%	89%	8 %	3 %	100 %

**Försörjningssektorerna**

Rapporterade upphandlingar under tröskelvärdena uppgick till drygt 10 miljarder kronor varav drygt hälften hänför sig till energisektorn. Ett anmärkningsvärt stort bortfall (ca: 30 % trots påminnelse) gör att siffran är osäker, även om man kan anta att ett stort antal av de företag som inte svarade, inte har någon verksamhet inom försörjningssektorn eller inte anser sig omfattas av LOU. Bland de 90 kommuner som inte svarade kan det möjligen vara så att deras verksamhet inom försörjningssektorerna - och därmed rapporteringskyldigheten - överförts till bolag.

En uppföljning kommer att göras under 1996.



## 17. NOU:s tillsyn

### *Klagomål*

Under budgetåret 1994/95 besvarade NOU 6 - 7 000 telefonsamtal. En stor del av dessa var tyvärr *klagomål från leverantörer*. Antalet skriftliga ärenden ökar fortfarande, förra budgetåret rörde det sig om ett par hundra ärenden. Klagomålen rörde och rör fortfarande framför allt följande:

- Direktupphandling sker utan möjlighet för den klagande att få lämna anbud. Upphandlande enheter har ibland inte ens fastställt interna regler för i vilken utsträckning direktupphandling får ske.
- Avtal förlängs utan möjlighet för den klagande att få lämna anbud. Ibland sker förlängningar utan att ens någon förlängningsklausul funnits med i avtalet.
- Förfrågningsunderlagen är ogenomtänkta/otydliga, direkt dåliga, saknar uppgifter om kvantitet/omfattning eller är riktade till en viss leverantör (vanligt klagomål i domstol).
- Anbud som kommit in för sent tas upp till prövning.
- Grundläggande villkor har åsidosatts/ändrats vid förhandlingar så att köpet kommit att avse en annan vara eller tjänst än som ursprungligen avsetts i förfrågningsunderlaget (vid förklarad upphandling).
- Handlingar/uppgifter som visar på vilka grunder det vinnande anbudet har antagits lämnas inte ut till den klagande, trots att rapporteringsskyldighet föreligger.
- Upphandlingar har avbrutits och/eller egenregianbud har antagits på föregivet felaktig grund.
- S.k. avrop sker trots att en upphandling enligt LOU borde göras och ibland även tvärtom. Hängavtal tecknas på tidigare tecknade avtal utan att ha varit inkluderade i den ursprungliga upphandlingen.

Förfrågningar direkt ifrån upphandlande enheter till NOU kan också avslöja att dessa typer av klagomål ibland har fog för sig. Ofta är de klagande ganska små leverantörer som känner sig maktlösa. För många av dem är även mindre kontrakt livsviktiga. Många vågar inte framföra sina klagomål till köparen av rädsla för att inte få några uppdrag nästa gång. Dessa förhållanden är givetvis inte acceptabla.

NOU har möjlighet att prioritera ärenden av allmänt eller principiellt intresse. De klagomål vi tar upp översänds, om så erfordras, till den upphandlande enheten för yttrande. Därefter gör kansliet vid NOU en bedömning och uttalar sig i sakfrågan. I några fall har ärendet varit av den arten att NOU:s nämnd uttalat sig. NOU har inte talerätt i domstol och kan således inte föra ärenden dit. Detta är i Sverige förbehållet endast leverantören själv.

*Kommentar:* Enligt 7 kap. 9-10 §§ LOU äger NOU rätt att begära in handlingar och yttranden från de upphandlande enheterna. I vissa fall äger NOU även rätt att inhämta upplysningar genom besök hos den upphandlande enheten.

### 17.1 Av NOU bedömda ärenden

NOU har granskat en större upphandling från ett byggföretag med vilket kommunen sedan länge hade ett avtal för löpande mindre reparations- och ombyggnadsarbeten. Det aktuella projektet översteg väsentligt värdet av vad som tidigare avtalats. Samarbetet med företaget fortsatte; bl.a. biträdde företaget en förening, som var medfinansiär, att ta fram projekteringshandlingar. När kommunen väl skulle genomföra upphandlingen fanns inte utrymme för konkurrens utan kommunen ansåg att det uppstått en civilrättsligt bindning till företaget genom redan utförda arbeten. Kommunens inköpsavdelning hade inte konsulterats under ärendets gång.

Ärendet har bland annat lett till att kommunen vidtagit åtgärder för att förhindra att bindningar till en viss leverantör uppstår i framtiden som försvårar eller omöjliggör en upphandling i konkurrens. Vidare avsåg kommunen att säga upp avtalet med byggföretaget och teckna nytt avtal efter upphandling i konkurrens. Kommunen kommer vidare att se över alla gällande avtal i syfte att säga upp de avtal som behöver konkurrensutsättas på nytt.

#### *Upphandling av konst*

NOU har behandlat ett ärende om upphandling av konst. Ett landstings kulturnämnd hade en upphandlingspolicy vad gäller konst som innebar att konst endast skulle upphandlas på gallerier. Endast i undantagsfall upphandlades konst direkt från konstnärer. Detta gjorde att de konstnärer som inte ställde ut på gallerier nästan helt uteslöts från upphandlingen.

NOU gör inledningsvis bedömningen att för upphandling av konst över tröskelvärdet kan undantaget i 2 kap. 11 § LOU komma i fråga, dvs. förhandlad upphandling utan annonsering. NOU menar vidare, att det är rimligt att de undantag som finns över tröskelvärdet, även bör kunna tillämpas vid upphandling av konst under tröskelvärdet och att synnerliga skäl enligt 6 kap. 2 § LOU kan åberopas. Denna bedömning har sedermera gjorts även av Kammarrätten i Stockholm (se nedan mål nr. 976-1995).

NOU anser att interna riktlinjer för upphandling inte får medföra att vissa leverantörer utesluts från upphandling, eftersom en upphandlande enhet, med hänsyn till objektivitetsregeln i 1 kap. 4 § LOU, inte får särbehandla en leverantör i förhållande till en annan. Vidare anser NOU att med hänsyn till regeln om utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns, bör de upphandlande enheterna sträva efter att, även vid upphandling som inte behöver konkurrensutsättas, variera leverantörskretsen. Ärendet har varit föremål för nämndbeslut.

#### *Fråga om elbolags köp av energi*

Ett elbolag som innehar nätkoncession för visst geografiskt område blev förelagt av Närings- och teknikutvecklingsverket (NUTEK) att upphandla el från vissa mindre leverantörer som är belägna inom koncessionsområdet. Elbolaget överklagade NUTEK:s beslut till kammarrätten, som hösten 1994 fastställde beslutet.

Elbolaget begärde att få höra NOU:s inställning till huruvida 2 § 4 mom., tredje stycket i Lag (1902:71) innefattande vissa bestämmelser om elektriska anläggningar, ellagen, stred mot LOU. Enligt bestämmelsen i ellagen är den som innehar områdeskoncession för yrkesmässig distribution skyldig att, om det inte finns särskilda skäl till undantag, köpa ström från elproduktionsanläggning som är belägen inom området och som kan leverera en effekt om högst 1500 kilowatt.

*NOU gjorde följande uttalande:* "Den svenska elmarknaden är ännu inte avreglerad. Enligt ellagen är den som innehar områdeskoncession skyldig att köpa el från produktionsanläggningar som är belägna inom det område för vilken han innehar koncession och som kan lever-

era en effekt om högst 1500 kW. Sådana små anläggningar består ofta av mindre vattenkraftsstationer, vindkraftverk och mindre kraftvärmeanläggningar. Småskalig elproduktion anses vara viktig ur regional synvinkel och är ofta miljövänlig. Motiveringen till skyldigheten att köpa el från mindre elproducenter enligt den nuvarande lagstiftningen är, enligt lagrådsremissen 1995-05-05 avseende ny ellagstiftning, att dessa inte kan agera på elmarknaden på samma villkor som de större producenterna.

Enligt propositionen 1994/95:222 Ny ellagstiftning, s. 46, skall skyldigheten att köpa från mindre elproducenter i koncessionsområdet kvarstå, men då för innehavaren av leveranskoncessionen. Motiveringen är att skydda den småskaliga elproduktionen vid övergången till en reformerad elmarknad.

Det är NOU:s tolkning att köp av energi är undantaget från EG:s regler om upphandling inom försörjningssektorerna enligt EG-direktiv nr 93/38 av den 14 juni 1993, artikel 9 p. 1 b) och enligt 4 kap. 7 § 2 p. LOU (se även ingressen till EG-direktiv nr 93/38, p. 17 angående undantag vid upphandling av energi). NOU anser därför att regeln i 2 § 4 mom, 3 st. ellagen om skyldighet för innehavare av områdeskoncession att köpa el från produktionsanläggningar som är belägna inom det område för vilken han innehar koncession och som kan leverera en effekt om högst 1500 kW inte strider mot upphandlingsreglerna i LOU."

*Kommentar:* Den svenska elmarknade avreglerades den 1 januari 1996.

#### *Upphandling av arkeologiska tjänster*

NOU har yttrat sig över motion 1994/95:Kr275 om upphandling av arkeologiska tjänster. Motionen behandlade förhållandet mellan reglerna i lagen om kulturminnen m.m. (KML) och reglerna i LOU.

Enligt KML skall länsstyrelsen fatta beslut avseende särskild utredning, särskild undersökning och arkeologisk förundersökning efter en anmälan/ansökan av en fysisk eller juridisk person som antingen vill bygga på en plats där det finns/kan finnas fornminnen eller som vill flytta ett fast fornminne. Länsstyrelsen skall i sitt beslut ange vem som skall utföra arbetet och såvitt möjligt till vilken kostnad det skall ske. Anmälaren/sökanden skall som regel bekosta de olika undersökningarna.

I likhet med motionärerna anser NOU att länsstyrelsens beslut om leverantör och fastställande av kostnaden för undersökningen inte är myndighetsutövning. Enligt vad NOU förstår tillfaller resultaten av de av länsstyrelsen beslutade arkeologiska undersökningarna, i form av protokoll, ritningar m.m. samt fysiska föremål som upphittats, staten. NOU anser med stöd av detta att en offentlig upphandling bör göras.

Något som också talar för att beslutet om leverantör av arkeologiska undersökningar skall föregås av en offentlig upphandling enligt reglerna i LOU, är att staten skall undersöka marknaden. I och med att det inte synes föreligga hinder mot att privata enheter antas som leverantörer av arkeologiska tjänster, anser NOU att staten genom att upphandla enligt reglerna i LOU kan erhålla bästa möjliga resultat av de arkeologiska undersökningarna till en så låg kostnad som möjligt för sökanden/anmälaren.

Länsstyrelsen har ansvar för att utredningen/undersökningen blir utförd på ett sätt som är objektivt och vetenskapligt korrekt. Enligt NOU kan detta knappast säkerställas om sökanden/anmälaren är den som *utformar förfrågningsunderlaget* för upphandlingen och ingår avtalet. Vidare anser NOU att länsstyrelsen torde vara den bäst lämpade att göra *utvärderingen* av lämnade anbud, eftersom det är länsstyrelsen som enligt KML skall utse leverantör. NOU anser

att någon reell *uppföljning* av en arkeologisk undersökning inte är möjlig, i de fall länsstyrelsen inte är en *part i avtalet* med leverantören.

Arkeologisk utgrävning torde enligt NOU:s mening vara att betrakta som en tjänst som omfattas av avdelning B i bilagan till LOU. Vid upphandlingar skall i så fall 6 kap. LOU tillämpas. LOU innehåller inga undantag beträffande upphandling av arkeologiska tjänster.

## 18. Rättsmedel

### *Överprövning och skadestånd*

Sanktioner är knutna till upphandlingslagen. En leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada kan vid länsrätt, som första instans, begära överprövning av pågående upphandling. Länsrätten kan då besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Den leverantör som anser sig förfördelad kan vidare, inom ett år från den dag beslut om leverantör fattats, vid tingsrätt framföra krav på skadestånd. Eftersom en förfördelad leverantör kan få skadeståndsansättning för förlorad handelsvinst, kan ersättningen komma att uppgå till betydande belopp.

Inom försörjningssektorerna kan leverantörer tilldömas skadestånd både för nedlagda kostnader och för utebliven vinst (det negativa och det positiva kontraktsintresset). Huruvida leverantör till upphandlande enheter inom de s.k. klassiska sektorerna, dvs. kap. 2, 3 och 5 samt till upphandlande enheter under tröskelvärdena, kan tilldömas ersättning för enbart nedlagda kostnader, utan att kunna styrka att han skulle ha tilldelats kontraktet vid riktig hantering, är oklart och ännu inte prövat av domstol (jfr. Lagrådets yttrande i prop. 1992/93:88). I Storbritannien har införts regler som säger att leverantörer inom alla områden av upphandlingsdirektiven kan tilldömas ersättning för såväl kostnader som utebliven vinst.

Det bör observeras att sanktionerna gäller även upphandling under tröskelvärdena.

Hanteringen av sanktionssystemet skiljer sig mellan de olika länderna.

*Kommentar:* I PM 1996-02-05 föreslås en ändring av 7 kap. 2 § andra stycket så att skadevärdering endast får göras i samband med interimistiskt beslut.

## 19. Rättsfall

### 19.1 EG-domstolen

#### *Tid och plats för anbudsöppning*

Enligt EG-direktiven skall annons i EGT innehålla den information som anges i annonsförlagorna i annex till direktiven. I förlagorna anges bland annat att det beträffande öppna upphandlingar av varor, entreprenader, tjänster skall *anges dag, tid och plats för öppnande av anbud* och vilka som har rätt att närvara vid öppnandet. EG-domstolen har i en dom (mål C-359/93, EG-kommissionen mot Nederländerna, avgjort den 24 januari 1995, men ännu i okt. -95 ej publicerat i European Court Reports, ECR) förklarat att ovan nämnda uppgifter är *obligatoriska och ovillkorligen nödvändiga* och att den holländska myndigheten genom att underlåta att i annonsen uppge uppgifterna brutit i uppfyllandet av vederbörande artikel i direktivet.

#### *"Eller likvärdigt"*

I samma dom förklarade domstolen att myndigheten brutit mot direktivreglerna genom att ange att i upphandlingen efterfrågat operativsystem skulle vara *UNIX* utan att tillägga *"eller likvärdigt"*. Detta kunde ha medfört att möjliga leverantörer med andra likvärdiga operativsystem har avstått från att lämna anbud. Förfarandet kunde också hämma importflödet mellan länderna inom EU i strid med artikel 30 i Romfördraget genom att kontraktet reserveras för leverantörer som avsåg att använda det speciellt angivna systemet.

*Kommentar:* I PM 1996-02-05 om ändring i LOU föreslås ett förtydligande härvidlag.

### 19.2 Överprövning i Regeringsrätten

#### *Prövningstillstånd*

- Regeringsrätten tar upp ett överklagande av en dom från Kammarrätten i Stockholm. Målet gäller om 7 kap. 1 § LOU överensstämmer med rättsmedelsdirektiven.

Enligt 7 kap. 1 § andra stycket får en ansökan om överprövning inte tas upp till prövning efter den tidpunkt då beslut om leverantör fattats. Klaganden framhåller att direktiven avser att det skall finnas möjlighet att få rättelse ända fram till dess avtal kommit till stånd.

NOU har yttrat sig i frågan på Regeringsrättens begäran och hänvisar till en tidigare till Regeringen framställd begäran om ändring av lagen just med den innebörden att tidpunkten för möjlighet att få överprövning av ett upphandlingsbeslut ändras från beslutstidpunkten till avtalstidpunkten.

Regeringsrätten kan även i målet komma att behandla EG-rättens företrädare framför svensk rätt och svenska domstolars möjlighet att begära tolkningsbesked av EG-domstolen.

Om Regeringsrätten beslutar att begära tolkningsbesked av EG-domstolen kan ett slutlig avgörande från Regeringsrätten komma att dröja ett par år.

*Kommentar:* Ännu (jan -96) har inget beslut fattats.

Regeringsrätten har meddelat prövningstillstånd i ytterligare två mål avseende överprövning av upphandling. Dessa gäller

- Frågan om en kommun kan ställa krav på allmän taxiservice vid upphandling av kommunal färdtjänst och
- Frågan om en statlig myndighet äger rätt att kräva att anbudsgivare i sitt anbud skall precisera de kostnader som ingår i priset för den offererade tjänsten.

#### *Ej prövningstillstånd (okt -95)*

Regeringsrätten har beslutat att inte meddela prövningstillstånd i tre upphandlingsmål. Kammarrätternas avgöranden står därför fast. Dessa är följande:

- Upphandling av laboratorietjänster (Stockholms läns landsting, mål nr i länsrätten i Stockholm: Ö 7729-95)
- Upphandling av beställningsfunktion för samhällsbetalda resor (Skaraborgs Läns Trafik AB, mål nr i länsrätten i Skaraborg: 981-95)
- Upphandling av skolskjutsar (Torsby kommun, mål nr i länsrätten i Värmland: 1223-95)

### 19.3 Överprövning i kammarrätt och länsrätt

NOU informerar om avgöranden som har mer allmänt intresse. Den som önskar ta del av dem kan vända sig till respektive domstol och begära kopia av domen med hänvisning till målnummer.

#### *Antal och fördelning*

NOU hade i oktober 1995 tagit del av 91 fall som prövats enligt LOU av länsrätt. Av målen har knappt hälften prövats även av kammarrätt (ca 40 ärenden).

Enheter som varit föremål för talan fördelar sig enligt följande:

Kommuner	40
Statliga myndigheter	24
Landsting	13
Landstingsägda bolag	6
Kommunala bolag	6
Statliga bolag	2
Kyrklig nämnd	1

Av 91 prövade ärenden blev *domslutet*:

- att upphandlingen skulle göras om	15
- att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse	5

De ärenden där upphandlingen skall *göras om* avser:

- kommunal upphandling	11
- statlig upphandling	2
- landstingskommunal upphandling	2

De ärenden som innebär *rättelse* avser:

- kommunal upphandling	2
- statlig upphandling	1
- landstingskommunal upphandling	1
- upphandling gjord av landstingsbolag	1

En iakttagelse NOU gjort är att en betydande del av klagomål avser transporter av olika slag (mer än 1/4 av ärendena eller 25 fall av 91).

### **Avkunnade domar**

De domar som refererats i *NOU info* finns alla med här i kronologisk ordning. De refererade kammarrättsdomarna har dock placerats direkt efter länsrättsdomen. En lista med alla domar som avkunnats i länsrätt och kammarrätt finns som bilaga.

#### *Januari - juni 1994*

Ett tiotal domar gällande överprövning har under den tiden avkunnats vid olika länsrätter. Ansökningar om överprövning har riktats mot landsting, kommuner, affärsverk och offentliga företag. Ärendena har avsett såväl upphandlingar över som under tröskelvärdena. Några domar har dessutom överklagats till kammarrätt.

- I vissa fall har länsrätten först fattat ett interimistiskt beslut som gör att upphandlingen avstannar till dess att den slutliga prövningen är klar.
- I några fall konstaterar länsrätten att LOU inte är tillämplig, eftersom upphandlingen som överprövningen avsåg hade påbörjats före den 1 januari 1994.
- Några ärenden har inkommit till länsrätt/kammarrätt efter den tidpunkt då beslut om leverantör fattats och domstolen har därmed inte kunnat pröva ärendet.
- Ett ärende som har avgjorts av länsrätten i Stockholm (Ö-4546-94) gällde om tre veckors anbudstid var tillräcklig. Det refereras här kortfattat.

Upphandlingen avsåg tjänster inom hälso- och sjukvård och genomfördes som förenklad upphandling. Vid en upphandling under tröskelvärdena gäller inte några fastställda tidsfrister utan leverantörer skall ges "skälig tid" enligt 6 kap. 5 § LOU.

Länsrättens dom blev att upphandlingen skulle göras om. I domskälen kan läsas: "För att kunna avge bindande anbud måste anbudsgivaren ges tillräcklig tid att ingående kunna planera för verksamheten och eventuellt själv genomföra affärsförhandlingar. En så kort anbudstid som tre veckor, vilken dessutom innefattar påskhelgen, innebär att tillgängliga konkurrensmöjligheter inte rimligen kan utnyttjas".

#### *Juni - oktober 1994*

- Länsrätten i Stockholm har beslutat att en upphandling av barn- och mödrahälsovård inte får avslutas förrän rättelse gjorts, (Ö 6362-94, Ö 6363-94).

Sjukvårdsstyrelsen infortrade anbud genom förenklad upphandling och uppgav i en komplettering till anbudshandlingarna att eventuella anbud från husläkarmottagningar inte skulle beaktas. Sjukvårdsstyrelsen anförde som skäl, att om en husläkarmottagning får ansvar för barnhälsovården inom en kommun kan denna mottagning successivt slussa över invånarna till sin egen husläkarmottagning eftersom det finns medicinska kopplingar mellan verksamheten på barnavårdscentralen och husläkarmottagningen. Den grundläggande principen inom husläkarsystemet om konkurrensneutralitet skulle därmed åsidosättas. Eftersom husläkarna skall konkurrera om patienterna på lika villkor ansågs det vara en för stor konkurrensfördel.

Länsrätten ansåg att de aktuella upphandlingarna inte hade genomförts affärsmässigt eftersom en viss kategori av leverantörer uteslutits. Sjukvårdsstyrelsens skäl till att utesluta tänkbara leverantörer ansågs inte väga så tungt att tillgänglig konkurrens inte fullt ut skall utnyttjas.

- Länsrätten i Stockholm har prövat en upphandling av gruppbofastadsplatser, (Ö 14028 94) och beslutat att upphandlingen skall göras om.

Den leverantör som begärt överprövning framhöll bland annat att det av förfrågningsunderlaget framgick att LOU inte tillämpades, att det inte framgick enligt vilka kriterier anbud skulle prövas och att underlaget dessutom var så knapphändigt att anbud i egentlig mening var omöjligt att avge. Bland annat hade inte vårdtyngden angetts.

I domskälen angav länsrätten: ”Att så väsentliga faktorer som i detta fall vårdtyngden och den därmed intimt förknippade frågan om pris skall behandlas och beaktas först efter anbudstidens utgång i förhandling med endast ett urval av anbudsgivarna måste anses strida mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU”.

Domstolen ansåg att upphandlingen inte hade genomförts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som fanns och inte heller i övrigt på ett affärsmässigt sätt. Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.

- Länsrätten i Göteborgs och Bohus län har prövat en upphandling av begravnings tjänster, (Ö 1615-94). Domstolen avslag ansökan.

Upphandlingen skulle gälla för en period av två år. Sökanden var en leverantör som inte hade tillfrågats. Upphandlingen genomfördes genom förenklad upphandling och fem tänkbara företag tillfrågades, av vilka två hade samma ägare. Länsrätten uppgav att vid avvägning av omfattningen av annonseringen eller utskicket av skrivelserna skall enheten särskilt beakta huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 §. För den aktuella upphandlingen tillämpades 6 kap. LOU. Enligt lagens förarbeten bör de rutiner som tillämpades med stöd av det tidigare gällande kommunala upphandlingsreglementet i allt väsentligt kunna tillämpas på upphandling enligt 6 kap. I domen anför länsrätten att ”Vid tillämpning av det kommunala upphandlingsreglementet torde det ha räckt med att tillfråga tre anbudsgivare vid upphandling inom den s.k. mjuka sektorn vård, socialtjänst, skola m.m. Begravnings tjänst utgör en sådan mjuk tjänst”. Länsrätten ansåg att enheten inte brutit mot någon bestämmelse i LOU genom att tillfråga endast fem leverantörer.

*NOU:s kommentar:* NOU konstaterar i anslutning till denna dom att även inte tillfrågade leverantörer har rätt att på begäran få ta del av förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer och alla anbud skall prövas som inkommer i rätt tid och uppfyller upphandlarens krav, se 6 kap. 6 § och 11 § LOU. Begravningsbyrå kunde kanske under anbudstiden ha begärt att få ut förfrågningsunderlaget för att lämna anbud, varpå de hade haft samma möjligheter vid anbudsprövningen som övriga leverantörer.

*Oktober - december 1994.*

- Länsrätten har beslutat att en upphandling av färdtjänst skall göras om, (Ö 10520-94).

Länsrätten ansåg, efter prövning av ärendet, att kommunen inte skulle ha genomfört upphandlingen som en förenklad upphandling, eftersom det beräknade värdet måste antagas ligga över tröskelvärdet. Länsrätten anmärkte vidare mot att såväl uppgifter om upphandlingens totala värde som urvalskriterier saknades i förfrågningsunderlaget. Domen överklagades till kammarrätten som har avslagit överklagandet varvid länsrättens dom står fast.

- Länsrätten konstaterade att fel hade begåtts i en upphandling men att den skada som föranletts av detta fel var mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i det pågående förfarandet, (Ö 1250-94).



Ärendet avsåg upphandling av VVS-, luft- och elinstallationer. Förenklad upphandling tillämpades. Anbudstiden var bestämd till tio dagar. På begäran förlängdes anbudstiden med tre dagar. Länsrätten ansåg att en anbudstid på tio dagar inte gav anbudsgivaren skälig tid att planera sina affärshandlingar. Tillgängliga konkurrensmöjligheter utnyttjades därmed inte. Beträffande förlängningen framhöll länsrätten att en sådan inte bör göras i slutet av den ursprungliga tidsperioden. Enligt länsrättens mening skulle dock skadan vid en försening av projektet vara större än den skada en leverantör kunde komma att lida på grund av ett uteblivet kontrakt om ifrågavarande arbeten. Trots konstaterade fel fick upphandlingen fullföljas.

- Länsrätten har beslutat att en upphandling av skolskjutsar skall göras om, (Ö 1359-94).

En ansökan om överprövning av en upphandling av skolskjutsar har prövats bland annat på grund av att förfrågningsunderlaget innehållit sådana brister att sökanden ansett det vara omöjligt att inkomma med anbud. Vidare ansågs underlaget ge den tidigare leverantören vissa fördelar och tidplanen ansågs inte utformad med hänsyn tagen till affärsmässiga konsekvenser för anbudsgivare (tid för att sätta igång respektive avveckla verksamheten).

Länsrätten grundar åtminstone delvis sitt domslut på Kommunförbundets Handbok för skolskjutsar. Domstolen anför att "en kommun självfallet inte är bunden av någon modell som redovisas i denna handbok", men däremot att den kan anses "ge uttryck för en godtagbar standard." Domstolen anför att förfrågningsunderlaget haft sådana brister att upphandling inte kan anses ha gjorts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och inte genomförts affärsmässigt. Denna överträdelse måste antas medföra att bland annat sökanden kan komma att lida skada.

#### *Januari - mars 1995*

- Länsrätten har lämnat en ansökan om överprövning av en upphandling av sjukresor utan bifall (Ö 181-95).

Klaganden anser att underlaget i en öppen upphandling av transporter för sjukresor haft sådana brister att upphandlingen bör göras om, alternativt avslutas, först sedan rättelse har gjorts. Klaganden uppger bland annat att det inte kan utläsas vilken prioriteringsordning som gäller bland urvalskriterierna, att det överhuvudtaget inte framgår vilka omständigheter som kommer att vara relevanta vid anbudsprövningen och att han kan komma att lida skada såsom urvalskriterierna bestämts, formulerats och rangordnats. Underlaget ansågs vidare vara otydligt vad avser omfattningen av transporterna.

Länsrätten konstaterar att "en kvantifiering av behovet av de skilda transporterna borde ha ingått i förfrågningsunderlaget. Utan detta får det anses i stort omöjligt att i varje fall för en ny leverantör beräkna kostnaderna för transporterna. Detta kan i sin tur dels tänkas totalt avhålla en leverantör från att medverka i anbudstävlingen dels förorsaka felaktigheter i anbudsgivningen".

Det konstateras att landstinget har brutit mot affärsmässighetsregeln i 1 kap. 4 § LOU genom att förfrågningsunderlaget haft sådana brister att upphandlingen inte kan anses ha gjorts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns.

För att domstolen skall kunna besluta att upphandlingen skall göras om eller rättas, skall felet enligt 7 kap. 2 § LOU ha medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Orsaksambandet mellan felet och den påtalade skadan brister, enligt domen, eftersom anledningen till att landstinget kan komma att utesluta den klagande beror på tidigare erfarenheter av denne och inte på det konstaterade felet. Ansökan lämnas utan bifall.

Länsrättens dom har fastställts av kammarrätten.

- Länsrätten i Stockholm (mål nr. 132-95) och Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 976-1995) har prövat ett ärende som avser upphandling av konst och lämnat ansökan utan bifall.

Talan avser Statens konstråds beslut att utsmycka vissa lokaler i Stockholm till ett värde av 1 340 000 kr. Klaganden anför bland annat att konstrådet borde ha genomfört upphandlingen i konkurrens genom en förenklad upphandling enligt LOU:s regler.

Både läns- och kammarrätt slår fast att upphandling av konst över tröskelvärdet för varuupphandling kan ske enligt 2 kap. 11 § LOU. Genom att använda sig av förhandlad upphandling utan annonsering kan en upphandlande enhet vid konstupphandling vända sig direkt till lämpliga leverantörer med hänvisning till konstnärliga skäl. Under tröskelvärdet blir tillvägagångssättet detsamma, dvs. genom direktupphandling med åberopande av synnerliga skäl enligt 6 kap. 2 § LOU. Enligt kammarrättens mening "finns det inte skäl att vid en upphandling av konst under tröskelvärdet ställa högre krav på konkurrens än vid en upphandling över tröskelvärdet".

- Länsrätten i Stockholm (mål nr. 18303-94) och Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 12192-1994) har prövat ett ärende om upphandling av bärgning av fordon.

Rikspolisstyrelsen (RPS) skulle genomföra upphandling av bärgning av fordon där fordonsägaren var betalningsansvarig.

Kammarrätten i Stockholm anförde följande "Eftersom Rikspolisstyrelsen genom den nu aktuella upphandlingen inte avser att för egen del köpa bärgningstjänster är upphandlingen inte att hänföra till sådan upphandling som avses i LOU. Härav följer att LOU inte är tillämplig på Rikspolisstyrelsens upphandling." Domen överklagades till Regeringsrätten.

*NOU:s kommentar:* Regeringsrätten avvisade talan på den grunden att domen i Kammarrätten inte gick klaganden (RPS) emot. RPS har därför inte talerätt. Om leverantören överklagat kammarrättens dom hade det funnits en möjlighet att Regeringsrätten prövat ärendet. Kammarrättens dom står nu fast.

- Länsrätten i Stockholm (mål nr. 1097-95),  
Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 1571-1995).

Målet gällde en upphandling av *informationstjänster* som enligt den upphandlande enheten var att hänföra till kategori B 27. I domen godtas detta utan att någon redogörelse lämnas för vilka tjänstekategorier som skulle upphandlas.

*NOU:s kommentar:* Vid upphandling av flera olika typer av tjänster måste den upphandlande enheten först ta reda på i vilka kategorier de olika tjänsterna hör hemma. Därefter beräknar enheten om det sammanlagda värdet för A-tjänsterna är större eller mindre än det sammanlagda värdet för B-tjänsterna. Är A-tjänsterna dominerande skall upphandlingen i sin helhet anses vara en A-tjänstupphandling. Utgör B-tjänsterna det största värdet blir det i stället fråga om en B-tjänstupphandling (5 kap. 3 § LOU).

Eftersom det inte går att utläsa vilka olika tjänster som var aktuella i målet bör domen tolkas med försiktighet. Det kan nämnas att upphandling av reklamtjänster hör till kategori A 13.

#### *Mars - juni 1995*

- Länsrätten i Kalmar län (Mål nr. 371—373-95) har beslutat att en upphandling avseende nybyggnation av ett sjukhem med vårdplatser för äldre skall göras om. Kammarrätten avslår överklagandet och länsrättens dom står fast.

Tekniska nämnden vid kommunen i fråga har fattat beslut om leverantör under förutsättning av kommunfullmäktiges beslut. Då fullmäktige inte fattat något beslut upptar länsrätten ansökan till prövning.

En konsultfirma som hjälpt kommunen med förfrågningsunderlaget rörande byggnationen har också hjälpt ett av de företag som lämnat anbud på entreprenaden. Tekniska nämnden har beslutat att anta detta företag som entreprenör. Länsrätten anger "Upphandlingen rör betydande belopp och det är därför särskilt viktigt att bestämmelserna om affärsmässighet iakttas. Det av kommunen tillämpade förfaringssättet rörande upphandlingen kan inte godtas ur konkurrenssynpunkt utan kommunen får därigenom anses ha brutit mot 1 kap. 4 § LOU och detta har medfört skada för andra anbudsgivare".

Länsrätten bifaller ansökningen och beslutar att upphandlingen skall göras om.

- Kammarrätten (Avd 2, 3184 - 3186-95) avslår överklagandet och länsrättens dom att upphandlingen skall göras om står därmed fast.

Domen behandlar dels bristande överensstämmelse mellan uppställda krav och de krav som värderats vid utvärderingen av anbud och dels huruvida det anses förenligt med LOU att en konsult som medverkat vid framtagandet av en kravspecifikationen hos en upphandlande enhet också på ett eller annat sätt deltar i anbudsgivningen.

Kammarrätten konstaterar att de omständigheter som tillmätts betydelse i förfrågningsunderlaget inte överensstämmer med dem i utvärderingen. Ett kriterium som bedömts - utbyggnadsmöjligheter - fanns inte med i de värderingsgrunder som annonserades ut medan andra faktorer som fanns med inte poängsattes vid utvärderingen. Bristande kongruens i detta avseende är oförenligt med LOU. Redan detta förhållande utgör skäl för att upphandlingen skall göras om.

Vad gäller konsultens medverkan framhåller kammarrätten följande. En konsult som tagit aktiv del i det omfattande arbete hos den upphandlande enheten som utmynnar i en kravspecifikation, måste generellt sett anses ha skaffat sig konkurrensfördelar för den händelse har senare deltar på ett eller annat sätt i anbudsgivningen. Enligt kammarrätten är presumptionen stark för att konkurrensen blir snedvriden om, som i målet, en konsult först arbetar för den upphandlande enheten och därefter får möjlighet att delge en av anbudsgivarna sina kunskaper om upphandlingen. Även denna omständighet utgör skäl för att göra om upphandlingen konstaterar domstolen.

*NOU:s kommentar:* I *NOU Info dec -94* anges följande. "En konsult som varit med att ta fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete bör inte delta i därpå följande anbudsgivning, om det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att den på ett eller annat sätt anpassats till konsultens produktion av varor eller tjänster. Konsultmedverkan får inte leda till att konsulten ges konkurrensfördelar genom information som andra anbudsgivare inte får.

I de fall den upphandlande enheten bedömer att en konsult inte kan få delta i upphandling av slutprodukten eller tjänsten, bör detta klargöras redan inför den inledande upphandlingen."

Omvänt kan nog hävdas att om konsulten inte kan anses få några konkurrensfördelar genom sitt tidigare deltagande, finns det i normalfallet inget som hindrar att han är med i ett senare skede av upphandlingen.

- Länsrätten i Norrbottens län (Målnr. 667-95) har förordnat att en upphandling av ADB-utrustning och programvara skall göras om. Kammarrätten i Sundsvall (1431-95) har fastställt länsrättens dom.

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande. "Anbudet skall utformas som procentpåslag på leverantörens inköspriser med möjlighet att vid behov få tillgång till inköspriserna genom leverantörens egen bokföring, eller att leverantören styrker inköspriset med fakturakopia".

Länsrätten konstaterar att en leverantör genom detta krav kan tvingas röja affärshemligheter, som kan skada hans verksamhet. Om leverantören i ett sådant fall, trots de av den upphandlande enheten åberopade sekretessbestämmelserna, avstår från att lämna ett anbud, har alla möjligheter till konkurrens inte utnyttjats.

I Kammarrättens domskäl anges följande. "Genom att bolaget till följd av det av kommunen uppställda kravet på anbudslämnande leverantörer valt att inte delta i upphandlingen har det huvudsakliga syftet med LOU inte kunnat tillgodoses. Kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU har därmed inte uppfyllts".

- Länsrätten i Kristianstads län (Målnr. 816-95) har meddelat i beslut att den inte upptar en ansökan från en *branschorganisation* till prövning, eftersom organisationen inte är någon leverantör.
- Länsrätten i Malmöhus län (Målnr. 1943-95) har prövat en upphandling av städning och fönsterputsning och beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förfrågningsunderlaget saknas helt uppgifter om storleken på de lokaler, vari städningen skall utföras, samt vilka rumstyper som finns i respektive lokal. Likaså saknas uppgifter om antal, storlek och typ av fönster som skall putsas. Avsaknaden av dessa uppgifter fordrar att en anbudsgivare besöker respektive lokal för att få veta omfattningen av de städ- och fönsterputsarbeten som kan behöva utföras enligt uppgjord mall för städprogram. Först därefter kan anbudsgivaren ta ställning till huruvida anbud skall lämnas.

Enligt länsrättens mening bör ett förfrågningsunderlag för upphandling av sådana tjänster varom nu är i fråga innehålla så preciserade uppgifter att en anbudsgivare kan överblicka de efterfrågade tjänsternas omfattning utan att först besöka platsen. Av domen framkommer att rättelse bör ske genom att förfrågningsunderlaget kompletteras med sådana uppgifter att en leverantör från dessa på affärsmässiga grunder kan sluta sig till städ- och fönsterputsarbetenas omfattning för respektive objekt.

Länsrätten beslutar att rättelse skall göras.

*NOU:s kommentar:* Besök på platsen kan i vissa fall vara lämpligt och t.o.m. nödvändigt.

Enligt t.ex. 2 kap. 16 § LOU medges besök på platsen och tidfristen bör givetvis anpassas till detta. Det kan vara nödvändigt med besök på platsen t.ex. för att få överblick över komplexiteten i upphandlingen eller för att rätt förstå alla förutsättningar. Av sekretesskäl bör dock inte olika anbudsgivare tillåtas göra besök samtidigt.

- Länsrätten i Kristianstad (Målnr. 867-95) har prövat utformningen av förfrågningsunderlaget i en upphandling av tandtekniska tjänster. Länsrätten avlog ansökan om åtgärd. Kammarrätten i Göteborg (avd. 3, 4054-1995) avskrev målet sedan beslut om leverantör fattats.

Sökanden menar att landstinget inte tillräckligt preciserat de omständigheter som skall tillmätas betydelse vid bedömningen av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det gäller t.ex. hur odontologisk kvalitet och fullgod kvalitet skall mätas.

Länsrätten uppger att något heltäckande regelsystem för närvarande inte föreligger avseende vad som objektivt sett är att anse som god kvalitet för i upphandlingen aktuella tjänster och varor. Vid en upphandling bör det finnas en strävan efter att kvaliteten skall vara mätbar. När absoluta kvalitetsindikationer saknas kommer faktorer, vilka landstinget upptagit i sitt förfrågningsunderlag, såsom bl.a. referenser och erfarenhet, på ett naturligt sätt att ingå vid denna bedömning. Länsrätten anser att det i landstingets förfrågningsunderlag tillräckligt framgår hur bedömningen är avsedd att göras, vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse och vilka kriterier på kvalitet man uppställer.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivaren vidare uppge om de är bundna av kollektivavtal för sysselsatt personal.

Ett krav om kollektivanslutning måste, enligt länsrätten, anses utgöra ett sådant villkor som missgynnar vissa leverantörer och som därmed står i strid mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU. En upphandlande enhet har dock möjlighet att införskaffa upplysningar om leverantörer utöver vad som anges i 6 kap. 9 § LOU i informationssyfte. En information av detta slag får inte användas som skäl för att förkasta ett anbud eftersom detta skulle strida mot den objektivitet som avses i 1 kap. 4 § LOU. Då det av förfrågningsunderlagets utformning inte framgår att landstinget har uppställt *krav* om kollektivavtalsbundenhet kan, enligt länsrättens mening, denna punkt i förfrågningsunderlaget inte anses strida mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU.

Länsrätten avslår ansökan om åtgärd. Efter domen fattades beslut om leverantör varför kammarrätten inte prövade ansökan om åtgärd.

- Kammarrätten i Stockholms län (Avd.5, Målnr. 1713-1995) har beslutat att en upphandling får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kammarrätten slår fast att de krav på *kollektivavtalsbundenhet* som uppställts i förfrågningsunderlaget utgör sådana villkor som missgynnar vissa leverantörer, i detta fall klaganden som inte tecknat kollektivavtal.

Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att villkoren tagits bort.

#### *Juni - oktober 1995*

- Länsrätten i Älvsborg har prövat begäran om överprövning av sju upphandlingar av arbetsmarknadsutbildningar (2051-95). Kap. 6 i LOU gäller för upphandlingarna. Länsrätten beslutade att upphandlingarna skall göras om. Kammarrätten avslår överklagande. Regeringsrätten meddelar prövningstillstånd

Den klagande leverantören hade den 7 juni 1995 via fax till den upphandlande enheten begärt att få ta del av förfrågningsunderlagen avseende samtliga pågående upphandlingar av utbildningar vilka innehöll datamoment. Den 27 juni erhöll bolaget ett kuvert, som postats dagen innan och som innehöll förfrågningsunderlagen för tio utbildningar inför hösten 1995. För de upphandlingar som omfattas av ansökan om överprövning angavs att anbud skulle vara enheten tillhanda senast den 29 juni respektive den 7 juli. Bolaget uppgav att detta innebar att det p.g.a. tidsbrist inte fanns möjlighet att lämna några seriösa anbud. Vidare yrkade bolaget att de kostnadsspecifikationer som krävts vid lämnandet av anbud inte skulle få beaktas vid valet av leverantör, annat än vad gäller det totala priset.

Specifikationen var utformad på ett sådant sätt att man, vid jämförelse med det lämnade anbudet, kunde se såväl vilka pålägg som vilken vinstmarginal leverantören har.

En av ovan behandlade upphandlingar överklagades av den upphandlande enheten till kammarrätten. Upphandlingen avsåg en kurs för faktasökare (databassökning för marknadsförare och ekonomer). Kammarrätten uppger att enhetens dröjsmål med att skicka ut underlaget medför sådan skada att grund för åtgärd enligt 7 kap. LOU föreligger. De krav på kostnadsspecifikation som enheten uppställt anses inte heller vara förenliga med LOU. Kammarrätten avslår överklagandet.

Regeringsrätten har meddelat prövningstillstånd.

- Länsrätten i Göteborg och Bohus län har prövat en upphandling av utbildning för PC-tekniker (Ö 2908-95) och beslutat att upphandlingen skall göras om.

Den upphandlande enheten har enligt förfrågningsunderlaget förbehållit sig så kallad fri prövningsrätt. I domskälen kan följande läsas. "En sådan fri prövningsrätt, som kan innebära bl.a. att för anbudsgivare okända omständigheter beaktas vid anbudsprövningen, går enligt länsrättens mening inte att förena med LOU:s krav på affärsmässighet och objektivitet".

Domstolen konstaterar också att enheten bör, för att undvika missförstånd, ange att den frångått principen om lägsta pris vid anbudsutvärderingen. Vidare anger domstolen att även om omständigheterna vid utvärderingen inte kan rangordnas bör det dock framhållas i förfrågningsunderlaget om en omständighet kommer att tillmätas större betydelse än andra. En rangordning bör också ske i de fall då visserligen inte alla omständigheter kan rangordnas men då någon eller några omständigheter anses viktigare än andra. Länsrätten hänvisar till LOU:s förarbeten; det är viktigt att den upphandlande enheten redan från början gör klart för sig hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer och försöker värdera deras ekonomiska betydelse.

*NOU:s kommentar:* NOU har tidigare kommenterat frågan om fri prövningsrätt vid utvärderingen av anbud. NOU har noterat att det tyvärr fortfarande förekommer att enheter i annonsen anger att fri prövningsrätt tillämpas vid anbudsprövningen. Jfr. sid. 44.

*Oktober - december 1995*

- Länsrätten i Jämtlands län har prövat en upphandling av taxi- och busstrafik för samtliga kommuner i länet, (799-95). Ansökan om åtgärd avslogs.

Sökanden ansåg att eftersom anbud måste lämnas för en hel kommun kan sådana mindre företag som sökandens inte delta. I den sökandes kommun finns endast ett företag som kan lämna ett anbud av den storlek som krävs.

Länsrätten avslår ansökan om åtgärd. "Med hänsyn till upphandlingens karaktär och omfattning samt till den omständigheten att mindre leverantörer kan gå samman och lämna anbud liksom att underentreprenörer får användas finner länsrätten, att/den upphandlande enheten/ inte förfarit otillåtet konkurrensbegränsande utan att upphandlingen genomförts affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn samt under hänsynstagande av tillfredsställande konkurrens."

## 19.4 Skadeståndsmål vid allmän domstol

I slutet av november 1995 prövades i tingsrätt de första skadeståndsmålen enligt LOU.

*NOU:s kommentar:* Dom i skadeståndsmål enligt LOU har meddelats av Falu tingsrätt (T 710/94) och Sala tingsrätt (T 252/94).

I det första fallet ogillades käromålet och i det senare ålades den upphandlande enheten att utbetala skadestånd. Domarna refereras i *NOU info mars -96*.

## 19.5 Andra domstolsavgöranden

- Kammarrätten i Stockholm har dessutom meddelat dom avseende en *laglighetsprövning enligt kommunallagen* (1991:900) av beslut (under 1993) angående upphandling av renhållningstjänster (Avd. 5, Målnummer 2280 - 1994).

Klaganden anförde att kommunen ifråga kringgått upphandlingsreglementet genom att upphandla renhållningstjänsterna utan anbuds konkurrens och genom att ingå avtal som binder kommunen i 16 år. Kommunen har anfört att förhandlingsupphandling var ett lämpligt förfarande eftersom konkurrensen var begränsad genom att endast en viss leverantör bedömdes föfoga över de resurser som behövdes för att fullgöra åtagandena i enlighet med de av kommunen uppställda kraven.

Ur domen kan följande citeras:

“ Kammarrätten konstaterar att situationen inte varit sådan att kommunen ägt underlåta att vända sig till flera anbudsgivare. Vidare finner kammarrätten att det av vad klaganden anfört oemotsagt framgår att kommunfullmäktiges beslut inte har föregåtts av anbuds förfarande i enlighet med gällande upphandlingsreglemente. Kommunen har därmed brutit mot konkurrens- och anbudsbestämmelserna rörande förhandlingsupphandling i det av kommunen tillämpade upphandlingsreglementet. Kommunfullmäktige har således överskridit sina befogenheter. Klagandens talan skall därför bifallas och kommunfullmäktiges beslut om renhållningsavtal med WMI Sellbergs AB upphävas“.

*NOU:s kommentar:* Det finns anledning att anta att domstolen skulle bedöma sakfrågorna på samma sätt i motsvarande fall enligt LOU.

## 20. Upphandling enligt WTO

De senaste multilaterala handelsförhandlingarna inom ramen för Allmänna tull- och handelsavtalet (GATT), den s.k. Uruguayrundan avslutades i december 1993. Förhandlingarna resulterade bl.a. i ett avtal om upprättande av Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO), vilket inbegriper ett stort antal avtal och överenskommelser på de olika områden som omfattats av förhandlingarna. Avtalet och slutakten undertecknades vid ett ministermöte i Marrakech, Marocko, den 15 april 1994. Vidare har särskilda undertecknanden skett av vissa i avtalet ingående överenskommelser, bl.a. avtalet om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement - GPA).<sup>1)</sup>

För svenska leverantörer medför det nya avtalet om offentlig upphandling att tidigare stängda marknader nu öppnas och utsätts för konkurrens. Även om Sverige genom LOU redan öppnat sin upphandlingsmarknad för anbudsgivare från övriga delar av världen kan det nya upphandlingsavtalet inom WTO innebära en viss ökad konkurrens också på den svenska marknaden.

### 20.1 Det nya upphandlingsavtalet - GPA

Det nya avtalet om offentlig upphandling, som träder i kraft den 1 januari 1996, omfattar samtliga statliga myndigheter<sup>\*)</sup>, lokala och regionala myndigheter (dvs. kommuner och landsting) samt vissa offentliga bolag. Avtalet täcker upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster. I förhållande till den tidigare upphandlingsöverenskommelsen inom GATT, som endast berörde ett 20-tal statliga myndigheter och som gällde enbart för varuupphandling, har det nya regelverket utvidgats, moderniserats och förtydligats.<sup>1)</sup>

<sup>\*)</sup> *Kommentar:* Svenska Kraftnät, Luftfartsverket, Vägverket, Banverket och SJ finns dock inte med i den förteckning över statliga myndigheter som fogats till avtalet.

#### *Rättsläge - pågående arbete*

Sverige har undertecknat WTO och det däri ingående upphandlingsavtalet - GPA. Sedan den 1 januari 1995 är Sverige medlem i Europeiska unionen, EU. Inom EU har Kommissionen bedömt det angeläget att införliva GPA-reglerna i EG:s upphandlingsdirektiv.<sup>2)</sup> Kommissionen har därför förelagt Europeiska rådet ett förslag till ändringar i dessa direktiv.<sup>3)</sup>

Rådsbehandlingen av kommissionens förslag har pågått sedan sommaren 1995 i en särskild arbetsgrupp vars arbete ännu inte slutförts. Det är osäkert när ett slutligt beslut om direktivändringarna kan föreligga.

<sup>1)</sup> Ytterligare bakgrund om innebörden av GPA finns i regeringens proposition 1994/95:35 avsnitt 5.20.1, sid. 74 ff. Remissutslaget beträffande GPA finns i samma proposition, bilaga 2, sid. 111. Avtalstexten på engelska och svenska finns i samma proposition bilaga 7, sid. 269.

En allmän beskrivning av WTO finns i Kommerskollegiumets rapport 1994:1, *Avstamp mot en ny världshandelsordning en utvärdering*.

<sup>2)</sup> Direktiv för upphandling av varor (93/36/EEG), byggtreprenader (93/37/EEG) och tjänster (92/50/EEG) samt inom försörjningssektorerna (93/38/EEG)

<sup>3)</sup> Förslagen finns i dokument KOM (95)107 slutligt. Dokumentet är diariefört på Finansdepartementet (dnr Fi953595).

För Sveriges del är dock arbetet i rådet inte avgörande för det nya avtalets giltighet. GPA gäller nämligen enligt sin lydelse från den 1 januari 1996. Att döma av kommissionens dokument (se not 3) är det arbete som sker i rådet i hög grad av redaktionell natur och styrt av



behovet av att underlätta tillämpningen av reglerna. Det anses vara av betydelse för denna tillämpning att de regler som skall gälla inom EU kan återfinnas i *ett* samlat regelverk.

GPA innehåller en bestämmelse (artikel XXIV punkt 5) av följande lydelse:

Alla regeringar som godkänner eller ansluter sig till detta avtal skall senast den dag då avtalet träder i kraft säkerställa att deras lagar, författningar, administrativa förfaranden liksom de regler och förfaranden och den praxis som tillämpas av upphandlande enheter som upptas i deras listor, som bifogas, överensstämmer med detta avtal.

GPA:s betydelse på nationell nivå återspeglas i kommissionens punkt 3 i "explanatory memorandum" till ovan nämnda förslag till direktivändringar. Denna punkt återges nedan i en icke officiell översättning:

Förverkligandet av detta avtal (GPA) nödvändiggör inte i sig att gemenskapslagstiftningen behöver ändras. I själva verket utgör det avtal gemenskapen har ingått en integrerad del av gemenskapens regelverk utan att införlivningsåtgärder är nödvändiga. Till följd därav skall upphandlande enheter som lyder både under direktiven och enligt avtalet tillämpa två tydliga regelverk på samma upphandling. Emellertid, i den utsträckning avtalet är mera förmånligt i vissa delar än gemenskapsreglerna, kan det inte förnekas att gemenskapsreglernas funktion kommer att påverkas.

*Kommentar:* I PM 1996-02-05 föreslås ändringar av LOU till följd av GPA.

### ***Omständigheter som bör beaktas från 1 januari 1996***

I avvaktan på resultatet av EU-arbetet vill NOU lämna information om sådant som upphandlande enheter bör känna till och beakta från den 1 januari 1996.

Huvuddelen av innehållet i GPA täcks redan i dag av LOU. En tillämpning av LOU i nu gällande lydelse innebär sålunda att upphandlingen också i huvudsak följer reglerna i GPA. Samtliga\*) statliga myndigheter måste dock för att följa GPA tillämpa lägre tröskelvärden för varor och tjänster.

\*) Jfr. dock kommentar på sid. 84.

### ***Vilka omfattas av GPA***

LOU omfattar ytterligare enheter utöver enheterna enligt GPA.

Inom försörjningssektorerna omfattar GPA inte alla verksamheter utan endast följande:

- a) drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med elektricitet eller dricksvatten eller leverans av nämnda nyttigheter till sådana nät,
- b) drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter, såvitt avser kollektivtrafik i städer med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss eller trådbuss,
- c) utnyttjande av mark eller vattenområden för tillhandahållande av flygplatser eller hamnanläggningar.

### ***Tjänsteupphandling***

Upphandling av tjänster enligt GPA täcker samtliga A-tjänster, utom tjänster för forskning och utveckling (kategori 8). LOU omfattar således fler tjänster än GPA.

**Enheter och tröskelvärden enligt GPA**

Tröskelvärdena i GPA uttrycks i s.k. särskilda dragningsrätter, Special Drawing Rights (SDR).  
 Beträffande beräkning av motvärdet i ecu och svenska kronor - se vidare nedan.

**A. Samtliga\*) statliga myndigheter (utanför försörjningssektorerna)**

Enligt GPA skall alla\*) statliga myndigheter (och inte längre endast de 23 myndigheter som omfattats av den gamla upphandlingsöverenskommelsen i GATT), upphandla *varor* enligt GPA när kontraktets värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till eller överstiger 130 000 SDR.

Statliga myndigheter skall vidare upphandla *tjänster* enligt GPA när kontraktets värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till eller överstiger 130 000 SDR.

För upphandling av *byggentreprenader* uppgår motsvarande tröskelvärde till 5 000 000 SDR.

\*) se dock kommentar på sid. 84.

**B. Kommuner, landsting och enheter som avses i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU**

Dessa enheter skall upphandla *varor* och *tjänster* enligt GPA, när kontraktets värdet uppgår till eller överstiger 200 000 SDR. För *byggentreprenader* gäller 5 000 000 SDR.

Den tidigare GATT-överenskommelsen omfattade inte kommuner och landsting och inte heller bolag, föreningar m.fl. associationer som genom kapitalinsats m.m. har anknytning till den offentliga sektorn.

**C. Enheter inom försörjningssektorerna enligt ovan, utom privata enheter**

Dessa enheter skall upphandla *varor* och *tjänster* enligt GPA, när kontraktets värdet uppgår till eller överstiger 400 000 SDR. För *byggentreprenader* gäller 5 000 000 SDR.

Den tidigare GATT-överenskommelsen omfattade inte försörjningssektorerna.

*Kommentar:* Se förslag till lagändring i PM 1996-02-05

**Tröskelvärden i svenska kronor**

För närvarande (8 december 1995) föreligger inte något nytt fastställt svenskt motvärde till SDR. Detta värde fastställs av Kommissionen.

Det troliga resultatet av kommissionens beräkningar är emellertid att 130 000 SDR i svenska kronor kommer att bli högre än det nuvarande svenska motvärdet 1 030 000 kronor. Likaså är det troliga resultatet av beräkningarna att motvärden av de övriga tröskelvärdena (200 000, 400 000 respektive 5 000 000 SDR) kommer att vara högre än i dag gällande svenska motvärden till respektive tröskelvärden i ecu.

**Intill dess regeringen ger ut en ny förordning gäller följande värden:**

Tröskelvärdet enligt GPA för de statliga myndigheterna är 1 030 000 kronor för varu- och tjänsteupphandling från i januari 1996 och LOU:s regelsystem över tröskelvärdena bör därför tillämpas utifrån detta värde.

*För övriga enheter och för annan upphandling som täcks av GPA torde dagens tillämpning av LOU innebära ett tillräckligt iakttagande av GPA.*

*Kommentar: Se avsnitt 3 om tröskelvärden*

### **Annonsering, tidsfrister m.m.**

De upphandlingsförfaranden som får användas enligt LOU är tillämpliga också enligt GPA och med de förutsättningar som gäller enligt LOU. Detta innebär bl.a. att upphandlingar över tröskelvärdena även i fortsättningen skall annonseras i EGT.

GPA:s tidsfrister utgår från den tidpunkt då annonsen *publiceras* och skall i t.ex. det öppna förfarandet vara minst 40 dagar efter publiceringsdag. Inom EU gäller i samma situation minst 52 dagar från den dag då annonsen *skickades* till Publikationskontoret. Eftersom man där har högst 12 dagar på sig att föra in annonsen innebär detta att de två tidsfristerna är lika långa, förutsatt att Publikationskontoret för in annonsen den tolfte dagen (40 + 12 = 52).

Vad gäller innehållet i annonser om avslutad upphandling finns i vissa fall avgörande skillnader mellan EG-reglerna (=LOU) och GPA. Vidare synes det som om GPA på denna punkt inte är helt tydligt. Vilka krav som slutligen kommer att ställas på de upphandlande enheterna i detta hänseende förefaller för närvarande oklart, varför *rekommendationen är att avslutade upphandlingar annonseras på det sätt som föreskrivs i LOU* och att upphandlande enheter bevarar uppgifter om upphandlingarna enligt vad LOU föreskriver. Därigenom säkerställs att upphandlande enheter har kvar tillräckliga upplysningar om sina upphandlingar, om kompletteringar kommer att behövas.

### **Övergångsbestämmelser**

GPA innehåller inte tydliga regler för övergångssituationer. En rimlig utgångspunkt är att de upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 1996 också avslutas enligt gamla regler.

### **Sammanfattning**

1. Några av de viktigaste skillnaderna mellan den tidigare GATT-överenskommelsen och GPA är att:
  - GPA omfattar *samtliga* \*) statliga myndigheter,
  - GPA omfattar kommuner och landsting,
  - GPA omfattar sådana bolag m.m. som är upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU,
  - GPA omfattar vissa av försörjningssektorerna,
  - GPA omfattar förutom varor, också tjänster och byggtreprenader.

\*) se dock kommentar på sid. 84.
2. De viktigaste skillnaderna mellan de ännu icke anpassade EG-direktiven (och därmed LOU) och GPA är att:
  - för de statliga myndigheterna är tröskelvärdet för varor och tjänster lägre än för motsvarande upphandling enligt EG-direktiven, varför de bör tillämpa LOU:s regelsystem utifrån dessa lägre tröskelvärden,
  - för kommuner och landsting och för de bolag som omfattas av GPA är tröskelvärdena angivna i SDR (som dock f.n. ungefär motsvarar det svenska motvärdet av de tröskelvärden i ecu som anges i LOU),
  - vad gäller innehållet i annonser om avslutad upphandling finns i vissa fall avgörande skillnader mellan EG-reglerna (=LOU) och GPA varför

*rekommendationen är att avslutade upphandlingar annonseras på det sätt som föreskrivs i LOU och att upphandlande enheter bevarar uppgifter om upphandlingarna enligt vad LOU föreskriver,*

- EG-direktiven "går längre" dvs. omfattar/täcker in fler enheter och fler tjänster än GPA t.ex. vissa privata bolag.

## 21. Miljö

### 21.1 Miljökrav

EG:s procedurdirektiv avseende offentlig upphandling har införlivats i svensk rätt genom LOU. Inom EU är det poängterat att domstolarna, främst EG-domstolen, tolkar direktiven.

Förarbeten saknas i regel och i många fall går det inte att veta hur en bestämmelse skall tolkas förrän det finns ett avgörande från EG-domstolen. Såvitt NOU känner till finns det ännu inte något rättsfall inom området offentlig upphandling, där EG-domstolen bedömt miljökrav.

Därför är det inte heller möjligt att ge säkra svar på frågor om vilka miljökrav en upphandlande enhet får ställa.

EG-direktiven om offentlig upphandling innehåller inga uttryckliga bestämmelser om möjligheter att ställa miljökrav. Däremot innehåller direktiven regler om kvalitativt urval av leverantörer och om hur prövning av anbud skall ske. Inom ramen för dessa bestämmelser finns det utrymme att ställa och ta hänsyn till miljökrav. Direktiven är i sin tur baserade på Romfördraget. För offentlig upphandling är främst följande artiklar av intresse:

- artikel 6 om förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet,
- artiklarna 30-36 om varors fria rörlighet, samt
- artikel 59 om fri rörlighet för tjänster.

Finns det ingen relevant regel i EG-direktiven gäller det att följa de allmänna bestämmelserna i Romfördraget. Det bör observeras att Romfördragets regler om förbud mot diskriminering gäller även under tröskelvärdena.

En upphandlande enhet som avser att ställa miljökrav måste välja att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter. I LOU 1 kap. 22 § räknas också miljöpåverkan upp som en sådan omständighet. De miljökrav som ställs måste vara så preciserade att en jämförande utvärdering senare kan göras mellan de olika leverantörerna. Kraven får inte ställas så att utländska leverantörer i praktiken diskrimineras.

### 21.2 Harmoniserande regler

När en upphandlande enhet anger sina krav måste detta ske i överensstämmelse med direktivens bestämmelser om hänvisning till europeiska tekniska specifikationer när sådana finns. Finns det inga harmoniserande regler t.ex. i form av direktiv eller europeiska tekniska specifikationer måste skillnader i nationell lagstiftning godtas så länge reglerna inte är diskriminerande och har tillkommit för att tillvarata sådana angelägna intressen som Gemenskapen erkänner. Den åtgärd som medlemsstaten vidtagit får dock inte begränsa handeln mellan medlemsstaterna mer än vad som är nödvändigt i förhållande till det eftersträvade syftet (proportionalitetsprincipen).

Om det finns *harmoniserande regler* t.ex. i form av ett direktiv begränsas möjligheterna att ställa mer långtgående krav än vad som anges i direktivet. Det är dock viktigt att ta reda på om det rör sig om ett minimi- eller ett totalharmoniseringsdirektiv.

Ett *minimidirektiv* ställer krav på att medlemsstaternas regler skall uppfylla en miniminivå. Det är sedan fritt för medlemsstaterna att ställa mer långtgående krav. En upphandlande enhet borde då minst kunna ställa krav på uppfyllande av den nivå som bestämts i enhetens hemland.

Ett *totalharmoniseringsdirektiv* däremot innebär att den nationelle lagstiftaren inte kan ställa mer långtgående krav på de produkter som omfattas än vad som uttryckligen anges i direktivet. Finns det ett totalharmoniseringsdirektiv i EG för ett varuområde begränsas således möjligheterna för en upphandlande enhet att ställa mer långtgående krav.

Ibland kan det vara svårt att avgöra vad som omfattas av ett direktiv. Som ett exempel kan nämnas att det för närvarande pågår en diskussion mellan Sverige och EG-kommissionen angående de svenska reglerna för miljöklassning av bilar. EG-kommissionen menar bl.a. att det svenska systemet för kontroll av att fordon klarar utsläppskraven efter en viss sträcka, står i strid med EU:s regler. De aktuella direktiven är 70/220/EEG för lätta bilar och 88/77/EEG för dieselfordon. Enligt EG-kommissionen skulle de svenska reglerna utgöra hinder för varors fria rörlighet. Sverige å sin sida hävdar bl.a. att de svenska reglerna inte omfattas av direktivet. Om inte parterna kommer överens blir det sannolikt EG-domstolen som slutligt får avgöra frågan.

Om en upphandlande enhet vill ställa miljökrav utöver vad ett direktiv ger möjlighet till får den försöka att hitta alternativa områden där det är möjligt att ta miljöhänsyn. För att anknyta till exemplet ovan finns det förmodligen inga EG-regler som bestämmer vilken energiförbrukning fordon skall ha. Kanske kan det vara möjligt att ställa miljökrav i det avseendet istället.

I mål (302/86) fastslog EG-domstolen att om EG-harmonisering saknas för ett varuområde, måste skillnader i nationell lagstiftning godtas så länge reglerna inte är diskriminerande och har tillkommit för att tillvarata sådana angelägna intressen som Gemenskapen erkänner.

*Kommentar:* Om europeiska tekniska specifikationer innehåller uppgifter om miljökrav har området i fråga harmoniserats. Genom ett aktivt deltagande i arbetet med framtagande av europeiska tekniska specifikationer kan Sverige medverka till att miljöhänsyn får en framträdande roll.

### 21.3 Krav på tillverkningsprocessen

Krav som ställs på själva produkten eller tjänsten måste skiljas från krav som ställs på tillverkningsprocessen där möjligheterna att ställa miljökrav är mycket mer begränsade. De krav på en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella ställning som ställs i EG-direktiv är uttömmande. I LOU finns dessa regler i 1 kap. 17 §. En upphandlande enhet kan följaktligen inte ställa krav på en leverantör som går utöver vad som anges i paragrafen.

Går det att ställa krav på tillverkningsprocessen när denna inte påverkar miljön annat än på produktionsstadiet?

Självklart är det möjligt att ställa sådana krav på produktionen av en vara som är nödvändiga för en rimlig kvalitetssäkring. Har EG regler om framställningssätt är det givetvis även tillåtet att hänvisa till dessa då miljökrav ställs.

*Kommentar:* Enligt uttalande från tjänstemän i Kommissionen får hänsyn till miljökrav endast göras utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Av det skälet är det likgiltigt hur en produkt är producerad; det viktiga är i stället vilka ekonomiska prestanda produkten kan uppvisa i inköparens miljö.

#### *Miljömärkning*

I EG finns Rådets förordning (EEG) nr 880/92 om ett gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke som är frivillig för producenterna. Kriterierna för märkningen fastställs genom en livscykelanalys och därmed tas hänsyn även till tillverkningsprocessen.

Det är tveksamt om det går att ställa som krav att leverantörer skall ha miljömärke. Däremot bör en upphandlande enhet kunna ställa som krav att leverantörer uppfyller de kriterier som anges i förordningen. Detta innebär att en produkt som uppfyller kriterierna för miljömärkning måste accepteras även om den inte har själva märket.

Om miljökrav som endast rör framställningen får till följd att leverantörer från andra medlemsstater i praktiken inte, eller bara med stora svårigheter, kommer att kunna tilldelas ett offentligt upphandlingskontrakt blir det svårt för en upphandlande enhet att bevisa att syftet inte är att gynna nationella leverantörer. Dessutom kan det komma att anföras att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa miljökrav vid upphandling som främst påverkar miljön i andra medlemsstater.

Det får antas att det enligt EG-rätten endast går att ställa krav på och ta hänsyn till framställningsprocessen när den upphandlande enheten kan visa att det gäller sakliga miljöhänsyn av väsentlig betydelse, och de ställda kraven kan uppfyllas av leverantörer från andra medlemsstater.

#### *"Grön" el*

Enligt vad NOU har erfarit, har en del enheter vid upphandling av el under hösten annonserat att de vill köpa s.k. "grön" el. Definitionen härstammar från Naturskyddsföreningen, som har definierat vilka energikällor som skall anses vara miljövänliga och därmed producera "grön" el.

Här är det enbart fråga om att ställa krav på tillverkningsprocessen. Avsikten är att gynna leverantörer med ett miljövänligt framställningssätt. I enlighet med resonemanget ovan måste en upphandlande enhet då bl.a. vara beredd att visa att det rör sig om sakliga miljöhänsyn av väsentlig betydelse. Detta kan bli svårt eftersom det förmodligen finns flera olika uppfattningar inom EU om vad som är att betrakta som miljövänlig el.

## 21.4 Vanliga frågor

### *Vilka miljökrav kan ställas?*

NOU får många frågor om vilka miljökrav som kan ställas vid offentlig upphandling. Så länge det saknas rättsfall på området kan det råda delade uppfattningar om vad som är möjligt.

Som ett exempel kan nämnas att man troligen inte får ställa som krav att en produkt skall vara "Svanenmärkt". Däremot får man rimligen, om området inte är harmoniserat, ange att produkten skall uppfylla de kriterier som ställs för att klara en sådan märkning. Kriterierna för märkningen måste anges så att även utländska leverantörer förstår vad som avses. En produkt som uppfyller kriterierna för "Svanenmärkning" måste alltså accepteras även om någon faktisk märkning inte skett.

Många upphandlande enheter vill ställa krav på att de produkter som köps skall transporteras på ett miljövänligt sätt. Man bör dock tills vidare vara ytterst försiktig med att ställa krav på "miljövänliga transporter" och med att ange vissa transportmedel, om detta utesluter sådana som i allmänhet används vid liknande transporter.

Allmänt gäller beträffande miljökrav såväl som andra krav på produkter att de skall vara rättmätiga, ickediskriminerande och mätbara.

Vidare kan det vara värt att notera att konkurrensen från utländska leverantörer i praktiken ännu är begränsad och att striden oftast kommer att stå mellan svenska leverantörer.

#### *Vilka krav kan ställas på leverantör?*

Rådets förordning (EEG) nr 1836/93 om frivilligt deltagande för industriföretag i gemenskapens miljöstyrnings- och miljörevisionsordning (EMAS) gäller nu i EU. I Sverige finns en lag (1994:1596) och en förordning (1995:294) om frivillig miljöstyrning och revision, som kompletterar EG-förordningen. EMAS syftar till att främja positiv miljöstyrning inom industrin och är frivillig för företagen.

En vanlig fråga är om det går att ställa som krav att en leverantör skall vara EMAS-registrerad.

För att bli EMAS-registrerat måste ett företag uppfylla alla tillämpliga krav i miljölagstiftningen vilket innebär att det räcker om företaget uppfyller de miljökrav som finns i det land där företaget hör hemma. Detta kan leda till konkurrensfördelar för företag från länder med låga miljökrav i sin lagstiftning. Detta skulle kunna leda till att ett företag som ej låtit sig EMAS-registreras ändå tvingas uppfylla högre ställda miljökrav än ett företag som EMAS-registrerats i ett land med låga miljökrav i sin lagstiftning. Vidare ställer EMAS inga krav på produkter vilket medför att ett företag kan uppfylla EMAS men ändå producera varor som inte är miljövänliga.

EMAS är ännu relativt nytt och risken är stor att det finns många "miljövänliga" leverantörer som ännu inte har hunnit bli registrerade. NOU vill därför avråda upphandlande enheter från att ställa EMAS-registrering som ett absolut krav. En situation skulle kunna uppstå där upphandlaren tvingas förkasta ett fördelaktigt anbud från en leverantör som har en miljövänlig produkt enbart för att denne ännu inte hunnit få sin EMAS-registrering. NOU rekommenderar istället enheter, som vill ställa krav på EMAS-registrering, att i kravspecifikationen räkna upp de krav som gäller för den aktuella registreringen och att ange på vilket sätt dessa kommer att beaktas vid bedömningen av leverantörerna.

## 21.5 Rapport om miljöanpassad upphandling

Naturvårdsverket har tillsammans med Kemikalieinspektionen och NOU givit ut "Offentlig upphandling med miljöhänsyn" (Rapport 4508) som bl.a. tar upp

- svenska erfarenheter från miljöanpassad upphandling,
- vissa produktgruppers miljöpåverkan,
- möjligheter att välja mer miljöanpassade produkter och tjänster,
- avfallsfrågor och producentansvar,
- LOU och möjligheter att ställa miljökrav.

Rapporten kan beställas från Naturvårdsverkets kundtjänst.  
Telefon 08-698 10 00 och telefax 08-698 15 15.



## 22. Offentlighet och sekretess

Beträffande den kommersiella sekretessen gäller samma regler som tidigare men med anledning av att NOU fått en mängd frågor görs följande kommentarer till sekretesslagen för de organisationer som omfattas av tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen.

Regler om kommersiell sekretess finns i 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) som gäller skydd för det allmännas intresse dvs. myndigheterna samt de kommunala bolagen (enligt nedan) och 8 kap. 10 § som gäller skydd för enskilds intresse dvs. här främst leverantörerna.

*Anbud* är ovillkorligen hemliga (sekretess) till dess avtal har träffats, upphandlingen avslutats på annat sätt, t.ex. avbrutits eller alla anbuden offentliggörs. Även anbudsansökningar (intresseanmälningar) vid selektiv eller förhandlad upphandling bör betraktas som hemliga på samma sätt som anbud.

När avtal har träffats med en leverantör är anbud och avtal som huvudregel öppna dvs. allmänheten har rätt att få ta del av handlingarna i ett upphandlingsärende om den så begär - handlingarna är sålunda allmänna och *offentliga*.

Utöver *ansökningar* och *anbud* gäller sekretess i normalfallet också för uppgifter i följande handlingar:

- förfrågningsunderlaget fram till utskicket,
- vilka man vänt sig till - "sändlista",
- öppningsprotokoll,
- vilka som lämnat anbud,
- selekterings-/utvärderingsprotokoll med tillhörande material, förhandlingsinnehåll etc,
- beslut om val av leverantör.

Sekretessen gäller i normalfallet fram till dess avtal slutits (undantag: förfrågningsunderlaget).

Det finns dessutom regler för förlängd kommersiell sekretess dvs. att sekretess kan gälla för uppgifter i upphandlingshandlingar även efter avtalsslut.

Villkoren i slutet avtal kan sekretessbeläggas i högst två år eller hos de statliga affärsverken och FMV i högst fem år från det avtalet slutits. Beträffande andra uppgifter i en upphandling än villkoren i slutet avtal, kan dessa uppgifter sekretessbeläggas i högst 20 år.

### *Decentraliserad upphandling*

På förekommen anledning vill NOU erinra om den upphandlande enhetens ansvar för att LOU och sekretesslagen efterlevs även när upphandling sker på en lägre nivå än central, vilket är vanligt när det gäller beloppsmässigt mindre upphandlingar. Det är då främst 6 kap. LOU som bör studeras närmare. Reglerna är mycket lika de regler som tidigare gällde för stat, kommun och landsting dvs. upphandlingsförordningen (UF) respektive upphandlingsreglementet (UR). Erfarenheten visar dock att de som köper varor och tjänster inte alltid känner till dessa regler.

### *Offentlighet och sekretess i kommunala bolag*

Kommunala bolag omfattas från den 1 januari 1995 av sekretesslagen. Det innebär bl.a. att allmänna handlingar som finns hos bolagen på begäran skall lämnas ut i de fall de inte av särskilda skäl anses vara föremål för sekretess. Vägrar ett kommunala bolag att lämna ut handlingar kan sökanden överklaga bolagets beslut till kammarrätten.

#### *Sekretess när flera upphandlar tillsammans*

Många upphandlande enheter väljer att gå samman och upphandla. När många är inblandade i en upphandling kan det vara ett problem att bibehålla sekretessen. I LOU anges att minst två personer måste utses att vara närvarande vid anbudsöppningen. Även om det är flera upphandlande enheter i en upphandling, kan det vara lämpligt att begränsa antalet närvarande till ett minimum.

#### *Hjälp med upphandling*

De upphandlande enheter som är skyldiga att följa förvaltningslagen (1986:223) och dess regler om inkomna handlingar är också skyldiga att följa sekretesslagens regler om registrering av sådana handlingar.

När en enhet anlitar en konsult som hjälp i upphandlingen bör därför anbudens adresseras till den upphandlande enheten och inte till konsulten. Vidare bör anbudsöppning och registrering av handlingarna göras av enheten innan dessa överlämnas till konsulten.

## 22.1 Ändring av reglerna om kommersiell sekretess?

Göteborgs stadskansli, juridiska avdelningen, har på uppdrag av civildepartementet slutfört en utredning om kommunernas hantering av upphandlingssekretess - i första hand tillämpningen av 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Utredningen har genomförts av stadsjuristen Carl Löfving.

Enligt utredaren bör kraven på absolut anbudssekretess kunna mjukas upp. Utredaren anser dock att nollställning och preliminär utvärdering samt i vissa fall även förhandlingar fram till ett avtalsförslag bör ha skett före ett offentliggörande, när det är fråga om upphandlingar där förhandlingar är tillåtna och nödvändiga. Skälet för en uppmjukning skulle vara att ge allmänheten en större möjlighet till insyn i och debatt kring offentlig upphandling.

#### *Förslag till ändring av 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen*

“— Angår ärendet upphandling eller angår det försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte *./.* i något fall *./.* (utgår) lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts *om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att allmänt eller enskilt intresse därigenom skadas.*“ (Mars -95)

## 23. Arbetsrätt

Den fackliga vetorätten enligt 38-40 §§ i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet är avskaffad i de delar den strider mot LOU. Följden är att en facklig organisation inte längre har något direkt inflytande på valet av leverantör, jfr. avsnitt 9.5.

### 23.1 Övergång av verksamhet

#### *Bakgrund*

Med anledning av EG:s direktiv 77/187/EEG om skydd för arbetstagares rättigheter vid *överlåtelse* av företag, verksamheter eller delar av verksamheter och direktiv 75/129/EEG om kollektiva uppsägningar har vissa lagändringar trätt i kraft 1995-01-01, se prop. 1994/95:102 *övergång* av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

De lagar som berörs är bl.a.

- lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS.
- lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, MBL.
- lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder
- sekretesslagen (1980:100)

#### *Lagändringarnas huvudsakliga innehåll*

Vid en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet skall övergången i sig inte utgöra saklig grund för uppsägning.

Vid en övergång skall de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som finns vid tidpunkten för övergången gå över till den nye arbetsgivaren. Arbetstagarna har dock rätt att välja om de vill vara kvar hos sin tidigare arbetsgivare.

Vid en övergång är den nye arbetsgivaren skyldig att tillämpa villkoren i den tidigare arbetsgivarens kollektivavtal under ett år om inte kollektivavtalets giltighetstid går ut innan dess eller om inte ett nytt kollektivavtal börjar gälla för de övertagna arbetstagarna.

Förhandlingsskyldigheten enligt 11 § MBL innefattar en skyldighet att primärförhandla i frågor som rör uppsägning p g a arbetsbrist eller en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet.

#### *Frågor i samband med offentlig upphandling*

De frågor som aktualiseras i samband med offentlig upphandling rör främst bestämmelsernas räckvidd och definitioner. När betraktas en upphandling som en övergång av verksamhet eller en del av en verksamhet? Är en upphandling som syftar till att upplåta driften av en verksamhet till ett annat företag på entreprenad att jämföras med övergång av verksamhet?

#### *EG-domstolens praxis angående reglernas tillämpningsområde*

Tillämpningsområdet för direktivet om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter har varit föremål för ett flertal avgöranden av EG-domstolen. Enligt EG-domstolen skall en samlad bedömning av alla omständigheter kring transaktionen göras. Domstolen har i flera rättsfall utvecklat sin syn på denna bedömning.

nedanstående framgår av prop. 1994/95:102 övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

### *Sedvanlig överlåtelse*

Vid en sedvanlig överlåtelse och ett skifte av ägare till verksamhetens tillgångar får det avgörande betydelse om verksamheten har bevarat sin identitet eller ej. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter kring övergången måste ske. EG-domstolen har angivit flera omständigheter som kan vara av betydelse. Dessa är

- arten av företag eller verksamhet,
- frågan om företagets materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte,
- värdet av överlåtna materiella tillgångar vid överlåtelsepunkten,
- om majoriteten av de anställda tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte,
- om kunderna tagits över eller inte,
- graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen,
- i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere.

De ovan angivna omständigheterna får inte ses isolerade var för sig. En samlad bedömning av alla omständigheter kring transaktionen måste göras.

### *Entreprenadsituationer*

Vid andra typer av transaktioner än sedvanliga överlåtelser synes EG-domstolen fästa avseende vid att det för en tillämpning av direktivet skall vara fråga om ett arbetsgivarbyte. Exempelvis är direktivet tillämpligt när ett företag upplåter driften av en verksamhet, eller del därav, till ett annat företag på entreprenad och därvid också låter arbetsgivaransvaret för personalen övergå till entreprenören. Kravet på identitet mellan verksamheterna före och efter övergången upprätthålls även i dessa situationer.

Direktivets tillämpningsområde har således i vissa fall utsträckts till att även omfatta vad man i traditionell mening uppfattar som renodlade entreprenadsituationer, eventuellt med byte av två entreprenörer utan rättsligt samband dem emellan. I de entreprenadliknande situationer som har bedömts har dock domstolen haft att utgå från förutsättningen att entreprenören inte bara åtar sig själva entreprenaden utan även att han därtill tagit över arbetsgivaransvaret för de anställda som har funnits i verksamheten.

### *Sammanfattning*

I samband med offentlig upphandling får således frågan om en driftsentreprenad är att betrakta som en övergång av verksamhet en avgörande betydelse både för den upphandlande enheten och för presumtiva entreprenörer.

Såsom NOU uppfattat skrivningen i prop. 1994/95:102 måste frågan om vad som vid en upphandling är att betrakta som en övergång av verksamhet och vad som är att betrakta som en renodlad entreprenad avgöras från fall till fall genom en helhetsbedömning av samtliga omständigheter vid upphandlingen.

## 24. Övrigt

### *Försäljning av staten tillhörig fast egendom*

LOU omfattar inte försäljning av egendom. Enligt förordningen (1971:727 ändrad 1993) om försäljning av staten tillhörig fast egendom skall emellertid 6 kap. LOU gälla i tillämpliga delar. Försäljningen skall exempelvis göras på ett affärsmässigt sätt och utan någon diskriminering.

### *Otillbörlighetslagen*

Från den 1 juli 1994 gäller lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Lagen syftar till att förhindra att ett otillbörligt beteende upprepas och kommer inte att kunna påverka pågående upphandlingar.

Det är Konkurrensverket som hos Marknadsdomstolen ansöker om att vid vite förbjuda en upphandlande enhet att använda ett visst beteende i framtida upphandlingar.

Frågor om otillbörlighetslagen besvaras av Konkurrensverket på  
tel 08 - 700 16 00 eller  
fax 08 - 24 55 43.

Konkurrensverket har lämnat in den första ansökan till Marknadsdomstolen med stöd av Otillbörlighetslagen. Ärendet gäller Linköpings kommuns nu avslutade upphandling av hemtjänst och stöd för boende i särskild boendeform. Upphandlingen påbörjades under hösten 1994, och avslutades den 29 mars 1995.

Sakfrågan berör de frågor som NOU behandlat utifrån LOU i avsnittet "Affärsmässighet på lång sikt" på sid xx. NOU bevakar givetvis Marknadsdomstolens avgörande.

### *Konkurrens på lika villkor - underprissättning*

Näringsdepartementets utredning, som skulle kartlägga och föreslå åtgärder mot konkurrensproblem som kan uppstå vid underprissättning i offentlig näringsverksamhet eller när privat sådan subventioneras med offentliga medel, föreslår i sitt betänkande "Konkurrens i balans - åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.", SOU 1995:105 (hösten 1995) att LOU eller annan lagstiftning kompletteras så att det "klargörs att en upphandling inte får avbrytas utan affärsmässiga skäl."

### *Konkurrenskommissionen*

NOU har upprepade gånger fått frågor angående Konkurrenskommissionen. Upphandlande enheter har tillskrivits av Konkurrenskommissionen och blivit ombedda att yttra sig inom viss föreskriven tid enligt ungefär samma princip som tillämpas av tillsyns- och revisionsmyndigheter.

Konkurrenskommissionen är en *privat organisation* som strävar efter att motverka konkurrensbegränsningar som består i bristande likhet i villkoren för offentliga och privata konkurrenser.

NOU vill uppmärksamma upphandlande enheter om den serviceskyldighet som finns enligt 4 § förvaltningslagen. Myndigheter är skyldiga att lämna enskild upplysningar, vägledning, råd och

annan sådan hjälp i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde. Hjälpens skall lämnas i den utsträckning som är lämplig med hänsyn till frågans art, den enskildes behov av hjälp och myndighetens verksamhet. Frågor skall, enligt nämnda paragraf besvaras så snart som möjligt. Någon ytterligare skyldighet att bistå Konkurrenskommissionen föreligger inte. Utförliga kommentarer till ett upphandlingsärende kan inte krävas och ett eventuellt yttrande kan ges om och när arbetet så tillåter.

## 24.1 Elektronisk handel

För detta avsnitt ansvarar: Karl-Erik Andersson, Projektledare för Toppledarforums projekt: Elektronisk handel för kommuner, landsting och stat.

Frågor om projektet kan ställas till:

Karl-Erik Andersson, Kommunförbundet på telefon 08-772 44 56 eller  
Charlotte Norling-Arnius, Statskontoret på telefon 08-454 47 06

För att klargöra vad som avses med elektronisk handel lämnas först ett exempel.

### *Elektronisk handel i praktiken*

Upphandlingsavdelningen i en kommun påbörjar i september en ramavtalsupphandling av livsmedel för kommunens skolor, förskolor och äldrecentra.

#### *Stadium 1: Upphandlingsprocessen enligt LOU - öppen upphandling.*

Upphandlingen förbereds genom att tidigare förbrukningsstatistik analyseras i den elektroniska upphandlingsmodulen. Ett förfrågningsunderlag tas sedan fram med hjälp av fakta och beskrivningar som finns lagrade i en databas. En annons överförs på elektronisk väg till Luxemburg (EGT och TED) där den automatiskt översätts till de officiella EU-språken.

Från olika leverantörer kommer elektroniska meddelanden med begäran att få förfrågningsunderlaget. Kommunen översänder förfrågningsunderlaget på elektronisk väg till de leverantörer som begärt att få det. Inom den stipulerade anbudstiden lämnas anbud elektroniskt till kommunen. Anbudet utvärderas och enheten väljer leverantör/er och tecknar ramavtal med denne/dessa. Resultatet av upphandlingen annonseras också i EGT/TED efter elektroniskt överföring till Luxemburg.

#### *Stadium 2: Avrop*

Nu har kommunen ett ramavtal och leverantören kan överföra priskatalogen elektroniskt till kommunens databas. Alla som har rätt att avropa från detta avtal har tillgång till denna databas.

Den ansvariga för "köket" planerar nu måltiderna för skolorna i kommundelen och börjar med att gå igenom sin databas. I denna finns uppgifter om näringsvärden, förpackningsstorlekar och priser. Matsedeln för nästa månad komponeras. När denna är klar skickas beställningen elektroniskt direkt till leverantörens ordermottagningssystem. Här förbereds nu leveranserna av varorna, speditörens system aktiveras och enligt en leveransplan kommer varorna till köket.

När varorna kommer till köket kontrolleras, via en enkel utrustning (streckkoder, optisk läsning etc), att rätt varor levererats. Då rätt vara levererats får kommunens inköpssystem en signal att betala leverantören enligt avtalet. Leverantören behöver inte sända någon faktura. Både leverantör och kommun slipper den kostsamma fakturahanteringen. Redan vid beställningen blir underlaget för bokföringen klar och vid leveranskontrollen sker attesteringen elektroniskt.

Exemplet ovan kunde lika gärna ha handlat om inköp av vägsalt till vägverket eller reservdelar till fordon.

### *Elektronisk handel - ett projekt inom Toppledarforum*

Staten, Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har beslutat om införande av elektronisk handel inom den offentliga sektorn i Sverige. I pengar och persontid satsas 4,5 miljoner kronor fram till årsskiftet 1995/96 i en första fas. Därefter kommer projektet att fortsätta i ytterligare tre år.

Målet är att 95 % av den offentliga upphandlingen av frekventa varor och tjänster och minst 50 % av all annan offentlig upphandling skall ske elektroniskt inom 3,5 år.

#### *Genomförandet*

Genomförandet av elektronisk handel under den första fasen samordnas av ett sekretariat, som har uppgiften att till årsskiftet 1995/96 bl.a. genomföra tre delprojekt. Dessa delprojekt är

- Utveckla och genomföra ett informations- och spridningsprogram
- Utveckla ett startpaket (handbok) för myndigheter, landsting och kommuner.
- Utarbeta en kravspecifikation för ramavtalsupphandling av program, clearinghousetjänster och konsultstöd.

Utöver detta skall sekretariatet samverka och koordinera mellan de s.k. vägvisarprojekten.

#### *Vägvisarprojekten*

På kommun- och landstingssidan formas vägvisarprojekt i vilka grupper av kommuner deltar. Avsikten är att starta med varuslagen livsmedel, sjukvårdsprodukter, kontorsmateriel samt bygg- och anläggningsmateriel. Även fasta tjänster berörs, bl.a. telefonavgifter, hyror och liknande.

På den statliga sidan skapas ett antal projekt som omfattar bl.a. produkter inom bygg- och anläggningsområdet, kontorsmateriel, läroböcker, livsmedel och reservdelar.

Avsikten med vägvisarprojekten är att uppnå tillräckligt stora upphandlingsvolymerna så att varu- och tjänsteleverantörerna blir snabbt motiverade att övergå till elektronisk handel.

På sikt kan elektroniska upphandlings-, beställnings- och fakturahanteringsprocesser användas även i verksamheter med små upphandlingsvolymerna.

### *Elektronisk handel sprider teknik och ökar näringslivets konkurrensförmåga*

Startprojektet kommer aktivt att medverka till att alla företag som handlar med den offentliga sektorn, inte minst mindre och medelstora företag, görs tillgängliga för den elektroniska handeln. Därmed får dessa företag också möjlighet att använda den elektroniska handeln gentemot andra kunder och kan på så sätt få en starkt konkurrensförmåga inte minst europeiskt och globalt. Den offentliga upphandlingen i Europa omfattar omkring 5 500 miljarder kronor och är en marknad som svenska företag bör utnyttja. Bara 3-4 % av den offentliga upphandlingen idag i Europa sker över nationsgränserna. Företag som använder elektronisk handel kommer att ha ett försteg i framtiden.

### *Elektronisk handel skall genomföras i hela EU.*

I den s.k. Bangemannrapporten och EU:s handlingsplan för informationssamhället ingår elektronisk handel som ett av de viktigaste utvecklingsområdena.

Inom SIMAP (se nedan) bedrivs arbete med att utveckla elektronisk handel för den offentliga sektorn. Toppledarforums projekt för elektronisk handel kan därigenom ses som den svenska noden i det europeiska genomförandet.

Inom ramen för den europeiska standardiseringen har sedan 1,5 år tillbaka arbete med anpassning av EDIFACT-meddelanden för offentlig upphandling pågått (elektroniska annonser, anbudsinfördran, anbudunderlag m.m.). Redan i höst kommer ett antal upphandlande enheter i Sverige och andra länder i samarbete med EG-kommissionen att testa elektroniska annonser som överförs till EGT/TED i Luxemburg i standardiserad form (EDIFACT-standard). NOU och Kommunförbundet har deltagit i detta standardiseringsarbete och NOU svarar för samordningen av de svenska aktiviteterna inom SIMAP.

## 24.2 SIMAP- ett informationssystem för offentlig upphandling

SIMAP (Systeme d'Information sur les Marches Publics) är ett projekt inom Kommissionen, DGXV (Generaldirektorat XV, som bl.a. hanterar frågor om offentlig upphandling), för att förbättra informationsutbytet mellan olika aktörer inom offentlig upphandling. Bakgrunden till projektet är bland annat nödvändigheten av att förbättra informationsöverföringen till Publikationskontoret. Nuvarande resurser och system kommer inte att räcka till för att hantera den alltmer ökande annonseringen i EGT - januari 1995 innehöll EGT 45 % fler annonser än januari 1994. Det är också rimligt att utveckla ett informationssystem som använder den nya tekniken och skapar möjligheter till elektronisk handel inom och mellan länder.

### *Pilotprojekt*

Sverige kommer tillsammans med ett antal andra EU- och EFTA-länder att inledningsvis delta i de två inledande pilotprojekten inom SIMAP:

1. *DEP - Data Entry Points*. I detta pilotprojekt skall ett antal utvalda upphandlande enheter, eller grupper av enheter via "ombud", testa en programvara för elektronisk överföring av upphandlingsannonser till EGT. De flesta medverkande enheterna deltar också i något vägvisarprojekt inom det svenska projektet för elektronisk handel.

Enligt planerna skall pilotprojektet starta i augusti 1995. De svenska organisationer som skall delta i Kommissionens projektet är Verket för högskoleservice (VHS), Försvarets materielverk (FMV), Stockholm Energi AB, Göteborgs stad, Statskontoret, Celsius Information System och Anbudsjournalen.

2. *PDS - Procurement Data Servers*. I detta projekt, som troligen kommer igång något senare, är tanken att det på sikt skall finnas ett antal databaser med information av intresse för både köpare och säljare beträffande upphandlingar *under* tröskelvärdena. Dessa databaser i olika länder skall förhoppningsvis öppnas för intressenter i samtliga deltagande länder.

NOU återkommer med mera information om pilotprojekten.



## 24.4 Domstolsutslag i länsrätter och kammarrätter

Januari - juni 1994

<i>Länsrätt</i>	<i>Rotel</i>	<i>Målnummer</i>	<i>Kammarrätt</i>	<i>Målnummer</i>
Västmanland	5	Ö-680 -94		
Stockholm	61	Ö-6288-94E		
Stockholm	61	Ö-7425-94E		
Värmland	3	Ö-657 -94E		
Blekinge	1	Ö-180 -94		
Västmanland	5	Ö-439 -94		
Stockholm	61	Ö-4546-94		
Stockholm	51	Ö-6985-94	Stockholm	6073-1994
Stockholm	51	Ö-5045-94	Stockholm	3830-1994
Värmland	1	Ö-521 -94	Göteborg	3462-1994

Juni - oktober 1994

Stockholm	41	Ö 6362-94		
	41	Ö 6363-94		
Norrbottn	3	Ö 1119-94		
Göteborgs och Bohus län	31	Ö 1615-94		
	31	Ö 2753-94 E		
	31	Ö 3383-94 E		
Uppsala	1	Ö 312-94 E		
Malmö	34	Ö 8596-94	Göteborg	6726-1994
Västernorrland	1	Ö 1293-94 E		
Stockholm	51	Ö 12715-94		
Stockholm	61	Ö 14028-94		

Oktober - december 1994

Jämtland	3	Ö 319-94	Sundsvall	6311-1994
Västernorrland	1	Ö 1293-94-E	Sundsvall	6844-1994
Halland	1	Ö 1250-94		
Kristianstad	1	Ö 1431-94		
Älvsborg	5	Ö 1974-94 E		
Stockholm	51	Ö 15729-94	Stockholm	10391-1994
Uppsala	2	Ö 1621-94	Stockholm	11322-1994
Örebro	5	Ö 1890-94 E		
Malmöhus	21	Ö 10520-94		
Älvsborg	5	Ö 2450-94 E		
Västerbotten	2	Ö 1359-94		

December 1994 - mars 1995

Göteborg och Bohus län	31	Ö 4561-94 E		
Bohus län	31	Ö 508-95		
Stockholm	51	Ö 18203-94	Stockholm	12192-1994
Stockholm	21	Ö 18819-94 E	Stockholm	12410-1994
Stockholm	21	Ö 1792-95E		
Stockholm	21	Ö 17001-94		
Stockholm	51	Ö 1117-95		
Stockholm	21	Ö 1097-95	Stockholm	1571-1995
Stockholm	21	Ö 132-95	-"	976-1994

Länsrätt	Rotel	Målnummer	Kammarrätt	Målnr
Örebro	5	Ö 320-95E	Jönköping	1321-1995
Gävleborg	2	Ö 262-95		
Västmanland	5	Ö 2109-94 E		
Västernorrland	1	Ö 1255-94		
-"-	2	269-95 E		
Kalmar	4	371--373-95	Jönköping	3184-3186-1995
Norrbottn	4	Ö 493-95		
-"-	4	493-95		
Blekinge		Ö 179-95 E		
Västerbotten	2	271-95		
<u>Mars - juni 1995</u>				
Kopparberg	1	Ö 181-95	Sundsvall	913-1995
-"-	5	Ö 691-95		
-"-	5	Ö 705-95		
Stockholm	51	Ö 1117-95	Stockholm	1713-1995
Kalmar	4	371-373-95	Jönköping	1276-1278-1995 (int.beslut)
Blekinge	2	Ö 179-95		
-"-	3	186-95 E		
Göteborgs och Bohus län	31	Ö 1493-95 E	Göteborg	3064-1995
Norrbottn	4	667-95	Sundsvall	1431-1995
Västmanland	5	Ö 424, 427, 430, 433, 436-95		
Västmanland	5	Ö 623-626-95		
Västmanland	5	Ö 406, 410, 414,		418, 422-95
		Stockholm		4125-4129-1995
Västmanland	5	Ö 404, 408, 412, 416, 420-95	Stockholm	4120-4124-1995
Kristianstad	7	816-95		
Malmöhus	21	Ö 1943-95		
Malmöhus	21	Ö 705-95 E		
Östergötland	5	1204-95 E		
Västernorrland	1	Ö 1255-94	Sundsvall	357-1995
Uppsala	1	Ö 684-95	Stockholm	4648-1995
Uppsala	2	Ö 576-95 E	Stockholm	4842-1995
Älvsborg	5	1418-95	Göteborg	4236-4237-1995
Örebro	5	Ö 320-95	Jönköping	1751-1995
Östergötland	3	1359-95 E		
Östergötland	4	1390-95 E	Jönköping	2453-1995
Skaraborg	4	981-95		
<u>Juni - okt -95:</u>				
Göteborg och Bohus län	31	Ö 2908-95		
-"-	31	Ö 4200-95 E		
Västmanland	5	Ö 425, 428, 431, 434, 437 -95	Stockholm	4440-4444-95
Västmanland	5	Ö 426, 429, 432, 435, 438-95	Stockholm	4445-4449-95
Östergötland	6	2006-95		

<i>Länsrätt</i>	<i>Rotel</i>	<i>Målnummer</i>	<i>Kammarrätt</i>	<i>Målnr</i>
Älvsborg	3	2051-95	Göteborg	5531-95
Jämtland	3	689-95 E		
Stockholm	51	Ö 12294-95		
Stockholm	51	Ö 12108-95		
Stockholm	21	Ö 7801-95		
Stockholm	21	Ö 7729-95		
Norrbottn		667-95	Sundsvall	1431-95
Skaraborg	4	981-95	Jönköping	3272-95
Södermanland	1	2068-95 E		
Kopparberg	1	Ö 875-95	Sundsvall	2086-95
Värmland	5	1223-95 E	Göteborg	4963-95
Östergötland	3	1359-95	Jönköping	2789-95
<u>Okt - dec -95:</u>				
Kristianstad	4	867-95	Göteborg	4054-95
Östergötland	6	2006-95	Jönköping	3753-95
Jämtland	3	689-95E	Sundsvall	2856-95
Gävleborg	3	Ö 747-95E		
Gävleborg	1	Ö 1222-95		
Stockholm	21	Ö 7801-95	Stockholm	8497-95
Västmanland	5	1819-95	Stockholm	8473-95
Kronoberg	1	1234-95E		
Stockholm	51	13070-95		
Östergötland	7	2690-95		
Västerbotten	2	2020-95		
Jämtland	3	799-95		
Stockholm	21	Ö 13068-95E		
Stockholm	51	Ö 11669-95		
Västernorrland	6	2094-95E		
Stockholm	21	Ö 11173-95		
Norrbottn	3	1862-95 E		
Värmland	6	2248-95E	Göteborg	7364-95
Kalmar	7	1898-95E		
Östergötland	8	3161-95 E		
Värmland	6	2248-95 E		
Gävleborg	1	Ö 1374-95 E		
Älvsborg	4	3066-95		
Gävleborg	3	Ö 1134-95		
Västernorrland	2	2309-95	Sundsvall	3066-95
Malmöhus	24	Ö 10678-95 E		
Malmöhus	21	Ö 10646-95		
Stockholm	51	Ö 15323		
Stockholm	51	Ö 15322-95		
Stockholm	31	Ö 15857-95		
Stockholm	31	Ö 16678-95		
Stockholm	21	Ö 17666-95E		
Södermanland	7	4041-95E		
Gävleborg	2	Ö 1579-95E		
Jönköping	2	2110-95E		

## Myndighetens organisation

- en nämnd (expertgrupp), som leds av en ordförande
- ett kansli, som leds av en kanslichef

### Nämndledamöter

Regeringen har utsett följande nämndledamöter:

*Lisbeth Edlund*, kammarrättslagman, Kammarrätten i Göteborg, ordförande

*Bengt Agild*, kommerseråd, Kommerskollegium, vice ordförande

*Charlotte Hedberg*, kammarrättsassessor, Finansdepartementet

*Torsten Brink*, jur. kand, Sveriges Industriförbund

*Eva Sveman*, jurist, Landstingsförbundet

*Hans Ekman*, sektionschef, Svenska Kommunförbundet

*Tomas Axi*, inköpschef, Luftfartsverket

### Kansliet

NOU:s kansli skall

- sköta den löpande verksamheten inom nämndens ansvarsområden,
- svara för kontakter med myndigheter, organisationer och allmänheten.

Kansliet som är lokaliserat till Riddarholmen i Stockholm består f.n. av nio tjänstemän, nämligen

*Margareta Hentze*, kanslichef

*Britt Olsson*, assistent

*Hans Sylvén*, chefsjurist

*Camilla Graf Morin*, jur.kand.

*Birgitta Hedlund*, fil.mag.

*Johan Svedberg*, jur.kand.

*Andrea Sundstrand*, jur.kand.

*Marie-Louise Falck*, jur.kand.

*Rickard Falkendal*, jur.kand.

Expeditionstider:	09.00 - 11.30 och 13.00 - 15.00
Postadress:	<b>Nämnden för offentlig upphandling</b> <b>Box 2012</b> <b>103 11 STOCKHOLM</b>
Besöksadress:	<b>Norra Riddarholmshamnen 1</b>
Telefon:	<b>08 - 454 44 40</b>
Telefax:	<b>08 - 791 72 81</b>

### Myndighetens uppgifter

Nämnden bildades den 15 mars 1993 och har följande uppgifter:

#### Tillsyn

- över upphandling enligt Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ändrad och omtryckt 1993:1468, därefter ändrad 1994:614, 1995:704)

#### Information

- lämna information
- ge ut allmänna råd inom sitt tillsynsområde

#### Internationell bevakning

- följa den internationella utvecklingen på upphandlingsområdet inom EU och WTO

#### Miljöfrågor

- verka för en miljöanpassad offentlig upphandling

#### Statistik

- samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål

#### Effektivitet

- verka för en effektiv offentlig upphandling

#### Leveransbestämmelser

Viktiga adresser och telefonnummer

*Nämnden för offentlig upphandling*

Box 2012  
103 11 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 454 44 40  
Telefax 08 - 791 72 81

*Landstingsförbundet*

Box 70491  
107 26 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 702 43 00  
Telefax 08 - 702 45 90

*Konkurrensverket*

103 85 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 700 16 00  
Telefax 08 - 24 55 43

*Riksrevisionsverket*

Box 45070  
104 30 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 690 40 00  
Telefax 08 - 690 41 00

*Supplement to the Official Journal of the European Communities*

Office for Official Publications of the European Communities  
2, rue Mercier,  
L-2985 LUXEMBOURG  
Telefon 009352 - 499 284 23 32  
Telefax 009352 - 49 00 03 or - 49 57 19

*Kommerskollegium*

Box 1209  
111 82 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 791 05 00

*Enheten för europainformation*

Telefon 08 - 791 05 05  
Telefax 08 - 21 49 20  
för beställning av direktiv, CPV mm

*Euro Info Centre*

Telefon: 020 - 93 10 10

*Svenska kommunförbundet*

118 82 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 772 41 00  
Telefax 08 - 641 15 35

*SIS-Standardiseringen i Sverige*

Box 3295  
103 66 STOCKHOLM  
Telefon 08 - 613 52 00  
Telefax 08 - 411 70 35

*Byggtjänst*

Telefon 08 - 734 51 00 (litteratur)  
08 - 734 50 30 (programvaror)  
Telefax 08 - 734 50 98  
för beställning av AB92, ABK, ABT m.fl.

*Kommentus förlag*

Telefon 08-709 59 00  
Telefax 08-709 59 45  
för beställning av blanketter,  
kommentarhäften,  
ALOS 81 och MONTAGE 85

*Fritzes InformationsCenter*

Telefon 08 - 690 90 90  
Telefax 08 - 20 50 21  
för beställning av: SFS, propositioner, Ds-rapporter och andra offentliga publikationer. Sammanställning NOU info 93-95. Prenumeration på NOU info.

*Reflections AB*

Telefax: 08 - 511 782 79 för beställning  
Telefon: 08 - 511 749 28

*Bibliotekstjänst i Lund*

Telefon: 046 - 18 00 00  
Telefax: 046 - 18 01 25 och 30 79 47  
För beställning av EGT

*Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsavdelning*

Telefon: 060-18 41 10 eller  
071-23 50 00 (4.55 kr/min)

**A- och B-tjänster**

Listan med A- och B-tjänster är hämtad från bilaga till LOU och kompletterad med de CPC-referenser som finns i tjänstedirektivet. I annonserna anges de CPV-nummer som motsvarar nedanstående CPC, se Sammanställning av tjänstekategorier med ref. till CPV och CPC.

Kategori	A-tjänster	CPC referens nr
1.	Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning	6112, 6122, 633, 886
2.	Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran	712 (utom 71235), 7512, 87304
3.	Luftransport utom postbefordran	73 (utom 7321)
4.	Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18	71235, 7321
5.	Telekommunikation *	752
6.	Finansiella tjänster a Försäkringstjänster b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar **	ex 81 812, 814
7.	Datatjänster och därmed anknutna tjänster	84
8.	Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten	85
9.	Redovisning, revision och bokföring	862
10.	Marknadsundersökningar inkl opinionsmätningar	864
11.	Konsulttjänster för administration och organisation av företag	865, 866
12.	Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur och anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster	867
13.	Tjänster avseende annonsering (reklam)	871
14.	Fastighetsförvaltning, inkl städning och löpande underhåll	874 82201 till 82206
15.	Förlags- och tryckeritjänster som utförs mot ersättning	88442
16.	Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet	94
<b>B-tjänster</b>		
17.	Hotell- och restaurangtjänster	64
18.	Rälsbunden transport	711
19.	Sjötransport och annan vattenburen transport	72
20.	Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar	74
21.	Juridiska tjänster***	861
22.	Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster	872
23.	Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter	873 (utom 87304)
24.	Utbildning, inkl yrkesutbildning	92
25.	Hälso- och sjukvård samt socialtjänst	93
26.	Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet	96
27.	Andra tjänster	

\* utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster

\*\* 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

\*\*\* utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag



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

## *annonsering*

- [Annonsering över tröskelvärdena](#)
- [Annonsering under tröskelvärdena](#)
- [CPV \(Common Procurement Vocabulary\)](#)
- [Klassificering av A- respektive B-tjänster](#)

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

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

[registrator.nou@nou.se](mailto:registrator.nou@nou.se)



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

[annonsering över tröskelvärdena](#) | [annonsering under tröskelvärdena](#) | [CPV](#) | [Klassificering](#) |

## ***annonsering över tröskelvärdena***

[SIMAP:s webbplats](#) görs för närvarande om. En fullständig version av webbplatsen finns endast på engelska. Sidor för de övriga språken kommer senare. Delar av nedanstående innehåll och funktioner kan därför saknas.

### ***blanketter för annonsering per fax m.m.***

Blanketter för annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT/TED) finns på SIMAP:s webbplats.

På SIMAP:s webbplats finns även ett dokument med svar på vanliga frågor om blanketterna. Bl.a. förklaras hur man använder blanketter i olika format, hur man skickar blanketterna samt hur man ändrar eller korrigerar en annons.

Annonsen som skrivs på dessa blanketter ska sändas för publicering i EUT S med:

- e-post: [mp-ojs@opoce.cec.eu.int](mailto:mp-ojs@opoce.cec.eu.int)
- fax: +352 29 29 44 619  
+352 29 29 44 623  
+352 29 29 42 670

### ***On-line annonsering i EUT S/TED***

EG-kommissionen erbjuder också formulär för elektronisk annonsering av upphandlingar i EUT S/TED. Systemet för on-line annonsering finns på SIMAP:s webbplats under rubriken: Inköarpunkt

#### ***Registrering av upphandlarprofil***

Innan en inköpare kan använda on-line formulären måste den upphandlande enhetens profil registreras. Registreringen är okomplicerad och gratis. Kort efter registreringen får inköparen en bekräftelse med e-post. Därefter har inköparen, med hjälp av sin användaridentitet och sitt lösenord, tillgång till alla funktioner på webbplatsen, inklusive annonsformulären. Enhetens upphandlarprofil kan när som helst redigeras.

#### ***Formulär för annonsering on-line***

Under rubriken "on-line formulären för tillkännagivande" återfinns följande formulär:

a. FÖRHANDSANNONS
b. ANBUDSINFORDRAN / ANSÖKAN
c. MEDDELANDE OM TILLDELNING AV KONTRAKT
d. BYGGKONCESSION



e. ANBUDESINFORDRAN - KONTRAKT SOM SKALL TILLDELAS AV EN KONCESSIONSINNEHAVARE
f. FÖRHANDSANNONS - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA (EJ ANBUDESINFORDRAN)
g. FÖRHANDSANNONS - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA (ANBUDESINFORDRAN)
h. ANBUDESINFORDRAN / ANSÖKAN - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA
i. KVALIFIKATIONSSYSTEM - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA
j. MEDDELANDE OM TILLDELNING AV KONTRAKT - FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA
k. FORMGIVNINGSTÄVLAN
l. RESULTAT AV FORMGIVNINGSTÄVLAN

### ***Personlig dokumenthanterare***

I en personlig dokumenthanterare sparas de annonser m.m. som inköparen har gjort i verktyget. De dokument som har skapats kan när som helst:

- uppdateras, förutsatt att annonsen inte har publicerats,
- kopieras, dvs. skapa ett nytt identiskt dokument men med nytt ID-nummer,
- publiceras (observera att när ett dokument har publicerats kan det inte ändras),
- raderas, förutsatt att annonsen inte har publicerats.

Annonsunderlaget skickas on-line direkt till EUT S/TED enligt de instruktioner som anges på webbplatsen. Den upphandlande enheten får själv bevaka att annonsen kommer in i TED i "rätt skick".

### ***Viktigt att veta***

Varje gång inköparen börjar fylla i ett nytt tomt formulär får det automatiskt ett unikt dokumentnummer. Detta nummer kan inte ändras.

I on-line formulären finns det användbara hjälpavsnitt. Vidare kan inköparen söka efter CPV-koden direkt i formulären.

De röda fälten i formulären är obligatoriska och måste fyllas i, annars kommer systemet att anmärka på att meddelandet inte är komplett. Även om meddelandet inte är komplett kan det dock publiceras.

Det finns inget elektroniskt formulär för korrigerings av misstag i en annons. För att korrigera ett dokument som sänts via SIMAP online-system skall man skicka en rättelse till [SIMAP:s helpdesk](#) genom att;

- vidarebefordra den annonsbekräftelse som erhållits per e-post från SIMAP;
- ange EUT/S nummer (om annonsen redan publicerats) samt
- vad som skall rättas.

SIMAP:s helpdesk kan också besvara eventuella frågor om on-line systemet.

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se



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

[annonsering över tröskelvärdena](#) | annonsering under tröskelvärdena | [CPV](#) | [Klassificering](#) |

## *annonsering under tröskelvärdena, av B-tjänster oavsett värde, m.m.*

### *annonsering av förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar*

Förenklade upphandlingar skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller i annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, t.ex. i rikstäckande dagspress eller en branschtidning. Vid en urvalsupphandling skall den upphandlande enheten genom en annons inbjuda leverantörer att ansöka om att delta i upphandlingen. Denna ansökningsinbjudan skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

En rapport (NOU:s dnr 2000/0231-28) över bl.a. databaser som annonserar förenklade upphandlingar m.m. hittar du på NOU:s webbplats under rubriken [publikationer](#). På [Kommerskollegiums](#) webbplats finns en lista över olika databaser som annonserar offentliga upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena.

### *innehållet i en annons om en förenklad upphandling*

I annonsen eller förfrågningsunderlaget skall enligt 6 kap. 6 § LOU vid förenklad upphandling anges; hur anbud får lämnas; den dag då anbud senast skall ha kommit in samt den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.

Bland annat följande uppgifter bör enligt NOU framgå av annonsen vid förenklad upphandling; den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson; var förfrågningsunderlag och ytterligare information kan erhållas; beskrivning av det som upphandlas (vilken vara, tjänst eller byggtreprenad); den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer; leveranstid eller avtalsperiod och avtalets omfattning.

### *innehållet i en ansökningsinbjudan vid urvalsupphandling*

Ansökningsinbjudan skall innehålla sådan information som möjliggör för leverantören att bedöma om han skall ansöka om att få lämna anbud. I 6 kap. 2 c § LOU anges vilka uppgifter som skall framgå av ansökningsinbjudan; hur ansökan får lämnas (skriftligt, muntligt eller elektroniskt med skriftlig bekräftelse eller bekräftelse på annat sätt) och sista datum för mottagande av ansökan.

Utöver dessa uppgifter bör även följande uppgifter framgå av inbjudan; den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson; var ansökan skall skickas; beskrivning av det som skall upphandlas (varan, tjänsten eller byggtreprenaden); vilka krav som gäller för att få lämna anbud (jämför t.ex. med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU); på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om att han uppfyller ställda krav; den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer; leveranstid eller

avtalsperiod; avtalets omfattning och övrig information, t.ex. angivande av antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

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

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se



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

[annonsering över tröskelvärdena](#) | [annonsering under tröskelvärdena](#) | CPV | [Klassificering](#) |

## **CPV (Common Procurement Vocabulary)**

CPV är en katalog som innehåller mer än 5 000 produkt- och tjänstekoder. Koderna används som sökord i TED för att man lättare skall kunna identifiera den eftersökta varan eller tjänsten. Det är EG-kommissionens generaldirektorat för den inre marknaden som ansvarar för utvecklandet av kodsystemet.

### **CPV vid annonsering i EGT/TED**

Alla annonser i EGT/TED klassificeras med CPV-nummer. Om den upphandlande enheten inte anger något CPV-nummer kommer Publikationskontoret att välja ett sådant innan publiceringen vilket kan vara en mer riskabel metod.

Var noga vid angivande av CPV-nummer. Om inte någon exakt kod finns, använd då en mer övergripande kod. I beskrivningen av det som skall upphandlas kan preciseringar göras.

På SIMAPs webbplats finns den aktuella [CPV-nomenklaturen](#) på samtliga EU-språk.

Vid on-line annonsering i EGT S/TED nås CPV-nomenklaturen direkt i on-line formulären.

### **CPV-koderna ändras 20 december 2003**

Lördagen den 20 december 2003 träder en förordning ikraft som innehåller en omarbetad CPV-nomenklatur som skall användas vid annonsering i EGT/TED. I den omarbetade CPV-nomenklaturen tillkommer några koder medan andra utgår. En del koder som tidigare varit knutna till en viss vara/tjänst kommer nu att knytas till en annan vara/tjänst. Det är således viktigt att använda de nya CPV-koderna vid all annonsering i EGT/TED från och med 20 december. [Läs mer](#)

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

---

<b>Adress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Fax</b>	<b>E-post</b>
Vasagatan 44 111 20 Stockholm	08-454 44 40	08-791 72 81	registrator.nou@nou.se



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

[annonsering över tröskelvärdena](#) | [annonsering under tröskelvärdena](#) | [CPV](#) | [Klassificering](#) |

### *klassificering av A- respektive B-tjänster*

Tjänsterna är, enligt en bilaga till lagen, uppdelade i A- och B-tjänster där upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet medför större formkrav beträffande t.ex. annonsering och tidsfrister. A-tjänster över tröskelvärdena skall upphandlas enligt 5 kap. LOU. A-tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde skall upphandlas enligt 6 kap. LOU.

Till A-tjänst räknas sådana tjänster som normalt kan bli föremål för gränsöverskridande handel, t.ex. underhåll och reparation av maskinutrustning, landtransporter, datatjänster, redovisning, revision och bokföring, fastighetsförvaltning m.m. Till B-tjänster räknas tjänster, vilka normalt lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel bl.a. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster, utbildning, hälso- och sjukvård samt socialtjänster.

En upphandling som omfattar såväl A- som B-tjänster skall i sin helhet anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av dessa tjänster överstiger värdet av B-tjänsterna. Om värdet av B-tjänsterna däremot överstiger värdet av A-tjänsterna skall upphandlingen i sin helhet göras enligt bestämmelserna för upphandling av B-tjänster. Vilka bestämmelser som är tillämpliga vid offentlig upphandling avseende A- och B-tjänster styrs således inte av vad som huvudsakligen är föremål för kontraktet. Läs mera i NOU info december -02.

Motsvarande ”överviktsprincip” gäller även då frågan är om en upphandling skall genomföras enligt reglerna för varor eller tjänster.

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

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se



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

## Rapporter

Titel	Diariennr	Läs
Utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt	2003-0301-28	<a href="#">Rapport (597K)</a> + <a href="#">Rättelseblad Bilaga 1-6 (2,1MB)</a> <a href="#">Bilaga 7-13 (3,4 MB)</a>
Delrapport rörande utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt	2003/0047-28	<a href="#">(PDF 193K)</a>
LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter	2003/0039-28	<a href="#">(PDF 868K)</a>
Information om upphandling av kött	2002/0147-28	<a href="#">(PDF 144K)</a>
Rapport med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt	2002/019-28	<a href="#">(PDF 306K)</a>
Mångfald och offentlig upphandling (2001-03-20) (NOU har genom Michael Slavicek erhållit ett bidrag från VINNOVA för en fördjupad analys av möjligheterna att inom ramen för LOU ställa icke-ekonomiska krav på leverantörerna. Det bör noteras att författarens åsikter och slutsatser inte behöver återspegla NOU:s officiella ställningstaganden.)	1999/0197-29	<a href="#">(PDF 402K)</a>
Kartläggning elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar.(2000-11-28)	2000/0231-28	<a href="#">(PDF 154K)</a>
Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (2000-06-21)	1998/0248/-29	<a href="#">(PDF 6380K)</a>
Statliga bolags tillämpning av LOU (2000-02-03)	1999/0234-28	<a href="#">(PDF 2630K)</a>
Klarläggande av tidpunkten för upphandlingens avslutande (99-08-27)	1999/0169-29	<a href="#">(PDF 460K)</a>

Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling (99-08-19)	1999/0052-28	<a href="#">(PDF 742K)</a>
Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater (99-03-31)	1999-0053-28	<a href="#">(PDF 420K)</a>
Delrapport om NOU:s tillsynsprojekt över upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (99-03-24)	1998/0248-29	<a href="#">(PDF 617K)</a>
Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU (98-12-02)	1998/0172-28	<a href="#">(PDF 242K)</a>
Regeringsuppdrag (1998-01-15) om ekologiskt hållbar offentlig upphandling. (98-04-02)	1998/0015-29	<a href="#">PDF 103K</a>
Regeringsuppdrag (1997-06-26) avseende kommuners och landstings köp från sina egna företag m.m. (98-03-27)	1997/0165-29	<a href="#">PDF 258K</a>
Effekter av lagen om offentlig upphandling. (98-02-04) (Denna publikation kan också beställas från Fritzes, tel 08-6909190)	<a href="#">Sammanfattning</a>	<a href="#">PDF 264K</a>

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 2004-08-16

<b>Adress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Fax</b>	<b>E-post</b>
Väsagatan 44 111 20 Stockholm	08-454 44 40	08-791 72 81	registrator.nou@nou.se



Dnr  
2003/0301-28

Utvärdering av  
användningen av  
antidiskrimineringsklausuler  
i upphandlingskontrakt

Linda Dahlström

Datum  
2004-06-17  
Ert datum  
2003-02-201 (27)  
Vår beteckning  
2003/0301-28  
Er beteckning  
Fi2002/422Regeringen  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport rörande uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2003-02-20) gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget redovisas i den bifogade rapporten.

Beslut om utformning av delrapporten har fattats vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 vid 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. Linda Dahlström. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström

## Innehållsförteckning

1. Sammanfattning _____	3
2. Inledning _____	5
3. NOU:s kartläggning _____	6
4. Användning av antidiskrimineringsklausuler _____	6
5. Vilken slags klausul har använts? _____	7
6. Problem som uppgetts förekomma vid användning av klausuler _____	9
7. Åtgärder som upphandlande enheter vidtagit för att kontrollera efterlevnad av klausulerna _____	10
8. Skäl som anförts till att antidiskrimineringsklausuler inte använts _____	14
9. De upphandlande enheternas avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler. _____	20
10. Övriga kommentarer från de upphandlande enheterna _____	25
Bilagor _____	27

## 1. Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Kartläggningen omfattar totalt 391 upphandlande enheter varav 264 statliga myndigheter.

Än så länge är det ett fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler. De upphandlande enheterna visar dock en vilja till att använda antidiskrimineringsklausuler. Användningen har ökat något sedan år 2003 och majoriteten av de upphandlande enheter som idag inte använder sig av antidiskrimineringsklausuler har för avsikt att börja använda dem. Resultatet av kartläggningen bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och möjligheten att använda särskilda villkor infördes i LOU. Att införa och följa upp antidiskrimineringsklausuler på ett meningsfullt och rättssäkert sätt kräver ett omfattande arbete. Av de upphandlande enheter som använder sig av antidiskrimineringsklausuler har ett antal helt nyligen börjat använda dessa.

Det framstår för NOU som om de upphandlande enheterna visserligen ser positivt på att använda antidiskrimineringsklausuler men att de upplever svårigheter med användandet av klausulerna. Återkommande i enkätsvaren är framför allt svårigheter med uppföljningen av efterlevnaden av antidiskrimineringsklausulerna p.g.a. av brist på kompetens och resurser. Behovet av kompetens och resurser har förts fram som en förutsättning för att kunna använda klausulerna.

Av det fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler är det inte många som har vidtagit åtgärder för uppföljning. Det är samtidigt inte många som har upplevt något problem med användandet. Detta synes ha en koppling. Det fåtal som upplevt problem hänför nämligen dessa just till uppföljning av klausulerna. Detta bekräftar också de farhågor NOU uttryckte i samband med utformningen av antidiskrimineringsklausulerna.

NOU vill här påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande<sup>1</sup> har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbudet samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbudet uppfyller kriterierna.

<sup>1</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

Datum  
2004-06-17

Vår beteckning  
2003/0301-28

Den främsta anledningen till att antidiskrimineringsklausuler inte används är att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet. Andra viktiga skäl som angetts är att den upphandlande enheten gjort så små upphandlingar att användning av antidiskrimineringsklausuler inte bedömts vara meningsfullt, att ekonomiska och administrativa resurser saknas samt att organisationen saknar kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen.

NOU bedömer bl.a. mot denna bakgrund att klausulerna bör användas där de förväntas ge bäst effekt, t.ex. i ramavtal eller avseende vissa branscher och inte utgöra ett generellt krav för samtliga statliga myndigheters upphandling. Genomslagskraften skulle sannolikt vara stor om de myndigheter som tecknar ramavtal för hela statsförvaltningen tillämpade sådana klausuler. Så sker inte i dagsläget. NOU har tidigare framhållit betydelsen av att koncentrera insatserna på upphandlingsområdet till de ramavtalsansvariga myndigheterna. Ett motsvarande resonemang framförs av Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO).

Av svaren framkommer att det behövs mer information om hur antidiskrimineringsklausuler kan användas både avseende lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och antidiskrimineringslagstiftningen. Flera upphandlande enheter eftersöker stöd av personal och praktisk vägledning på området samt verktyg/uppfoljningsmetoder för att kunna göra uppföljningar. I sitt yttrande över kartläggningen påpekar även Handikappombudsmannen (HO) att användning av antidiskrimineringsklausuler kräver nya metoder och verktyg för uppföljning av klausulerna.

Jämställdhetsombudsmannen (JämO) har i sitt yttrande över NOU:s rapport framfört att han överväger att utarbeta vissa rekommendationer beträffande tillämpning av klausulerna. NOU anser det angeläget att rekommendationer utarbetas av samtliga ombudsmän.

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO) anser att ”det finns god potential för användning av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling, givet att klausulen kan utformas tillräckligt vid för att på samma gång vara praktisk tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas”.

NOU vill även nämna att Handikappombudsmannen (HO) framfört en allmän tveksamhet beträffande tillämpningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt såtillvida att det ”bör beaktas att de som står för upphandlingarna har som sitt främsta intresse att värna föremålen för sina upphandlingar. Att föra in för många nya krav i en process som redan är komplicerad riskerar att motverka sitt eget syfte.”

NOU vill här påminna om att i den mån antidiskrimineringsklausuler används i upphandlingskontraktet bör enligt regeringen den upphandlande enheten självfallet kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner

som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>2</sup>

NOU vill avslutningsvis återigen<sup>3</sup> påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av antidiskrimineringsklausuler. Kommissionen anser nämligen att det är "... upp till medlemsstaterna att definiera begreppet [allvarligt fel i yrkesutövningen] i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området".<sup>4</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på ett sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande "allvarligt fel i yrkesutövningen"<sup>5</sup>. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

## 2. Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget har redovisats dels i en delrapport avseende samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler, dels nu i en slutrapport avseende användningen i samtliga statliga myndigheter samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter. I uppdraget ingick att tillstålla de upphandlande enheterna information om diskrimineringslagstiftningen och upphandlingsreglerna. Slutrapporten omfattar en redovisning av i vilken utsträckning de upphandlande enheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen, i vilken utsträckning någon annan liknande klausul med samma målsättning använts samt, om antidiskrimineringsklausul inte använts, skälen till det. Vidare redovisas vilka åtgärder de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna. Rapporten innehåller även en redogörelse för de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler. Delrapporten, som lämnades till Regeringskansliet i september 2003, finns tillgänglig även på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se).

NOU har givit Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

---

<sup>2</sup> Prop. 2001/02:142 sid.44.

<sup>3</sup>Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt NOU:s dnr 2002/0019-28, sid. 30.

<sup>4</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>5</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

### 3. NOU:s kartläggning

Kartläggningen omfattar totalt 391 upphandlande enheter varav 264 statliga myndigheter, 27 kommuner med över 70 000 invånare, 21 landsting, 27 upphandlande enheter inom försörjningssektorerna, som inte är statliga myndigheter, samt 52 andra upphandlande enheter (bilaga 7).

Samtliga statliga myndigheter som svarade på delrapporten ingår i kartläggningen.

De andra upphandlande enheterna är upphandlande enheter enligt definitionen i 1 kap. 6 § LOU d.v.s. bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, är en juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

NOU har tillställt samtliga upphandlande enheter som omfattades av kartläggningen en enkät (bilaga 2 och 3), NOU:s antidiskrimineringsklausul (text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet) (bilaga 4) samt information om NOU:s antidiskrimineringsklausul (bilaga 5).

I bilaga 6 redovisas NOU:s metodik för utvärderingsarbetet.

### 4. Användning av antidiskrimineringsklausuler

**Tabell 1.**

Använder er organisation antidiskrimineringsklausuler ?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
<b>Ja, regelmässigt</b>	26	6,6	13	13
<b>Ja, men inte regelmässigt</b>	19	4,9	14	5
<b>Nej</b>	346	88,5	237	109
<b>Total</b>	391	100	264	127

Av dem som svarat att de använder antidiskrimineringsklausuler men inte regelmässigt, har flertalet på frågan ”ungefärligt antal gånger” uppgett att de använt en sådan klausul ett fåtal gånger (bilaga 7).

NOU konstaterar att 6 av de 20 största statliga myndigheterna (med avseende på lämnade uppgifter om omfattning av upphandling) använder antidiskrimineringsklausuler.

De som använder antidiskrimineringsklausuler regelmässigt är:

- Regeringskansliet
- Arbetsmarknadsverket
- Göteborgs universitet

De som använder antidiskrimineringsklausuler, men ej regelmässigt är:

- Rikspolisstyrelsen,
- Sveriges lantbruksuniversitet
- Banverket

### NOU:s kommentar

Än så länge är det ett fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler. Användningen av antidiskrimineringsklausuler har dock ökat något sedan år 2003 då 12 statliga myndigheter uppgav att de använde antidiskrimineringsklausuler. Vid denna enkät har 27 statliga myndigheter svarat att de använder antidiskrimineringsklausuler och ett stort antal upphandlande enheter har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten (se vidare avsnitt 9). En ökning av användningen av antidiskrimineringsklausuler bland de största myndigheterna har skett i jämförelse med enkäten som genomfördes år 2003.

Resultatet bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och sedan lagändringen om särskilda villkor infördes (1 juli, 2002). Ett antal upphandlande enheter har precis börjat använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten.

## 5. Vilken slags klausul har använts?

Tabell 2.

Vilken slags antidiskrimineringsklausul har använts?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
<b>NOU:s antidiskrimineringsklausul</b>	20	44,4	13	7
<b>Organisationens egen eller annan antidiskrimineringsklausul</b>	25	55,6	14	11
<b>Total</b>	45	100	27	18



17 upphandlande enheter har valt att bifoga klausuler till sina svar till NOU:s enkätundersökning. Klausulerna redovisas i bilaga 8.

De klausuler som bifogats är relativt likartade. Tre klausuler bygger på NOU:s klausul men två av dem skiljer sig i det avseendet att erläggandet av vite vid utebliven redovisning av åtgärder är borttaget.

Flertalet av de övriga bifogade klausulerna är utformade på så sätt att de ger den upphandlande enheten rätt att häva kontraktet om leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller tvingas betala ut skadestånd enligt den lagstiftning som räknas upp i klausulerna.

### **NOU:s kommentar**

NOU:s klausul innehåller en skyldighet för leverantören att på begäran av den upphandlande enheten vid äventyr av vite skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen. Som exempel kan nämnas inkrävande av en jämställdhetsplan från de leverantörer som sysselsätter minst tio anställda. Bryter leverantören mot förpliktelsorna i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget, riskerar han att få betala ett löpande avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse, kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer. NOU:s klausul förutsätter att avtalsförhållandet är av viss varaktighet.

NOU anser att antidiskrimineringsklausulen behöver vara anpassad till varje enskild upphandling.

Flertalet av de klausuler som bifogats enkätsvaren innehåller inte någon aktiv åtgärd för uppföljning, som t.ex. krav på leverantören att redovisa vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa antidiskrimineringslagstiftningen, utan de innebär endast en möjlighet till att häva kontraktet, om leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller tvingas betala ut skadestånd enligt den lagstiftning som räknas upp i klausulerna.

Ombudsmännen har utformat en egen antidiskrimineringsklausul som de anser är mer omfattande än NOU:s klausul. NOU anser dock att den klausul som NOU föreslagit innehåller ett större inslag av aktivt arbete i det avseendet att klausulen innehåller en skyldighet för leverantören att redovisa vilka åtgärder som vidtas i syfte att följa antidiskrimineringslagstiftningen.

Vad beträffar utvidgningen i ombudsmännens klausul avseende underleverantörer och varor vill NOU hänvisa till sin kommentar i Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt (NOU:s dnr 2002/0019-28) sid. 10 och 16.

NOU anser att den upphandlande enheten måste ha ett instrument för uppföljning av ställda krav. Saknas möjligheter till uppföljning kan det medföra ett brott mot likabehandlingsprincipen.

För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs därmed goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. En tänkbar orsak till att klausuler som kräver aktiva åtgärder för uppföljning av ställda krav inte används kan vara just detta.

## 6. Problem som uppgetts förekomma vid användning av klausuler

Tabell 3.

Har problem förekommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
<b>Ja</b>	6	13,3	4	2
<b>Nej</b>	39	86,7	23	16
<b>Total</b>	45	100	27	18

Samtliga 6 upphandlade enheter som upplevde problem (*Handikappsombudsmannen, Riksdagsförvaltningen, Statens bostadsnämnd, Pliktverket, Stockholm stad och Sundsvalls kommun*) har angivit problem som kan härröras till uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler. Exempel på sådana problem är svårighet att tolka om en klausul har brutits och svårigheten att hinna med uppföljning vid upphandlingskontrakt av relativt kortvarig karaktär.

*Handikappsombudsmannen* har svarat: ”Det är inte lätt att tolka om en klausul har brutits. Vem/vilka ska ge stöd för denna tolkning? Frågan växer ju mer skydd för diskriminering som följer av lag. Det är en fråga om resurser och kunskap. En sak är att ha kunskaper om diskriminering, en annan att ha kunskaper om upphandling och avtalsrätt/köprätt. Diskrimineringsklausuler och användningen av dem kräver kunskap om denna helhet.”

Enligt *Pliktverket* innebär upphandlingar av relativt kortvarig karaktär ”att det kan vara svårt innan avtalstiden gått till ända att hinna genomföra den uppföljning som ska ske för att kunna utröna vilka åtgärder en leverantör vidtagit i anledning av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna”.

*Statens bostadsnämnd* och *Sundsvalls kommun* har angett som problem att de använder sig av NOU:s klausul men att de har utelämnat vitesbestämmelserna.

### NOU:s kommentar

Endast 6 av de 45 upphandlande enheterna som använder antidiskrimineringsklausuler har upplevt något problem med användandet av antidiskrimineringsklausuler. De problem som angivits förefaller hänföra sig till uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler. Detta bekräftar de farhågor NOU uttryckte i samband med utformningen av antidiskrimineringsklausulerna. Se under avsnitt 7 för vidare kommentarer.

## 7. Åtgärder som upphandlande enheter vidtagit för att kontrollera efterlevnad av klausulerna

Denna fråga är ny för slutrapporten och ställdes inte vid enkäten för delrapporten.

Tabell 4.

Har organisationen vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnad av klausulerna?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
Ja	5	11,1	4	1
Nej	40	88,9	23	17
<b>Total</b>	45	100	27	18

De fem som svarat att de vidtagit åtgärder för att följa upp klausulerna är:  
*Totalförsvarets pliktverk, Arbetsmarknadsverket, Länsstyrelsen i Gotlands län, Statens skolverk och Stockholms Hamn AB*

*Arbetsmarknadsverket (AMV)* ”har valt att ta fram en egen klausul som nu i början av mars 2004 har lagts in i vårt gemensamma upphandlingssystem. Den klausul som vi har valt är liksom NOU:s, sanktionerad med ett avtalsvite. Vitet är begränsat till maximalt ett halvt basbelopp. Vi har också kopplat en bilaga till klausulen som beskriver vilken lagstiftning som leverantören är skyldig att följa och vilken information som leverantören är skyldig att redovisa enligt antidiskrimineringsklausulen. Både antidiskrimineringsklausulen och bilagan ingår i förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Enligt klausulen är dock leverantören endast skyldig att ge en skriftlig redogörelse i avtal där den ordinarie avtalstiden är minst ett år. En försiktig uppskattning är att denna redovisningsskyldighet kommer att finnas i ca 200 avtal som upphandlas under 2004. Enligt vår mening riskerar klausulen att bli meningslös om den endast omfattar situationer där leverantören blivit skyldig att betala skadestånd eller fått ett vitesföreläggande riktat mot sig.

AMV:s klausul omfattar därför också det planmässiga jämställdhets- och mångfaldsarbete som arbetsgivaren är skyldig att bedriva. Vi är väl medvetna om att granskningen av leverantörens redogörelse i detta avseende ställer särskilda krav på vår organisation. Det är också viktigt att vi har en enhetlig tillämpning av klausulen. Det kan bli aktuellt att genomföra ytterligare utbildningsinsatser under hösten och att utarbeta rutiner för granskningen av leverantörens redogörelse och kontrollen i övrigt av efterlevnaden. AMS kommer att bistå länsarbetsnämnderna i detta arbete. Vi avser också att ha ett samråd med berörd ombudsman innan det blir aktuellt att utkräva vite av någon leverantör." Arbetsmarknadsverkets samlade svar för hur de hanterar antidiskrimineringsklausuler finns i bilaga 9.

*Statens skolverk* har svarat "I mallen till förfrågningsunderlaget skall ett antal handlingar bifogas anbudet. En av dessa är "Beskrivning av företagets åtgärder för att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen. Vid anbudsutvärderingen går beställaren igenom de beskrivningar som leverantören lämnat."

Av de 45 upphandlande enheter som uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler har 40 inte vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnad av klausulerna. Flera av dessa har lämnat kommentarer av intresse:

Några har uppgett att de nyss börjat använda antidiskrimineringsklausuler, (*Statens folkhälsoinstitut, Landstinget i Uppsala län, Örebrostäder, AB Karlskronahem*).

*AB Karlskronahem* har uppgett att bolaget just har gått ut med en upphandling där man lagt in NOU:s antidiskrimineringsklausul, som man för övrigt anser vara alldeles utmärkt att använda och avser använda framöver.

*Riksdagsförvaltningen* kommer år 2004 regelmässigt att använda antidiskrimineringsklausuler i tjänste- och entreprenadavtalen och har för avsikt att under hösten 2004 göra uppföljningar beträffande efterlevnaden.

*Stockholms Stad* håller på att revidera klausulen och kommer i samband med detta utarbeta en plan för hur klausulen skall följas upp.

Några upphandlande enheter som använder sig av antidiskrimineringsklausuler har kommenterat möjligheterna till uppföljning.

*Göteborgs Universitet* har svarat att resurser saknas för att rutinmässigt följa upp ställda krav.

*Sveriges Lantbruksuniversitet* anser inte att det är deras sak att kontrollera att leverantörerna inte bryter mot lagen, men kan tänka sig en skrivning där avtalet hävs vid av domstol konstaterat lagbrott.

*Sundsvalls kommun* anser att krav beträffande antidiskriminering skall finnas i "Allmänna bestämmelserna" med möjlighet för den upphandlande enheten att kunna häva ett avtal med företag som inte följer dessa lagstiftningar.

Banverket uppger att man " i sin mall för förfrågningsunderlag, vilken skall användas av samtliga förvaltande enheter, tagit med klausuler rörande antidiskriminering. Dessa klausuler är inte tvingande för den enhet som använder mallen, utan det är upp till den enskilda enheten att välja om de skall ha med klausulerna eller inte. Det har visat sig vid en enkät inom Banverket, att klausulerna används i ytterst liten omfattning. Vi planerar dock att vid en upphandling på huvudkontoret avseende personalrekrytering använda oss av klausulerna. Skälen till att de flesta enheter inte använder sig av klausulerna synes vara flera. Många av Banverkets enheter upplever inga problem vilka klausulerna är tänkta att motverka, flera anser sig ha bristande kunskap på området, ett antal enheter har heller inga möjligheter till uppföljning. Det senare är något som Banverket kommer att försöka följa upp."

### **NOU:s kommentar**

Av de 45 upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler är det endast 5 som har vidtagit åtgärder för uppföljning.

En förklaring till att så få upphandlande enheter vidtagit sådana åtgärder kan vara att ett antal upphandlande enheter enbart använt antidiskrimineringsklausuler ett fåtal gånger och flera nyligen börjat använda dem.

Som exempel på en upphandlande enhet som nyligen börjat använda antidiskrimineringsklausuler kan Arbetsmarknadsverket (AMV) lyftas fram. AMV har under år 2004 för avsikt att använda antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Arbetsmarknadsverket har ägnat år 2003 till omfattande förberedelser i form av genomförande av utbildning, framtagande av handläggarstöd som behandlar diskrimineringslagstiftningen och antidiskrimineringsklausulen samt information till leverantörer om att antidiskrimineringsklausuler kommer att användas under 2004.

Ett antal upphandlande enheter har påtalat att de saknar resurser och kompetens för att systematiskt följa upp antidiskrimineringsklausuler.

Att flertalet upphandlande enheter inte vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna är sannolikt den främsta förklaringen till att endast ett fåtal upphandlande enheter upplevt problem vid användandet av dem. Det fåtal som upplevt problem hänför nämligen dessa till uppföljningen.

NOU vill här påminna om att i den mån antidiskrimineringsklausuler används i upphandlingskontraktet bör enligt regeringen den upphandlande enheten självfallet kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner

som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>6</sup>

NOU vill även påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande<sup>7</sup> har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbuden samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna.

I sitt yttrande över kartläggningen anser Handikappombudsmannen att användning av antidiskrimineringsklausuler kräver nya metoder och verktyg för uppföljning av klausulerna.

Handikappombudsmannen framför även att det ”bör beaktas att de som står för upphandlingarna har som sitt främsta intresse att värna föremålen för sina upphandlingar. Att föra in för många nya krav i en process som redan är komplicerad riskerar att motverka sitt eget syfte.”

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning anser ”att det finns god potential för användning av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling, givet att klausulen kan utformas tillräckligt vid för att på samma gång vara praktisk tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas”.

Jämställdhetsombudsmannen har i sitt yttrande över NOU:s rapport framfört att han överväger att utarbeta vissa rekommendationer beträffande tillämpning av klausulerna. NOU anser det angeläget att rekommendationer utarbetas av samtliga ombudsmän.

<sup>6</sup> Prop. 2001/02:142 sid.44.

<sup>7</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

## 8. Skäl som anförts till att antidiskrimineringsklausuler inte använts

NOU har frågat de 346 upphandlande enheter, varav 237 statliga myndigheter, som svarat att de inte använder antidiskrimineringsklausuler om skälen till det. De upphandlande enheterna har kunnat besvara frågan med ett eller flera alternativ. NOU har exemplifierat skäl och även lämnat möjlighet för de upphandlande enheterna att lämna egna skäl.

**Tabell 5.**

	Antal upphandlande enheter	Varav antal Statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
Organisationens anskaffningar sker huvudsakligen genom avrop från ramavtal som upphandlats av annan.	<b>170</b>	156	14
De upphandlingar som gjorts inom organisationen har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att de inte bedömts att vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>86</b>	74	12
Organisationen saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>85</b>	48	37
Organisationen saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>84</b>	59	25
Organisationen har inte gjort någon tjänste- eller byggentreprenadupphandling efter den 1:e juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats.	<b>56</b>	51	5

Organisationen har hittills inte känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.	54	31	23
Organisationen saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt	40	25	15

Många upphandlande enheter (90) har uppgett att de har andra skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte använts än de exempel som NOU lämnat i enkäten. De skäl som angivits är i huvudsak följande:

23 upphandlande enheter har angivit problem med uppföljning, framför allt vad gäller resurser och kunskap. Bland kommentarerna kan nämnas:

*Riksskatteverket* anser att det är viktigt att uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler sker antingen med stöd av personal med kunskap på området eller med stöd av en framtagna uppföljningsmetod och är osäkra på behovet av resurser.

Enligt *Chalmers tekniska högskola* står inte den kompetens och resurs som krävs för att förstå, tillämpa och värdera antidiskrimineringsklausuler och dess inverkan på upphandlingar att finna hos många upphandlande enheter.

*Arbetsmiljöverket* har som skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte använts bl.a. angett svårigheter med uppföljning och att inse skälen till att upphandlande enhet skall övervaka efterlevnaden av antidiskrimineringslagstiftningen. De anser också att det finns svårigheter att koppla kraven till föremålet för upphandlingen samt att efterlevnad av lag normalt inte ska behöva krävas i avtal.

*Vägverket* har gjort bedömningen att organisationen har svårt att genomföra konsekventa och systematiska uppföljningar på ställda krav avseende antidiskriminering.

*Luftfartsverket* anser att krav skall vara proportionella mot upphandlingens föremål och storlek samt att krav måste anpassas till styrkeförhållandet mellan köpare och leverantör och i detta fall i så motto att kravet verkligen skall höras. Därutöver har Luftfartsverket framfört att uppföljning av efterlevnad är betungande och utan incitament.



*Lulebo AB* är tveksamma till om antidiskrimineringsklausuler ger en praktisk effekt, möjlighet att konstatera avsteg och till verksamma åtgärder vid eventuella avsteg.

*Patent- och registreringsverket (PRV)* anser att det inte är rimligt att en upphandlande enhet skall kontrollera att leverantören efterlever gällande, i många fall straffrättslig lagstiftning och att det för detta finns särskilt inrättade myndigheter. Myndigheten anser vidare att det tvärtom kan leda till att LOU:s portalparagraf om likabehandling åsidosätts. PRV uppger även att de saknar erforderliga ”verktyg” för en korrekt och meningsfull kontroll av erforderliga sakförhållanden.

*Lantmäteriet* ifrågasätter om en upphandlande enhet förutom kompetens inom själva kärnverksamheten upphandling dessutom skall besitta kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen. Krav kan i och för sig ställas med stöd av underlag från NOU men vid själva uppföljningen behöver ombudsmännen och resurser därifrån medverka.

*Uppsala Universitet* har en stor anskaffningsvolym och en liten upphandlingsorganisation och bara resurser att utnyttja och följa upp antidiskrimineringsklausuler i särskilda fall, d.v.s. om det finns anledning att anta att företagen inte sköter sig.

*Statens fastighetsverk* har hittills inte ansett sig ha bra möjlighet eller kunskap att på ett ”bra” sätt följa upp antidiskrimineringsklausuler.

*Statens räddningsverk* bedömer det resurskrävande att använda antidiskrimineringsklausuler och har därför valt att avvakta med användandet även i de få fall där det kan ha varit relevant.

*Vinnova* har svarat att de prioriterar innehållet i tjänsterna och att de inte skulle ha resurser/rutiner att följa upp efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler.

*Göteborg stad och Haninge kommun* har uppgett svårigheter att följa upp efterlevnaden av klausulerna.

*Riksåklagaren* önskar att uppföljning kan utföras i samråd med ansvariga myndigheter inom området ex. JämO, HomO, BO, och DO.

14 myndigheter har uppgett att de utgår från att leverantörerna följer gällande rätt. Följande kommentarer kan vara av särskilt intresse.

*Malmö Högskola* anser det inte som sin uppgift att tillse att leverantörerna följer gällande lagstiftning, utan deras uppgift är att se till att EG:s direktiv och Lagen om offentlig upphandling och annan handelsrättslig lagstiftning följs vid upphandling och vid upprättande av affärsavtal. Vidare anser

högskolan att om leverantörer inte följer gällande rätt vid utövande av sin verksamhet, finns det andra instanser som utövar tillsyn och sanktionsåtgärder.

*Riksförsäkringsverket* har hittills inte haft något behov av att använda sig av dessa klausuler utan utgår ifrån att deras leverantörer följer gällande lagstiftning på området.

*SMHI* är av uppfattningen ”att man inte skall behöva föreskriva att leverantören skall följa lagen. Det borde vara självklart. Det finns enligt vår uppfattning också möjligheter att utesluta leverantörer som begått brott i yrkesutövningen (1 kap 17 § punkt 3 LOU). Om man skall använda sig av antidiskrimineringsklausuler bör dessa ta sikte på att men som ett skall-krav kräver att leverantören visar att man har en jämställdhetsplan, att man har en könsfördelning som ligger mellan 40 och 60 % (jämställt företag), att man har en mångfaldsplan samt en plan för hur man skall motverka diskriminering p.g.a. etnisk tillhörighet, religiös uppfattning eller sexuell läggning. Självklart måste detta anpassas till det upphandlade objektet så att kravet på affärsmässighet kan tas om hand.”

*Landstinget Östergötland* anser att denna form av uppstyrning av leverantörer skall ske via lagstiftning såsom arbetsgivaransvar etc. och inte styras via upphandling.

*Luftfartsverket* har uppgett att det generellt förutsättes i avtal att gällande lagstiftning inom alla områden efterföljs av leverantören och att beställaren inte i detta avseende är någon tillsynsmyndighet.

*Vattenfall AB* har uppgett att det i samtliga koncernavtal anges att svensk lag skall gälla och därmed anser de att även antidiskrimineringsklausuler omfattas.

Enligt *Statskontoret* finns det särskild lagstiftning som skall förhindra diskriminering och särskilda myndigheter som utövar tillsyn över denna lagstiftning. Diskrimineringsfrågor bör hanteras i denna ordning och bör således inte blandas in i upphandlingssituationer.

Några upphandlande enheter (4) har som skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte används hänvisat till att leverantörerna ofta är små företag.

*Konkurrensverket* har svarat att leverantörerna i de flesta fall varit små företag (en- eller fåmansföretag) vilket medfört att användandet av antidiskrimineringsklausuler inte har varit meningsfullt.

*Jönköpings kommun* anser att offentlig upphandling redan är så nertyngd av regelverk och ambitioner att den skrämmer bort många aktörer och minskar konkurrensen särskilt från småföretagen men att även större företag avstår från att lämna anbud. Både inom entreprenad- och tjänstesektorn konkurrerar ofta

stora internationella företag med lokala om offentliga uppdrag och de mindre företagens möjligheter att hävda sig blir mindre och mindre, då de inte har resurser för att bemöta och hantera alla krav som ställs i offentlig upphandling.

*Stångåstaden AB* ser gärna att även mindre företag är med och räknar på förfrågningsunderlagen men att de förslag till antidiskrimineringsklausuler som finns med säkerhet kommer att skrämja bort de flesta små aktörer, p.g.a. vitesklausuler mm.

Enligt *Statens räddningsverk* är en stor andel av deras entreprenad- och tjänsteupphandlingar var för sig relativt små i omfattning och leverantörerna ofta småföretag, vilket försvårar användandet av antidiskrimineringsklausuler.

Några upphandlande enheter har angett avsaknad av politiska riktlinjer som skäl.

*Nacka kommun* har svarat att ingen nämnd eller politiker framfört önskemål om att antidiskrimineringsklausuler skall användas vid upphandling.

*Norrbottnens läns landsting* har uppgett avsaknad av politiska riktlinjer för tillämpning men att arbete pågår med att ta fram sådana.

*Landstinget Sörmland* har uppgett att det ej framförts några önskemål från landstingets ledning eller från berörda verksamheter att använda antidiskrimineringsklausuler.

Andra kommentarer av intresse som lämnats är följande:

*Försvarsmakten* har svarat att den här typen av paragrafer inte kan få tyngdpunkt i avtal.

*Halmstads kommun* har angivit att den inte har velat belasta entreprenaderna med denna typ av kostnadsdrivande faktorer. Se rättelseblad

*Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida)* har uppgett att det övervägande antalet tjänsteupphandlingar levereras utomlands.

*Chalmers tekniska högskola* anser att LOU syftar till att tillförsäkra leverantörer likabehandling etc. samt en möjlighet för upphandlande enheter att erhålla varor och tjänster till låga priser. Högskolan anser vidare att LOU skall vara ett regelverk som får kund och leverantörsrelation att i än högre grad vara affärsmässig och att andra samhällliga, medmänskliga eller politiska syften inte hör samman med affärsmässighet utan på den exempelvis samhällliga och politiska arenan.

Enligt *Länsstyrelsen i Stockholms län* har det inte bedömts som meningsfullt med antidiskrimineringsklausuler p.g.a. arten av det man upphandlat.

Datum  
2004-06-17

Vår beteckning  
2003/0301-28

*Arbetsmiljöverket* har uppgett att antidiskrimineringsklausuler inte förefallit relevanta vid köp av intellektuella tjänster (konsultstöd).

*Skogstyrelsen, Skogsvårdsstyrelsen Mälardalen och Skogsvårdsstyrelsen Norrbotten* har i sina upphandlingar inte ansett sig behöva använda sig av antidiskrimineringsklausuler.

*Linköpings universitet* har hittills inte känt till någon bra möjlighet enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i de upphandlingskontrakt som är aktuella för universitetet.

*Naturvårdsverket* har svarat att användandet av antidiskrimineringsklausuler ej bedömts vara relevant vid de fåtaliga av verket genomförda upphandlingarna.

*Enligt Krisberedskapsmyndigheten* kan skälen vara dels brist på kunskap om att antidiskrimineringsklausuler finns, dels att man har bedömt att man på annat sätt har en bra kontroll över de upphandlade företagens seriositet.

### **NOU:s kommentar**

Den främsta anledningen till att antidiskrimineringsklausuler inte använts är enligt 170 upphandlande enheter att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet.

Därnäst anges av 86 upphandlande enheter att de upphandlingar som gjorts inom organisationen har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler. 56 upphandlande enheter har inte gjort någon tjänste- eller byggtreprenadupphandling efter den 1 juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats. Flertalet av de upphandlande enheter som uppgivit dessa skäl är mindre, statliga myndigheter. NOU anser det inte särskilt verkningsfullt att upphandlingar av ringa värde skall omfattas av klausulen.

Däremot skulle genomslagskraften sannolikt vara stor om de myndigheter som tecknar ramavtal för hela statsförvaltningen tillämpade sådana klausuler. Så sker inte i dagsläget. NOU har tidigare framhållit betydelsen av att koncentrera insatserna på upphandlingsområdet till de ramavtalsansvariga myndigheterna. Ett motsvarande resonemang framförs av DO.

I övrigt har angetts att organisationen saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen (85) och/eller saknar ekonomiska och administrativa resurser (84) för att använda antidiskrimineringsklausuler.

Flera upphandlande enheter (56) har även angivit som skäl att de hittills inte känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler

och/eller att de saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt (40).

Av svaren framkommer att det behövs mer information om hur antidiskrimineringsklausuler kan användas både avseende LOU och antidiskrimineringslagstiftningen. NOU skulle givetvis kunna bistå med information om de aspekter som hänför sig till LOU. NOU vill dock understryka att information inte får vara en prioriterad verksamhet enligt regleringsbrevet.

Ett antal upphandlande enheter av varierande storlek och typ har angett svårigheter med uppföljning av efterlevnad av klausulerna i form av brist på kompetens, erforderliga rutiner, resurser samt frånvaro av systematiska och konsekventa krav.

NOU vill därför återigen peka på det stora förberedelsearbete som Arbetsmarknadsverket har behövt inför användandet av antidiskrimineringsklausulerna.

## 9. De upphandlande enheternas avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler.

Frågan har besvarats endast av de upphandlande enheter som svarat att de *inte* använder antidiskrimineringsklausuler.

Vid ifyllandet av enkäten fanns endast möjlighet att besvara frågan med ja eller nej. Några upphandlande enheter har dock lagt till som kommentar till svaret att det ännu inte beslutats om enheten har för avsikt eller inte att använda antidiskrimineringsåtgärder i framtiden.

**Tabell 6.**

<b>Har organisationen för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden?</b>				
	<b>Antal upphandlande enheter</b>	<b>Andel %</b>	<b>Varav antal statliga myndigheter</b>	<b>Varav antal övriga upphandlande enheter</b>
<b>Ja</b>	198	57,2	138	60
<b>Nej</b>	148	42,8	99	49
<b>Total</b>	346	100	237	109

Av de 20 största statliga myndigheterna använder 6 antidiskrimineringsklausuler. Av de övriga 14 har 8 svarat att de har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden, nämligen:

- *Försvarsmakten*
- *Skatteverket*
- *Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida)*
- *Lunds Universitet*
- *Uppsala Universitet*
- *Linköpings Universitet*
- *Lantmäteriet*
- *Umeå Universitet*

NOU har i enkäten lämnat utrymme för de upphandlande enheterna att inkomma med egna kommentarer. Flertalet av dessa hänför sig till om organisationen har för avsikt att använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden.

Ett antal upphandlande enheter (23) har svarat att de kommer att överväga att införa antidiskrimineringsklausuler under följande angiva förutsättningar, dvs.

- om det kan bedömas relevant
- i relevanta upphandlingar
- självfallet där så är tillämpligt
- om det befins lämpligt
- om tillämpligt i tjänsteupphandlingar
- om så krävs för vissa upphandlingar
- om det behövs
- om det finns behov
- om det är motiverat
- när det är befogat
- där vi tror problem kan uppstå
- vid större belopp och längre varaktighet

*Försvarsmakten* kommer att inarbeta NOU:s klausuler i sina avtalsmallar.

*Premiepensionsmyndigheten* överväger att i framtiden införa antidiskrimineringsklausuler i standardvillkoren.

*Statens Energimyndighet* kommer under 2004 att upphandla nya ramavtal och då kommer antidiskrimineringsklausul att användas.

*MKB Net AB och Västfastigheter* har angett att de behöver mer kunskap om antidiskrimineringsklausuler för att kunna ta ställning till eventuell användning.

*Kammarkollegiet* har svarat att kollegiet kommer att använda antidiskrimineringsklausuler om det framgent kommer att göra någon upphandling där sådana kan användas, men att det i dagsläget inte förutser några sådana upphandlingar.

Ett antal upphandlande enheter har hänvisat till ramavtal i sina kommentarer.

Sex upphandlade enheter som svarat att de har för avsikt att använda sig av antidiskrimineringsklausuler hänvisar till att de mestadels avropar på ramavtal men att de har för avsikt att använda sig av klausulerna om de gör egna upphandlingar.

Även flera av dem som svarat att de inte har för avsikt att använda sig av antidiskrimineringsklausuler hänvisar till att de endast eller till största delen använder sig av avrop enligt/av statliga ramavtal (*Arbetsdomstolen, Fastighetsmäklarnämnden, Marknadsdomstolen, Myndigheten för kvalificerad yrkesutbildning, Skogsvårdsstyrelsen Västerbotten, Statens institut för kommunikationsanalys, Svenskt biografiskt lexikon, Statens institut för ekologisk hållbarhet*).

Flera upphandlande enheter har lyft fram behovet av kunskap och resurser för att kunna göra uppföljning av antidiskrimineringsklausulerna. Några kommentarer av intresse är:

*Kungliga tekniska högskolan* har svarat följande: ”vi kommer att använda antidiskrimineringsklausuler i de fall vi ser att det är nödvändigt och om vi får resurser för att kunna följa upp de krav som vi ställt. Idag har vi inte resurser nog för att följa upp antidiskrimineringslagarna. Som vi svarade i förra enkäten så bör övervakning, kontroll och tillsyn utövas av de för ändamålet inrättade ombudsmannamyndigheterna förr än av de upphandlande enheterna.”

*Enligt Kustbevakningen* förutsätter svaret ”ja” på frågan (om antidiskrimineringsklausuler kommer att användas framdeles), att erforderliga ekonomiska och administrativa resurser avsätts vid myndigheten.

*Domstolverket* kommer att använda antidiskrimineringsklausuler när/om de får tillräckliga resurser för att kunna följa upp antidiskrimineringsklausuler i avtal.

*Riksskatteverket* anser att då fler ansvarsområden är inblandade måste gränsdragningen vara klar och att det är svårt för upphandlare att följa upp villkor som rör antidiskrimineringslagstiftningen utan hjälp av sakkunniga på området.

*Uppsala Universitet* har bl.a. svarat ”vi har naturligtvis ett intresse av att företagen sköter sig, men inom ramen för tillgängliga resurser måste vi fokusera på att upphandla rätt sak till rätt pris. Vi har mer än nog av detta. Om upphandlingen skall vara ett kontrollinstrument för att se till att företagen också följer lagar och regler när det gäller miljö, diskriminering, etcetera, behövs särskilda resurser för detta”.

*Södertörns högskola* kan och vill använda klausulerna om de får praktisk vägledning hur de ska använda dem på bästa sätt.

*Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (SWEDAC)*) anser inte att den har möjlighet att följa upp efterlevnaden av antidiskrimineringskrav och vill därför inte heller ställa kraven.

*Talboks- och punktskriftsbiblioteket* har uppgett att man i sin egen upphandling vänder sig till huvudsakligen mycket små företag där man bedömer det svårt att använda antidiskrimineringsklausuler, eftersom det inte går att kontrollera efterlevnaden. Biblioteket kommer dock att överväga att använda klausulerna.

*Gentekniknämnden* har svarat: ”om vi hade känt till klausulen vid det senaste upphandlingstillfället, så hade det ändå varit svårt att använda klausulen, eftersom påtryckningsmöjligheterna är små när man handlar för så pass små belopp. Självklart kommer vi att använda klausulen om det finns ett förenklat förfaringsätt som gör att företagen måste bevisa att de har en jämlikhetsplan el dyl. bifogade i sina offerter”.

*Karlstads kommun* har svarat att ”Offentliga verksamheters upphandlingar tenderar att mer och mer fungera som kontrollverksamhet i stället för att genomföra bra affärer. Är detta rätt utveckling? Självklart ska leverantörerna uppfylla gällande lagstiftningar för att offentliga verksamheter ska göra affärer med dem. Men i hur stor utsträckning ska ansvaret för kontroll av detta ske i samband med upphandling?”

*Arbetsgivarverket* förutser för närvarande inte att sådana upphandlingar kommer att göras som motiverar att införa den administration som följer av antidiskrimineringsklausuler.

*Göteborgs Energi* anser att generellt kan ytterligare unika krav i upphandlingar på LOU-området öka risken för en utveckling mot sämre affärsmässighet med högre priser och svårare uppföljning.

*Statens pensionsverk (SPV)* kontrollerar regelmässigt leverantörers finansiella ställning, att de innehar F-skattebevis och att de betalar skatter och avgifter. I övrigt utgår SPV från att leverantörerna följer gällande lagstiftning om det inte finns särskilda skäl att misstänka annat.

Några upphandlande enheter hänvisar till att de redan ställer krav på att leverantörerna skall följa gällande lagstiftning.

*Landstinget i Jönköpings län* hänvisar till att de har krav på leverantörerna att i den specifika upphandlingen uppfylla samtliga gällande lagar samt att de hänvisar till LOU i anbudsinbjudan.



*Malmö Högskola* har angett: ”Vi skriver regelmässigt i våra avtal att gällande lagstiftning skall följas och detta undertecknas av respektive leverantör. Klausulen är egentligen inte nödvändig eftersom vi alla måste följa gällande lag. Om vi skulle upptäcka att en leverantör bryter mot lag kan vi således bryta avtalet men ytterligare sanktioner gentemot företaget torde ligga på någon annan att vidta”

Bland övriga kommentarer kan nämnas:

Enligt *Arbetsmiljöverket* som avser att använda antidiskrimineringsklausuler om det kan bedömas relevant, skall mer kunskap om diskrimineringslagarna spridas genom information till personal som genomför upphandlingar inom verket.

*Fastighets AB Förvaltaren* ”ser gärna att antidiskrimineringsklausuler inarbetas i AF AMA enligt NOU: s exempel för att underlätta upprättande av förfrågningsunderlag, annonser och upphandlingskontrakt. På så sätt kan bygg- och fastighetsbolag samordnat och på stor bredd tillämpa gällande regelverk. I avvaktan på denna förändring kommer Fastighets AB Förvaltaren lokalt komplettera AMA- mallarna med antidiskrimineringsklausuler.”

### **NOU:s kommentar**

De upphandlande enheterna visar en vilja till att använda antidiskrimineringsklausuler. Flertalet av de 20 största upphandlande enheterna som inte redan använder antidiskrimineringsklausuler har för avsikt att börja använda sådana. Betydligt över hälften (57 %) av de upphandlande enheter som idag inte använder antidiskrimineringsklausuler, har för avsikt att använda sådana i framtiden, om än under vissa förutsättningar. Framför allt har behovet av resurser och kompetens för att följa upp efterlevnaden av klausulerna förts fram som en förutsättning för att kunna använda dem.

Flera upphandlande enheter eftersöker stöd av personal och praktisk vägledning på området samt verktyg/uppföljningsmetoder för att kunna göra uppföljningar.

Arbetsmarknadsverket som har börjat tillämpa antidiskrimineringsklausuler har uppgett att detta har krävt ett genomtänkt och omfattande förberedelsearbete. Året 2003 behövdes för att planera och genomföra såväl utbildningsinsatser som informationsinsatser. AMV har även tagit fram ett handläggarstöd. (Se bilaga 9 )

NOU vill återigen erinra om att den vanligaste orsaken till att de upphandlande enheterna inte använder antidiskrimineringsklausuler är att deras anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet. Även på frågan om avsikten att använda

antidiskrimineringsklausuler i framtiden har de som svarat att de inte har någon sådan avsikt hänvisat till att de mestadels avropar på ramavtal.

NOU bedömer bl.a. mot denna bakgrund att klausulerna bör användas där de förväntas ge bäst effekt, t.ex. i ramavtal eller avseende vissa branscher och inte utgöra ett generellt krav för samtliga statliga myndigheters upphandling. Även DO framför i sitt yttrande över NOU:s rapport liknande synpunkter, nämligen att ”insatser riktade mot vissa nyckelmyndigheter kan enligt DO vara ett effektivt sätt att uppfylla dessa krav så att merparten av de upphandlande enheterna indirekt kan använda sig av klausulerna genom ramavtalen.”

## 10. Övriga kommentarer från de upphandlande enheterna

NOU har i enkäten lämnat utrymme för de upphandlande enheterna att inkomma med egna kommentarer. Nedan redovisas några av dessa.

Enligt *Konkurrensverket* bör ramavtalsslutande parter ansvara för att antidiskrimineringsklausuler används. Frågan synes genom ramavtalskonstruktionen hamna "mellan stolarna".

Myndigheternas möjligheter att följa upp leverantörernas efterlevnad av gällande regler på området under avtalsperioden bör analyseras.

*Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO*, har uppgett att de upphandlingar där användandet av ombudsmännens egna antidiskrimineringsklausuler förekommit visserligen är klara, men avtalens fullgörande pågår under hela 2004 varför de inte kan svara på effekterna ännu.

*Mitthögskolan* påtalar: ”om klausulerna skall användas vid alla typer av entreprenader/tjänsteupphandlingar (d.v.s. även inomsvenska) är det givet att samtliga myndigheter kommer att behöva utbildning så att rättssäkerheten kan tillgodoses. Därtill hör även problemen med att kunna åstadkomma korrekta uppföljningar eftersom myndigheternas slutsatser om ev. diskriminering i sig självt kan vara diskriminerande och leda till rättspåföljd”.

*Kronofogdemyndigheten Karlstad* har svarat ”Innebörden och värdet av ADK inser vi. Uppföljning av hur avtalen efterlevs upplevs som svår. Vi har väldigt få egna upphandlingar. En tillämpning av ADK vid framtida upphandlingar förefaller angelägen”.

*Stockholms universitet* har svarat att ”antidiskrimineringsklausuler är ett prioriterat område inom Stockholms universitet. Information om antidiskrimineringsklausuler är kortfattat infört/beskrivet i vår upphandlingshandbok. Information har också gått ut vid nätverksträffar för upphandlare vid universitetet.

*Bostads AB Poseidon* har uppgett att ”ett trettiotal medarbetare har engagerat sig för att ta fram konkreta handlingsplaner för hur bolaget kan bidra till en

ökad mångfaldsorientering. I ambitionerna ingår att under 2004 redovisa delresultat som särskilt bidrar till att öka den etniska mångfalden och motverka diskriminering, även i upphandlingar. Projektet genomförs under ledning av mångfaldsenheten vid Göteborgs Stad och kommer att involvera alla våra medarbetare.”

### **NOU:s kommentar**

Det finns ett stort intresse och engagemang hos flera upphandlande enheter för en användning av antidiskrimineringsklausuler. Användningen har ökat något sedan år 2003 och ett stort antal upphandlande enheter har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten. Resultatet av kartläggningen bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och möjligheten till att använda särskilda villkor infördes i LOU. Att införa och följa upp antidiskrimineringsklausuler på ett meningsfullt och rättssäkert sätt kräver ett omfattande arbete. Ett antal upphandlande enheter har helt nyligen börjat använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten.

Det framstår för NOU som om de upphandlande enheterna visserligen ser positivt på att använda antidiskrimineringsklausuler men att de upplever svårigheter med användandet av klausulerna. Återkommande i enkätsvaren är framför allt svårigheter med uppföljningen av efterlevnaden av antidiskrimineringsklausulerna p.g.a. av brist på kompetens och resurser.

NOU vill avslutningsvis återigen<sup>8</sup> påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av antidiskrimineringsklausuler. Kommissionen anser nämligen att det är ”... upp till medlemsstaterna att definiera begreppet [allvarligt fel i yrkesutövningen] i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området”.<sup>9</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på ett sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande ”allvarligt fel i yrkesutövningen”.<sup>10</sup> Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

<sup>8</sup> Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt NOU:s dnr 2002/0019-28, sid. 30.

<sup>9</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>10</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

## **Bilagor**

1. Regeringens uppdrag.
2. Missiv som har skickats till de upphandlande enheterna.
3. Enkät som har skickats till de upphandlande enheterna.
4. Bilaga 2 till enkäten. NOU:s antidiskrimineringsklausul.
5. Bilaga 3 till enkäten. Information om NOU:s antidiskrimineringsklausul.
6. Metod för utvärderingen.
7. Lista över samtliga upphandlande enheter som omfattades av enkäten och deras svar på frågan om de använder antidiskrimineringsklausuler.
8. Antidiskrimineringsklausuler som bifogats enkätsvaren.
9. Det kompletta svaret från Arbetsmarknadsverket angående användningen av antidiskrimineringsklausuler.
10. Yttrande över kartläggningen från Jämställdhetsombudsmannen.
11. Yttrande över kartläggningen från Ombudsmannen för etnisk diskriminering.
12. Yttrande över kartläggningen från Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.
13. Yttrande över kartläggningen från Handikappsombudsmannen.

**Rättelse till "Utvärdering av användningen av  
antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt".  
NOU:s dnr 2003/0301-28**

På sidan 18 uppges felaktigt att Halmstads kommun angivit att kommunen inte har velat belasta entreprenaderna med denna typ av kostnadsdrivande faktorer.

Rättelse görs enligt följande:

Halmstads Fastighets AB har angivit att organisationen inte har velat belasta entreprenaderna med denna typ av kostnadsdrivande faktorer.



REGERINGEN

Regeringsbeslut 5

2003-02-20

Fi2002/422 (delvis)

Finansdepartementet

Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012

103 11 STOCKHOLM

2003-02-03

2003/0047-28

### Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

#### Ärendet

Genom en ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 juli 2002, har tydliggjorts att en upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för kontraktets utförande. I propositionen som låg till grund för lagändringen (prop. 2001/02:142) uppgav regeringen att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) fått i uppdrag att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt. NOU har i maj 2002 redovisat sitt uppdrag - Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt.

I nämnda proposition angav regeringen att användningen av de föreslagna kontraktsvillkoren skulle utvärderas senast två år efter att regeln trätt i kraft. Regeringen anser det dock angeläget att följa upp de statliga myndigheternas användning av villkoren genom en delrapport avseende utfallet redan efter det första året efter ikraftträdandet.

#### Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt NOU att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget skall redovisas dels i en delrapport avseende samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler, dels i en slutrapport avseende samtliga statliga myndigheters samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheters användning av antidiskrimineringsklausuler. I samband med de inledande kontakterna med myndigheterna skall NOU tillställa myndigheterna information om diskrimineringslagstiftningen och upphandlingsreglerna.

Delrapporten avseende statliga myndigheters användning av villkoren skall omfatta en redovisning av

- i vilken utsträckning myndigheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen,
- i vilken utsträckning annan liknande klausul med samma målsättning använts,
- om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det.

Vidare skall delrapporten innehålla en redogörelse över de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.

NOU skall ge Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

Delrapporten skall redovisas senast den 1 september 2003.

Slutrapporten skall omfatta samtliga statliga myndigheter samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter. Den skall innehålla en redovisning av


- i vilken utsträckning de upphandlande enheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen,
- i vilken utsträckning annan liknande klausul med samma målsättning använts,
- vilka åtgärder de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna,
- om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det.


Vidare skall slutrapporten innehålla en redogörelse över de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.

NOU skall ge Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

Slutrapporten skall redovisas senast den 1 juli 2004.

På regeringens vägnar

  
Bosse Ringholm

  
Rickard Falkendal

**Kopia till:**

Justitiedepartementet,

Utrikesdepartementet,

Socialdepartementet,

Näringsdepartementet,

Jämställdhetsombudsmannen,

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering,

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,

Handikappombudsmannen.



DATUM

DIARIENR

2004-02-25

2003/0301-28

ERT DATUM

ER BETECKNING

1 (2)

Enligt sändlista  
Upphandlingsansvarig

## **Tillsynsenkät avseende användning av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har fått i uppdrag av regeringen att följa upp användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt samt tillställa myndigheterna information om diskrimineringslagstiftningen och upphandlingsreglerna, se [bilaga 1](#). NOU har i en delrapport redovisat samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler. Delrapporten finns tillgänglig på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se). I slutrapporten skall åter samtliga statliga myndigheters användning av antidiskrimineringsklausuler redovisas samt därutöver skall användningen av sådana klausuler hos ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter redovisas.

I syfte att underlätta medverkan i undersökningen har NOU valt att genomföra undersökningen genom en så kallad **e-post- eller webbenkät**. Er myndighet ombeds besvara denna enkät. Inom ett par dagar kommer Infokus Business Intelligence AB (som genomför studien på uppdrag av NOU) att skicka ett e-postmeddelande innehållande en länk till den enkät som skall besvaras. Klicka på länken för att ta er till den enkät som skall besvaras. Ett samlat svar för myndigheten skall lämnas. Svaret skall lämnas **senast den 12 mars 2004**.

En upphandlande enhet är enligt 7 kap 10 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn. Det kan med anledning av enkätsvaret bli aktuellt med kompletterande frågor.

NOU:s klausulexempel finns i [bilaga 2](#). Information om NOU:s antidiskrimineringsklausul lämnas i [bilaga 3](#).

Har ni några frågor med anledning av NOU:s enkät och information kan ni kontakta Linda Dahlström på telefon 08-454 44 47 alternativt e-posta till adressen [linda.dahlstrom@nou.se](mailto:linda.dahlstrom@nou.se) eller kontakta Kristian Pedersen på telefon 08-454 44 43 alternativt e-posta till adressen

kristian.pedersen@nou.se Om ni har några tekniska frågor om undersökningen kan ni kontakta David O'Donnell på Infokus Business Intelligence AB, nou1@infokus.se, 031-711 45 80 alternativt 0709-88 54 08.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström

**Bilagor**

1. Regeringens uppdrag
2. NOU:s klausulexempel
3. Information om NOU:s antidiskrimineringsklausul

## Enkät om användning av antidiskrimineringsklausuler

Organisationens namn: \_\_\_\_\_

### 1. Använder er organisation antidiskrimineringsklausuler?

- Ja, regelmässigt. (Fortsätt med frågorna 2 och 5)
- Ja men inte regelmässigt; ungefärligt antal gånger \_\_\_\_\_.  
(Fortsätt med frågorna 2 och 5)
- Nej. (Fortsätt med frågorna 3 till 5)

### 2 a. Om organisationen svarat ja på fråga 1 ange vilken/vilka slags antidiskrimineringsklausuler som har använts:

- NOU:s antidiskrimineringsklausul (bilaga 4).
  - Organisationens egen antidiskrimineringsklausul (bifoga klausulen).
  - Annan antidiskrimineringsklausul. Bifoga klausulen och ange referens: \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_

### 2 b. Har problem framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler?

- Ja. Ange vilka: \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_

- Nej.

### 2 c. Har organisationen vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna?

- Ja. Ange vilka:

---

---

---

---

---

- Nej.

*Efter att fråga 2 har besvarats: gå till fråga 5.*

**3. Om organisationen svarat nej på fråga 1: ange skälen till att organisationen inte använt antidiskrimineringsklausuler genom att kryssa i ett eller flera av nedanstående svarsalternativ. (Frågan skall besvaras med konkreta skäl till att den inte använts. Att det är frivilligt för organisationen att använda klausulen kan exempelvis inte anges som skäl.)**

- Organisationens saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.
- Organisationens har hittills inte känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.
- Organisationens saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler.
- Organisationens saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler.
- Organisationens har inte gjort någon tjänste- eller byggtreprenadupphandling efter den 1 juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats.
- De upphandlingar som gjorts inom organisationens har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts att vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler.
- Organisationens anskaffningar sker huvudsakligen genom avrop från ramavtal som upphandlats av annan.
- Organisationens har andra skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte använts. Ange skälen: \_\_\_\_\_

---

---

**4. Har organisationen för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden?**

- Ja.
- Nej.

**5. Andra eventuella kommentarer:** \_\_\_\_\_

---

---

---

---

---

**Uppgifterna har lämnats den:** \_\_\_\_\_

**Organisationens namn:** \_\_\_\_\_

**Antal anställda inom organisationen:** \_\_\_\_\_

**För organisationer med fler än 200 anställda och organisationer med en total upphandling över 10 miljoner kr per år anges upphandlingens totala omfattning under år 2003:** \_\_\_\_\_

**Uppgiftslämnarens namn:** \_\_\_\_\_

**Funktion/titel:** \_\_\_\_\_

**Telefon:** \_\_\_\_\_

**E-post:** \_\_\_\_\_

**Telefax:** \_\_\_\_\_

**NOU:s dnr: 2003/0301-28**

**NOU:s antidiskrimineringsklausul (text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet)**

- § 1 Leverantören skall vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.
- § 2 Leverantören är under uppdragstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1. Tiden för redovisning skall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.
- § 3 Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (x) procent av det prisbasbelopp, enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, som gäller vid avtalets tecknande om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Den upphandlande enheten får inte utkräva vite om det på annat sätt framstår som uppenbart att leverantören följer § 1.
- § 4 Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (y) procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår från dagen då redovisning skall ske enligt § 3 till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (z) procent av kontraktets värde.
- § 5 Vitet i §§ 2-3 förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

§ § 3-4 gäller endast om procentsatserna angivits.

- § 6 Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning, tfn +46-8-556 095 25. Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

## **Information om NOU:s antidiskrimineringsklausul**

NOU redovisar i en rapport (dnr 2002/0019-28) från den 31 maj 2002 exempel på en antidiskrimineringsklausul samt den rättsutredning som NOU då fick i uppdrag av regeringen att genomföra. Rapporten finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, ärenden m.m."

En tillämpning av NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul innebär att leverantören vid utförande av uppdrag i Sverige skall följa jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

Klausulexemplet innehåller en skyldighet för leverantören att vid äventyr av vite på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen.

Bryter leverantören mot förpliktelserna i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget, riskerar han att få betala ett löpande avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse, kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer.

NOU har tagit fram ett klausulexempel som skall kunna ha en så generell tillämpning som möjligt i samband med upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som utförs i Sverige. Det ankommer dock alltid på den upphandlande enheten att besluta om antidiskrimineringsklausulens exakta utformning och lämplighet i den enskilda upphandlingen. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. För tolkning av och information omkring antidiskrimineringslagstiftningens tillämpning kan de upphandlande enheterna och leverantörerna söka råd och stöd hos diskrimineringsombudsmännen. Material om antidiskriminering samt länkar till ombudsmännens hemsidor finns på ombudsmännens gemensamma webbplats rörande utbildning inom området med adress [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu).

NOU:s klausul förutsätter att avtalsförhållandet är av viss varaktighet. Vidare reglerar den föreslagna klausulen enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som skriver under kontraktet. NOU:s klausul skall omnämnas i annonsen samt anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget och kontraktet. NOU tolkar gemenskapsrätten så att klausulen inte kan omfatta varuupphandlingar.



## Bilaga 6

### Metod för utvärderingen

I syfte att underlätta medverkan i undersökningen har NOU valt att genomföra undersökningen genom en så kallad **e-post- eller webbenkät**.

NOU har tillställt samtliga upphandlande enheter som omfattades av kartläggningen en enkät (bilaga 3), information om NOU:s antidiskrimineringsklausul (bilaga 5) samt NOU:s antidiskrimineringsklausul (text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet) (bilaga 4).

Enkäten föregicks av ett brev som NOU skickade till respondenterna. Brevet förberedde respondenterna på att en enkät skulle besvaras inom kort. Information om regeringsuppdraget samt om antidiskrimineringsklausuler fanns bifogat. Enkäten har sedan skickats via e-post till den upphandlande enhetens registrator med en anvisning om vidarebefordring av enkäten till upphandlings/inköpsansvarig. Tre påminnelser har skickats ut via e-post och NOU har telefonledes ytterligare påmint de som inte svarat.

## Bilaga 7

**Samtliga upphandlande enheter som omfattas av enkäten (391 st) och deras svar på frågan om de använder antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt och i sådana fall ungefärligt antal gånger.**

Upphandlande enhet	Ja/Nej	Ungefärligt antal gånger
<b>Statliga myndigheter (264)</b>		
Arbetsmarknadsstyrelsen (Arbetsmarknadsverket)	Ja, regelmässigt	
Göteborgs universitet	Ja, regelmässigt	
Integrationsverket	Ja, regelmässigt	
Länsstyrelsen i Gotlands län	Ja, regelmässigt	
Myndigheten för skolutveckling	Ja, regelmässigt	
Regeringskansliet	Ja, regelmässigt	
Rättsmedicinalverket	Ja, regelmässigt	
Specialpedagogiska institutet	Ja, regelmässigt	
Statens bostadsnämnd	Ja, regelmässigt	
Statens Sjöhistoriska museer	Ja, regelmässigt	
Statens skolverk	Ja, regelmässigt	
Sveriges Geologiska Undersökning	Ja, regelmässigt	
Utlänningsnämnden	Ja, regelmässigt	
Banverket	Ja, men ej regelmässigt	Fåtal
Handikappombudsmannen	Ja, men ej regelmässigt	Inte i direkta upphandlingar.
HomO	Ja, men ej regelmässigt	1
Karlstads universitet	Ja, men ej regelmässigt	
Länsstyrelsen i Skåne län	Ja, men ej regelmässigt	0 ggr ännu
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO)	Ja, men ej regelmässigt	2
Post- och telestyrelsen	Ja, men ej regelmässigt	1 gång
Riksdagsförvaltningen (Riksdagen )	Ja, men ej regelmässigt	15
Rikspolisstyrelsen	Ja, men ej regelmässigt	4
Statens folkhälsoinstitut	Ja, men ej regelmässigt	Nyss påbörjat
Svenska ESF-rådet (Rådet för	Ja, men ej	25 %

Europeiska socialfonden i Sverige	regelmässigt	
Sveriges Lantbruksuniversitet	Ja, men ej regelmässigt	1
Totalförsvarets pliktverk	Ja, men ej regelmässigt	1 gång (hittills)
Ungdomsstyrelsen	Ja, men ej regelmässigt	1 ggr av 2 upphandlingar
Affärsverket svenska kraftnät	Nej	
Allmänna reklamationsnämnden	Nej	
Arbetsdomstolen	Nej	
Arbetsgivarverket	Nej	
Arbetslivsinstitutet	Nej	
Arbetsmiljöverket	Nej	
Barnombudsmannen	Nej	
Blekinge Tekniska Högskola	Nej	
Bokföringsnämnden	Nej	
Boverket	Nej	
Brottsförebyggande Rådet	Nej	
Brottsoffermyndigheten	Nej	
CSN	Nej	
Danshögskolan	Nej	
Datainspektionen	Nej	
Djursskyddsmyndigheten	Nej	
Domstolsverket	Nej	
Dramatiska Institutet	Nej	
EKN - Exportkreditnämnden	Nej	
Ekobrottsmyndigheten	Nej	
Ekonomistyrningsverket	Nej	
Elsäkerhetsverket	Nej	
Energimyndigheten i Eskilstuna (Statens Energimyndighet)	Nej	
EU/FOU-Rådet ( RÅDET FÖR FOU-SAMARBETE MELLAN SVERIGE OCH EG )	Nej	
Expertgruppen för EU-frågor (SIEPS)	Nej	
Fastighetsmäklarnämnden	Nej	
Finansinspektionen	Nej	
Fiskeriverket	Nej	
Forskningsrådet för arbetsliv och social vetenskap	Nej	
Forskningsrådet för miljö, areella näringar och samhällsbyggande (FORMAS)	Nej	
Fortifikationsverket	Nej	
Försvarets Radioanstalt	Nej	
Försvvarshögskolan	Nej	
Försvvarsmakten	Nej	

Gentekniknämnden	Nej
Glesbygdsverket	Nej
Granskningsnämnden för Radio och TV	Nej
Handelsflottans kultur- och fritidsråd (Denna räknas; nr 212: borttagen)	Nej
Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd	Nej
Högskolan Dalarna	Nej
Högskolan i Borås	Nej
Högskolan i Gävle	Nej
Högskolan i Halmstad	Nej
Högskolan i Kalmar	Nej
Högskolan i Skövde	Nej
Högskolan i Trollhättan	Nej
Högskolan Kristianstad	Nej
Högskolan på Gotland	Nej
Idrottshögskolan	Nej
Inspektionen för strategiska produkter	Nej
Institutet för arbetsmarknadspolitisk utvärdering	Nej
Institutet för psykosocial medicin	Nej
Institutet för rymdfysik	Nej
Institutet för tillväxtpolitiska studier	Nej
Insättningsgarantinämnden	Nej
Internationella programkontoret för utbildningsområdet	Nej
Invest i Sweden Agency, ISA (Delegationen för utländska investeringar i Sverige)	Nej
Justitiekanslern	Nej
Jämställdhetsombudsmannen	Nej
Kammarkollegiet	Nej
Karolinska institutet	Nej
Kemikalieinspektionen	Nej
Kommerskollegium	Nej
Konjunkturinstitutet	Nej
Konkurrensverket	Nej
Konstfack	Nej
Konstnärnämnden	Nej
Konsumentverket	Nej
Kriminalvårdsstyrelsen /kriminalvårdsverket	Nej
Krisberedskapsmyndigheten	Nej
Kronofogdemyndigheten i Eskilstuna	Nej
Kronofogdemyndigheten i Gävle	Nej
Kronofogdemyndigheten i Göteborg	Nej

Kronofogdemyndigheten i Jönköping	Nej
Kronofogdemyndigheten i Kalmar	Nej
Kronofogdemyndigheten i Malmö	Nej
Kronofogdemyndigheten i Stockholm	Nej
Kronofogdemyndigheten i Umeå	Nej
Kronofogdemyndigheten Karlstad	Nej
Kronofogden Härnösand	Nej
Kungliga biblioteket	Nej
Kungliga konsthögskolan	Nej
Kungliga Musikhögskolan i Stockholm	Nej
Kungliga Tekniska Högskolan	Nej
Kustbevakningen	Nej
Kärnavfallsfondens styrelse	Nej
Lantmäteriet	Nej
Linköpings universitet	Nej
Livruskammaren, Skoklosters slott och Hallwylska muséet	Nej
Livsmedelsekonomiska institutet	Nej
Livsmedelsverket	Nej
Lotteriinspektionen	Nej
Luftfartsverket	Nej
Luleå tekniska universitet	Nej
Lunds universitet	Nej
Läkemedelsförmånsnämnden	Nej
Läkemedelsverket	Nej
Länsstyrelsen Blekinge län	Nej
Länsstyrelsen Dalarna	Nej
Länsstyrelsen Gävleborg	Nej
Länsstyrelsen i Hallands län	Nej
Länsstyrelsen i Jämtlands län	Nej
Länsstyrelsen i Jönköpings län	Nej
Länsstyrelsen i Kronobergs län	Nej
Länsstyrelsen i Norrbottens län	Nej
Länsstyrelsen i Stockholms län	Nej
Länsstyrelsen i Södermanlands län	Nej
Länsstyrelsen i Uppsala län	Nej
Länsstyrelsen i Värmlands län	Nej
Länsstyrelsen i Västerbottens län	Nej
Länsstyrelsen i Västmanland	Nej
Länsstyrelsen i Örebro län	Nej
Länsstyrelsen kalmar län	Nej
Länsstyrelsen Västernorrland	Nej
Länsstyrelsen Västra Götaland	Nej
Länsstyrelsen Östergötland	Nej
Lärarhögskolan i Stockholm	Nej
Malmö Högskola	Nej

Marknadsdomstolen	Nej
Medlingsinstitutet	Nej
Migrationsverket	Nej
Mitthögskolan	Nej
Moderna Muséet	Nej
Myndigheten för kvalificerad yrkesutbildning	Nej
Myndigheten för Sveriges Nätuniversitet	Nej
Mälardalens högskola	Nej
Nationalmuseum och Prins Eugens Waldemarsudde	Nej
Nationellt centrum för flexibelt lärande	Nej
Naturhistoriska riksmuseet	Nej
Naturvårdsverket	Nej
Nordiska Afrikainstitutet	Nej
NOU	Nej
Operahögskolan	Nej
Patent- och registreringsverket	Nej
Patentbesvärsrätten	Nej
Polarforskningssekretariatet	Nej
Premiepensionsmyndigheten (PPM)	Nej
Presstödsnämnden	Nej
Radio- och TV-verket	Nej
Revisorsnämnden	Nej
Riksantikvarieämbetet	Nej
Riksarkivet och landsarkiven	Nej
Riksdagens ombudsmän - JO	Nej
Riksförsäkringsverket	Nej
Riksgäldskontoret	Nej
Riksrevisionen	Nej
Riksskatteverket	Nej
Rikstrafiken	Nej
Riksutställningar	Nej
Riksåklagaren	Nej
Rymdstyrelsen	Nej
Samarbetsnämnden för statsbidrag till trossamfund (SST)	Nej
Sameskolstyrelsen	Nej
Sametinget	Nej
SCB	Nej
SGI (Statens Geotekniska Institut)	Nej
Sis Statens institutionsstyrelse	Nej
SISUS (Statens Institut för särskilt utbildningsstöd)	Nej
Sjöfartsverket	Nej
Skattemyndigheten i Gävle	Nej

Skattemyndigheten i Göteborg	Nej
Skattemyndigheten i Linköping	Nej
Skattemyndigheten i Luleå	Nej
Skattemyndigheten i Malmö	Nej
Skattemyndigheten i Stockholm	Nej
Skattemyndigheten i Västerås	Nej
Skattemyndigheten i Växjö	Nej
Skattemyndigheten i Örebro	Nej
Skattemyndigheten i Östersund	Nej
Skogsstyrelsen	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Dalarna-Gävleborg	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Mellannorrland	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Mälardalen	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Norrbotten	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Södra Götaland	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Värmland-Örebro	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Västerbotten	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Västra Götaland	Nej
Skogsvårdsstyrelsen Östra Götaland	Nej
SMHI (Sveriges meteorologiska...)	Nej
Smittskyddsinstitutet	Nej
Socialstyrelsen	Nej
Specialskolemyndigheten	Nej
Språk- och folkminnesinstitutet	Nej
Statens beredning för medicinsk utvärdering	Nej
Statens biografbyrå	Nej
Statens fastighetsverk	Nej
Statens försvarshistoriska muséer	Nej
Statens haverikommission	Nej
Statens historiska muséer	Nej
Statens institut för ekologisk hållbarhet	Nej
Statens institut för kommunikationsanalys	Nej
Statens jordbruksverk	Nej
Statens konstråd	Nej
Statens kulturråd	Nej
Statens kvalitets- och kompetensråd	Nej
Statens Kärnkraftinspektion	Nej
Statens ljud- och bildarkiv	Nej
Statens museer för världskultur	Nej
Statens musiksamlingar	Nej
Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor (NIA)	Nej
Statens pensionsverk	Nej

Statens räddningsverk	Nej
Statens strålskyddsinstitut	Nej
Statens utsädeskontroll	Nej
Statens va-nämnd	Nej
Statens Veterinärmedicinska Anstalt (SVA)	Nej
Statens växsortsnämnd	Nej
Statskontoret	Nej
Stockholms Universitet	Nej
Styrelsen för internationells utvecklingssamarbete (Sida)	Nej
Styrelsen för psykologiskt försvar	Nej
SWEDAC ( Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll)	Nej
Svenska institutet	Nej
Svenskt biografiskt lexikon	Nej
Södertörns högskola	Nej
Talboks- och punktskriftsbiblioteket	Nej
Teaterhögskolan i Stockholm	Nej
Totalförsvarets forskningsinstitut	Nej
Tullverket	Nej
Turistdelegationen	Nej
Umeå Universitet	Nej
Uppsala Universitet	Nej
Valmyndigheten	Nej
Verket för högskoleservice	Nej
Verket för näringslivsutveckling (NUTEK)	Nej
Vetenskapsrådet	Nej
VINNOVA, Verket för innovationssystem	Nej
VTI (Statens väg- och transportforskningsinstitut)	Nej
Vägverket	Nej
Växjö universitet	Nej
Örebro universitet	Nej
Överklagandenämnden för studiestöd	Nej
Överklagandenämnden för totalförsvaret	Nej
Arkitekturmuseét	Nej
Högskoleverket	Nej
Statens bostadskreditnämnd	Nej

<b>Kommuner (27)</b>	
Borås stad	Ja, regelmässigt
Malmö stad	Ja, regelmässigt
Stockholms stad	Ja, regelmässigt
Umeå kommun	Ja, regelmässigt



Sundsvalls kommun,	Ja, men ej regelmässigt	20 - 30 st Tjänsteupphandlingar
Botkyrka kommun	Nej	
Eskilstuna kommun	Nej	
Gävle kommun	Nej	
Göteborgs stad	Nej	
Halmstads kommun	Nej	
Haninge kommun	Nej	
Helsingborgs stad	Nej	
Huddinge kommun	Nej	
Jönköpings kommun	Nej	
Karlstads kommun	Nej	
Kristianstads kommun	Nej	
Linköpings kommun	Nej	
Luleå kommun	Nej	
Lunds kommun	Nej	
Nacka kommun	Nej	
Norrköpings kommun	Nej	
Skellefteå kommun	Nej	
Södertälje kommun	Nej	
Uppsala kommun	Nej	
Västerås stad	Nej	
Växjö kommun	Nej	
Örebro kommun	Nej	

<b>Landsting (21)</b>		
Landstinget i Uppsala län	Ja, regelmässigt	
Västerbottens läns landsting	Ja, regelmässigt	
Landstinget Västernorrland	Ja, men ej regelmässigt	30
Region Skåne	Ja, men ej regelmässigt	marginellt
Stockholms läns landsting	Ja, men ej regelmässigt	2
Gotlands kommun	Nej	
Jämtlands läns landsting	Nej	
Landstinget i Västmanland	Nej	
Landstinget Blekinge	Nej	
Landstinget Dalarna	Nej	
Landstinget Gävleborg	Nej	
Landstinget Halland	Nej	
Landstinget i Jönköpings län	Nej	
Landstinget i Kalmar län	Nej	
Landstinget i Värmland	Nej	
Landstinget i Östergötland	Nej	
Landstinget Kronoberg	Nej	
Landstinget Sörmland	Nej	

Norrbottnens läns landsting	Nej
Västra Götalandsregionen	Nej
Örebro läns landsting	Nej

<b>Upphandlande enheter från försörjningssektorerna</b>	
AB Stokab, ja regelmässigt	Ja, regelmässigt
Koncernen Telge Energi AB	Ja, regelmässigt
Stockholm Vatten AB	Ja, regelmässigt
Stockholms hamn AB	Ja, regelmässigt
AB Storstockholms Lokaltrafik	Nej
Blekingetrafiken AB	Nej
Bromölla Energi AB	Nej
Falkenbergs Vatten och Renhållning AB	Nej
Forsmarks Kraftgrupp AB	Nej
Göteborg Energi AB	Nej
Jämtkraft AB	Nej
Jönköping Energi AB	Nej
Jönköpings Länstrafik AB	Nej
Karlsborgs Energi Ab	Nej
Karlstad Energi	Nej
Länstrafiken i Upplands län AB	Nej
Länstrafiken Sörmland AB	Nej
Oxelö Energi AB	Nej
Ringhals AB	Nej
Skånetrafiken	Nej
Sydskraft Nät AB	Nej
Umeå Vatten och avfall AB	Nej
Vattenfall AB	Nej
Vattenfall Västrät AB	Nej
Västrafik AB	Nej
Västrafik Sjuhärads AB	Nej
X-Trafik AB	Nej

<b>Övriga upphandlande enheter (Stiftelser och bolag) (52)</b>		
AB Familjebostäder	Ja, regelmässigt	
Svenska Bostäder AB Teknikstaben/Upphandling/Kalkyl Vällingby	Ja, regelmässigt	
Örebrobostäder AB	Ja, regelmässigt	
AB Karlskronahem	Ja, men ej regelmässigt,	1 (men fr o m nu avser vi att använda det)
AB Karlsborgsbostäder	Nej	
AB Sollentunahem	Nej	
AB Stockholmshem	Nej	

AB Transitio	Nej
AB Väsbyhem	Nej
AB Övikshem	Nej
Apoteket AB	Nej
Armada Fastighets AB	Nej
Bollnäs Bostäder AB	Nej
Byggnads AB Mimer	Nej
Charlmers tekniska högskola AB	Nej
Europeiska kommissionen representant i Sverige	Nej
Falkenbergs Bostads AB	Nej
Familjebostäder i Göteborg AB	Nej
Fastighets AB Förvaltaren	Nej
Fastighets AB Linden i Nässjö	Nej
Gamla Uppsala Buss AB	Nej
Gatubolaget	Nej
Gästrike Återvinnare	Nej
Göteborgsregionens ryaverks AB	Nej
Halmstads Fastighets AB	Nej
Halmstads Renhållnings AB	Nej
Hjälpmedelsinstitutet	Nej
Karlstads Bostads AB	Nej
Kristianstadsbyggen AB	Nej
Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag	Nej
Landstingsfastigheter Stockholm / Locum AB	Nej
Lulebo AB	Nej
MKB Net AB	Nej
Nynäshamnsbostäder AB	Nej
Partillebo AB	Nej
Bostads AB Poseidon	Nej
Renova AB	Nej
Salabostäder AB	Nej
Samres AB	Nej
Skolfastigheter i Stockholm AB, SISAB Farsta	Nej
Skärgårdsstiftelsen i Stockholms län	Nej
Specialfastigheter i Sverige AB	Nej
Stiftelsen för Kunskaps och Kompetensutveckling	Nej
Stiftelsen för Strategisk Forskning	Nej
Stockholm Parkering	Nej
Stångåstaden AB	Nej
Svensk Bilprovning AB	Nej
Sydskånes Avfallsaktiebolag	Nej
Uppsalahem AB	Nej
Vägab, Västerås Gatukontors AB	Nej

Västfastigheter	Nej
Västmanlands avfallsaktiebolag	Nej

**Redovisning av antidiskrimineringsklausuler som bifogats  
enkätsvaren av följande upphandlande enheter:**

AB Familjebostäder  
Landstinget i Uppsala län  
Rättsmedicinalverket  
Statens folkhälsoinstitut  
Umeå kommun  
Post- och telestyrelsen  
Utlänningsnämnden  
Arbetsmarknadsverket  
JämO, HomO, HO och DO  
Integrationsverket  
Migrationsverket  
Regeringskansliet  
Stockholm Stad  
Sundsvalls kommun

## **AB Familjebostäder.**

### **Utdrag ur till enkätsvaret bifogade Administrativa föreskrifter: Generalentreprenad och avtal.**

#### **AFC.8 Hävande**

Med ändring av AB 92 kap 8 § 1 ska gälla att beställaren äger rätt att, utöver vad som sägs i AB 92, häva ingånget avtal:

- om entreprenören eller hans underentreprenörer inte fullgör de betalningsskyldigheter avseende skatter, sociala avgifter och övriga betalningsåligganden som enligt lag eller kollektivavtal åvilar arbetsgivare.
- motsvarande gäller även av entreprenören anlitate underentreprenörer i alla led varvid ansvar och kontroll åligger entreprenören.
- AB Familjebostäder har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om företrädare för eller anställd hos leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller om leverantören tvingas betala skadestånd enligt Jämställdhetslagen eller annan svensk lag om förbud mot diskriminering.

#### **§ 10 UPPSÄGNING**

AB Familjebostäder har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om leverantören inte utför eller utfört sina åligganden och rättelse inte sker utan dröjsmål efter skriftlig erinran eller att leverantören försätts i konkurs, likvidation, inte fullföljer sina skyldigheter vad gäller inbetalning av moms respektive arbetsgivaravgifter eller eljest är på sådant obestånd att han inte kan förväntas fullgöra sina åligganden. AB Familjebostäder har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om företrädare för eller anställd hos leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller om leverantören tvingas betala skadestånd enligt Jämställdhetslagen eller annan svensk lag om förbud mot diskriminering. Härav föranledd uppsägning av avtal medför inte leverantören rätt till ersättning.

## **Landstinget i Uppsala län.**

### **Utdrag ur till enkätsvaret bifogad kravspecifikation.**

#### **3.17 Personal**

Leverantören skall tillse att de stadganden kring meddelar- och yttrandefrihet som gäller för offentlig verksamhet även skall äga motsvarande tillämplighet för leverantörens anställda, anlitate underleverantör samt på annat sätt anlitate person vad avser verksamhet enligt detta avtal. Leverantören skall vid utförande av avtalad tjänst följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen, lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lag om förbud om diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

## **Rättsmedicinalverket**

### **Antidiskrimineringsklausul**

Beställaren har vidare rätt att häva detta avtal om företrädare för eller anställd hos utföraren under avtalstiden och i sin roll som företrädare för eller anställd hos utföraren, blir dömd för olaga diskriminering eller om utföraren tvingas betala ut skadestånd enligt följande lagstiftning:

- Jämställdhetslagen (1991:433)
- Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet
- Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
- Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

## **Statens folkhälsoinstitut**

a) I anbudet skall det finnas en beskrivning om och hur anbudsgivaren arbetar med mångfaldsfrågor. Mångfald betyder att varje individ har lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, etnisk och religiös tillhörighet, sexuell läggning, funktionshinder eller ålder.

## **Umeå Kommun**

### **Antidiskriminering**

Entreprenören eller underentreprenör som denna anlitar, får inte i sin näringsverksamhet diskriminera någon på grund av kön, etnicitet, funktionshinder eller sexuell läggning eller av sådana skäl otillbörlig särbehandla arbetstagare eller arbetssökande.

## **Post- och telestyrelsen (PTS)**

### **Antidiskrimineringsklausuler använda vid upphandling av ramavtal för lokalvård Dnr. 02-14219**

#### **§ 11 Hävning**

PTS har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om entreprenören inte utför eller utfört sina åligganden och rättelse inte sker inom två veckor efter skriftlig erinran.

PTS har också rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om företrädare för entreprenören under avtalstiden blir dömd för olaga diskriminering eller om entreprenören tvingas betala skadestånd enligt följande lagstiftning;

- Jämställdhetslagen
- Lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet
- Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder
- Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning

I övrigt se Allmänna Avtalsvillkor för uppdrag vid PTS.

#### **§ 12 Skadestånd**

Part ansvarar för skada i enlighet med svensk rätt.

Vid hävning enligt § 11 har PTS därutöver rätt till ersättning för eventuella merkostnader som uppkommer för lokalvården till dess att ny upphandling kan slutföras.



# Utlänningsnämnden

## Antidiskrimineringsklausul

Uppdragstagaren skall vid utförandet av avtalad tjänst följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:443), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

Uppdragstagaren är under uppdragstiden skyldig att på begäran av UN skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelse i 1 st. Tiden för redovisning skall vara två veckor om inte annat överenskommit.

Uppdragstagaren skall erlägga vite till UN med 10000 kr om uppdragstagaren inte inom föreskriven tid lämnats sådan skriftlig redogörelse som angivits i 2 st. eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. UN får inte utkräva vitet om det på annat sätt framstår som uppenbart att uppdragstagaren följer 1 st.

Uppdragstagaren skall erlägga vite till UN med 10000 kr per påbörjad kalendervecka om Utlänningsnämnden kan visa att de åtgärder som redovisats enligt 2 st. inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av 1 st. Vitet utgår från dagen då redovisning skall ske enligt 3 st. till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt 100000 kr.

Vitet i 2 st. och 3 st. förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

# **Arbetsmarknadsverket**

## **Utdrag ur av Länsarbetsnämnden bifogad anbudsinvjudan avseende arbetsmarknadsutbildning.**

### **1.1 Antidiskriminering**

I avtalet finns det en antidiskrimineringsklausul (§ 10).

Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) har utrett möjligheterna att använda antidiskrimineringsklausuler i en rapport 2002-05-31 (dnr 2002/0019-28). Rapporten finns på NOU: s hemsida. Länsarbetsnämnden svarar gärna på frågor om antidiskrimineringsklausulen och kan också lämna mer översiktlig information om antidiskrimineringslagstiftningens innehåll. För tolkning av och djupare information om antidiskrimineringslagstiftningen hänvisas till diskrimineringsombudsmännen.

# AVTAL

## 1 § Parter

Mellan Länsarbetsnämnden i ..., nedan kallad Köpare, och

*Säljarens fullständiga namn*

*Fullständig adress*

*Telefonnummer*

*Organisationsnummer*

*Post-/bankgironummer*

- nedan kallad Säljare - sluts följande avtal angående köp av utbildning.

## 2 § Omfattning

Utbildningsnummer  
Utbildningens namn

Utbildningsstart:

Utbildningslut:

Tid i veckor:

Antal deltagare:

Antal timmar/vecka:

Utbildnings-  
ort/er:



Säljarens  
kontaktperson:

Köparens \_\_\_\_\_,  
kontaktperson:

Säljaren får inte sälja ytterligare platser till annan utan Köparens medgivande.

### 3 § Avtalshandlingar

Detta avtal består av följande handlingar:

1. Avtal
2. Anbudsinbjudan
3. Allmänna bestämmelser
4. Anbudet

Om i handlingarna förekommer mot varandra stridande uppgifter gäller de, om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat, inbördes i ovan angiven ordning.

### 4 § Pris

Pris per deltagarvecka exklusive moms uppgår till

*Beloppet med siffror*

*Beloppet med bokstäver*

Moms tillkommer med

Procent

### 5 § Betalningsvillkor

Betalning skall ske senast 30 dagar efter det att faktura enligt §3 Allmänna bestämmelser inkommit till Köparen, månadsvis i efterskott i enlighet med de anvisningar Köparen utfärdar.



## 6 § Avtalsperiod

*Fr.o.m.*

*T.o.m.*

## 7 § Uppehåll i utbildningen

Parterna har enats om följande uppehåll i utbildningen under avtalsperioden då det inte utgår någon ersättning till säljaren.

*Fr.o.m.*

*T.o.m.*

*Avkortad utbildningstid; se 7 § i Allmänna bestämmelser vid köp av arbetsmarknadsutbildning och förberedande utbildning*

## 8 § Enskild deltagares utbildning

För utbildning som en deltagare påbörjar inom avtalsperioden men vars avslutning ligger efter avtalsperiodens slut äger Köparen rätt att utsträcka detta avtal till och med dagen då deltagarens utbildning avslutas.

## 9 § Tystnadsplikt

Säljaren och andra personer som Säljaren ansvarar för (personal, underleverantörer etc.) får inte röja uppgifter för utomstående rörande deltagare om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att deltagaren eller någon honom närstående lider men. Säljaren och andra personer som Säljaren ansvarar för är skyldig att även i övrigt iaktta tystnadsplikt för uppgifter som omfattas av sekretess enligt sekretesslagen (1980:100).

## 10 § Antidiskriminering

Säljaren skall vid utförande av tjänsten i Sverige följa vid varje tidpunkt gällande diskrimineringslagstiftning.

För avtal där den ordinarie avtalsperioden är minst ett år skall Säljaren senast en månad före den ordinarie avtalsperiodens utgång lämna de upplysningar som begärs i särskild **bilaga** till detta avtal.

Fullgör inte Säljaren sina skyldigheter enligt första och andra stycket skall Säljaren betala ett vite på upp till ett halvt basbelopp enligt lagen 1962:381 om allmän försäkring som gäller vid tidpunkten för avtalets tecknande. Köparen avgör vitets storlek utifrån hur allvarlig Säljarens bristande



fullgörelse är. Köparen kan avstå från att utkräva vite om Säljarens bristande uppfyllelse är ringa. Vitet förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget.

## 11 § Särskilda åtaganden

## 12 § Ändringar och tillägg

Ändringar och tillägg i detta avtal skall - för att vara giltiga - göras skriftligen och undertecknas av behöriga företrädare för båda parter.

## 13 § Överlåtelse av rättigheter och skyldigheter

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.

Detta avtal har upprättats i två likalydande exemplar, varav parterna erhållit var sitt.

Ort och datum .....

Ort och datum .....

För Köparen

För Säljaren

.....

.....

.....

.....

*Namnförtydligande*

*Namnförtydligande*

AMV-interna uppgifter:

Konto:

Verksamhet:



Finansiering:

Kostnadsställe:

Projektkod:

Fri klassificering:

Beräknad

totalkostnad:



## Bilaga

De lagar som avses i 10 § första stycket är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet mot personer med funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan och lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.

I sin skriftliga redogörelse till Köparen skall Säljaren besvara följande frågor:

1. Har Säljaren blivit skyldig att betala skadestånd enligt någon av ovan nämnda lagar? (om svaret på frågan är ja, skall Säljaren ange skadeståndets storlek, bakgrunden till att Säljaren blev skyldig att betala skadestånd samt vilka åtgärder som vidtagits för att komma till rätta med de missförhållanden som lett till att Säljaren blivit skyldig att betala skadestånd).
2. Har Säljaren fått vitesföreläggande enligt någon av ovan nämnda lagar? (om svaret på frågan är ja, skall Säljaren ange bakgrunden till vitesföreläggandet och vilka åtgärder som Säljaren företagit med anledning av vitesföreläggandet).
3. Säljaren skall inge en kopia på aktuell jämställdhetsplan enligt 13 § jämställdhetslagen (gäller endast om Säljaren företag är skyldig att ha jämställdhetsplan enligt jämställdhetslagen).
4. Säljaren skall redovisa vilka åtgärder som vidtagits för att uppfylla skyldigheter enligt 4 – 7 §§ lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (arbete för att främja etnisk mångfald i arbetslivet).

Ta gärna kontakt med Köparen för mer information om hur Säljaren ska kunna uppfylla sina åtaganden. Säljaren kan också vända sig till Diskrimineringsombudsmannen (DO) och Jämställdhetsombudsmannen (JämO) för vägledning.

Brott mot avtalet föreligger om Säljaren någon gång under avtalsperioden blir skyldig att betala skadestånd eller blir föremål för vitesföreläggande. När det gäller punkterna 3 och 4 föreligger brott mot avtalet om Säljaren senast en månad före avtalstidens utgång inte inger jämställdhetsplan eller visar att sådana åtgärder vidtagits som anges i 4 – 7 §§ lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet



## Utformning av antidiskrimineringsklausul

JämO, DO, HO, HomO och Integrationsverket har enats om att använda denna mera heltäckande klausul i sina egna upphandlingar. De centrala delarna i den lyder som följer:

**§ 1** Leverantören ska följa vid varje tillfälle gällande antidiskrimineringslag. De lagar som f.n. avses är artikel 141 EU-fördraget, 16 kap. 9 § brottsbalken, jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan samt lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.

**§ 2** Leverantören ska i sina kontakter med eventuella underleverantörer ålägga dem den skyldighet som anges i § 1. Leverantören svarar gentemot den upphandlande enheten för underleverantörers brott mot antidiskrimineringslagarna i § 1.

**§ 3** Brott mot förpliktelserna i §§ 1 och 2 är ett väsentligt kontraktsbrott. Den upphandlande enheten har därför rätt att häva kontraktet om de har överträtts av leverantören eller av underleverantör.



### Upphandlingspolicy icke-diskriminering

Av anbudet skall framgå att anbudslämnaren inte gjort sig skyldig till olaga diskriminering eller diskriminering i arbetslivet.

Leverantör som diskriminerat på sätt som närmare anges nedan under de senaste fem åren kan uteslutas från kontraktstilldelning (17 § 3-4 p och 6 kap 9 § 3-4 p lagen (1992:1528) om offentlig upphandling).

Företrädare för leverantören eller anställd hos leverantören har i tjänsten och för leverantörens räkning gjort sig skyldig till *olaga diskriminering* enligt 16 kap 9 § brottsbalken.

Leverantören har betalt ut skadestånd på grund av *diskriminering i arbetslivet* enligt följande diskrimineringslagstiftning.

- 16-19 §§ enligt lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet,
- 11-15 §§ lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning,
- 12-16 §§ lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder eller
- 25-26 §§ jämställdhetslagen (1991:433).



**INTEGRATIONSVERKET**  
**Box 633**  
**601 14 NORRKÖPING**  
 Dinko Hadziahmetovic 011-36 13 54

## *Allmänna villkor*

### **1. Ersättningens omfattning**

Ersättningen innefattar samtliga kostnader som kan föranledas av avtalet. Integrationsverket har sålunda inget ansvar för eventuella socialförsäkringskostnader eller liknande kostnader som kan ankomma på uppdragstagaren. Ersättningen omfattar även de kostnader och utlägg som uppdragstagaren har haft för att fullgöra uppdraget förutom ersättning för överenskommen resa.

För överenskommen resa utgår ersättning för resekostnader och traktamente enligt statliga resebestämmelser. Sådana kostnader specificeras i faktura eller i särskild reseräkning.

### **2. Debitering och betalning**

Integrationsverket betalar slutlikvid när uppdraget har slutförts och först när Integrationsverket har godkänt arbetsresultatet. Verket kan betala dellikvid för utförda arbetstimmar/-dagar och för övriga av verket godkända kostnader.

Av faktura skall framgå arten och omfattningen av det arbete som har utförts under den period som fakturan avser samt om fakturan avser del- eller slutlikvid. Då ersättning utgår i form av tim- eller dagarvode skall dessutom för var och en av de personer som har arbetat med uppdraget anges det antal arbetstimmar/-dagar som åtgått liksom storleken på tim-/dagarvode.

Av fakturan skall vidare framgå/bifogas

- vilket avtal den hänför sig till
- uppdragstagarens organisations- och momsregistreringsnummer,
- bolagets säte samt kopia av F-skattsedel

- uppdragstagarens postgironummer eller betalningsadress.

Faktura som inte innehåller ovanstående uppgifter är ej giltig som faktura mellan parterna och får returneras utan betalning.

### **3. Kontroll**

När ersättning utgår i form av tim- eller dagarvode skall uppdragstagaren kunna styrka sin debitering genom tidskrivning eller bokföring.

### **4. Fel eller brister i utfört arbete**

Uppdraget skall anses ha utförts felaktigt eller bristfälligt om det inte uppfyller krav från vedertagen branschpraxis eller om det på annat sätt avviker från beställningen eller vad som särskilt överenskommit.

Är utfört arbete felaktigt eller bristfälligt får Integrationsverket göra skäligt avdrag på ersättningen eller om felet är väsentligt häva avtalet. Integrationsverket har också rätt att kräva att uppdragstagaren rättar till felet genast och utan ersättning. Integrationsverket får vidare hålla inne så mycket av betalningen som svarar mot skäligt avdrag.

### **5. Dröjsmål**

Har inte arbetet kommit Integrationsverket tillhanda inom överenskommen tid har verket rätt till skäligt avdrag på ersättningen.

Är ersättningen väsentlig eller finns det starka skäl att tro att den blir väsentlig, får beställningen hävas. Integrationsverket får även hålla inne så mycket av betalningen som svarar mot skäligt avdrag på ersättningen.

För arbetsmaterial under befordran ansvarar avsändande part.

## **6. Skadestånd**

För försening och fel/brist som får åberopas enligt 4 och 5 punkterna är uppdragstagaren skyldig att med skäligt belopp ersätta Integrationsverket den skada som verket åsamkats därav. Ersättningsskyldigheten kan jämkas om skadan står i uppenbart missförhållande till utfört arbete.

## **7. Utbyte av personal och anlitan­de av underkonsult**

Uppdragstagaren får byta ut någon av sina anställda som arbetar med uppdraget mot annan anställd och får även anlita underkonsult. Kan utbytet/anlitandet anses vara av betydelse för Integrationsverket krävs dock verkets skriftliga medgivande. Uppdragsgivaren ansvarar för underkonsults arbete som för sitt eget.

## **8. Rätt till förhandling**

Part äger påkalla förhandling om ändring, tillägg eller uppsägning av detta avtal om något inträffar som påtagligt förändrar förutsättningarna för avtalet. Parterna skall vid en sådan förhandling sträva efter att nå överenskommelser i bästa samförstånd.

## **9. Befrielsegrunder (force majeure)**

Arbetskonflikt och varje annan omständighet som part inte kan råda över såsom krig, mobilisering, rekvisition samt naturkatastrof skall anses utgöra befrielsegrunder om de inträffar efter avtalsdagen - eller om omständigheterna inträffat dessförinnan och om följderna härav inte kunde förutses före avtalsdagen och avtalets fullgörande därigenom hindras.

Om avtalets fullgörande till väsentlig del förhindras för längre tid än 3 månader på grund av ovan angiven omständighet får part, utan ersättningsskyldighet, skriftligen frånträda avtalet.

## **10. Ändringar, tillägg**

Samtliga överenskommelser om ändring av, komplement eller tolkning liksom tillägg till detta avtal skall för sin giltighet vara

skriftliga och undertecknade av för parterna behöriga ställföreträdare. Detta krav gäller dock ej när avtalsvillkoren medger särskilda medgivanden eller överenskommelser utan detta formkrav.

## **11. Upphovsrätt**

Uppdragstagaren överlåter, med den begränsning som följer av 3 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, den upphovsrätt till utfört arbete som kan tillkomma honom. Överlåtelsen anses ske när handling kommit Integrationsverket tillhanda. Uppdragstagaren får inte utan skriftligt medgivande av verket publicera eller på annat sätt nyttja utredningsmaterial eller arbetsresultat. Uppdragstagaren skall gentemot varje av honom anlitad underkonsult eller part, göra för denne bindande förbehåll om denna upphovsrätt.

## **12. Konkurs och obestånd**

Integrationsverket får säga upp detta avtal till omedelbart upphörande om uppdragstagaren försätts i konkurs, upptar ackordsförhandlingar, träder i likvidation, underlåter att infria accepterad växel eller annan icke tvistig förbindelse eller eljest kan antas ha kommit på obestånd.

## **13. Rapportering och uppföljning**

Uppdragstagaren skall rapportera om verksamheten enligt de rutiner som Integrationsverkets närmare bestämmer. Integrationsverket har rätt att utföra oanmälda kvalitetsrevisioner under avtalstiden. Uppdragstagaren förbinder sig att vara Integrationsverket behjälplig i revisionen genom att lämna ut relevanta handlingar, ställa personal till förfogande för frågor etc.

## **14. Överlåtelse av avtalet**

Överlåtelse eller pantförskrivning av detta avtal helt eller delvis liksom förändringar av ägar- förhållandena hos uppdragstagaren får ej göras utan Integrationsverkets medgivande.

De fordringar uppdragstagaren har på Integrationsverket får ej överlåtas till annan genom factoring eller liknande transaktion.

### **15. Sekretess m.m.**

Uppdragstagaren förbinder sig att ålägga personal som får tillgång till uppgifter för vilka sekretess gäller i Integrationsverkets verksamhet att iaktta motsvarande sekretess.

Sekretessskyldigheten i denna punkt gäller även om avtalet i övrigt upphör att gälla.

Uppdragstagaren får inte under uppdragstiden utöva verksamhet som kan rubba förtroendet till honom/henne i något som gäller det avtalade uppdraget.

Prisuppgifter i avtalet kan i vissa fall sekretessbeläggas hos Integrationsverket i enlighet med 6:2 och 8:10 sekretesslagen (1980:100). Uppdragstagaren skall behandla avtalet som en konfidentiell handling och endast i samråd med Integrationsverket lämna ut pris- och kostnadsuppgifter till annan än revisor och behöriga myndigheter.

### **16. Uppsägning**

Uppsägning skall vara skriftlig och skickas till den andra parten genom rekommenderat brev eller telefax. En uppsägning eller reklamation som på detta sätt avsänts till senast av part lämnad adress eller faxnummer anses ha kommit adressaten tillhanda när den sänts genom telefax eller dagen efter det att den avlämnas för postbefordran.

### **17. Tvist**

Tvister gällande detta avtals tolkning eller tillämpning skall i första hand lösas i förhandling mellan parterna.

Om parterna inte kommer överens inom en månad, räknat från den dag förhandlingen påkallades, äger vardera part rätt att hänskjuta den tvistliga frågan till svensk domstol med tillämpning av svensk rätt föra avgörande

### **18. Hävning vid diskriminering**

*Integrationsverket har rätt att häva avtalet om företrädare eller anställd för leverantör/uppdragstagare i tjänsten och för dennes räkning gör sig skyldig till olaga*

*diskriminering enligt 16 kap 9 § brottsbalken under avtalstiden.*

Rätt till hävning inträder även om leverantören tvingas utbetala skadestånd enligt

-16-19 §§ lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet,

-11-15 §§ lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning,

-12-16 §§ lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder eller

-25-26 §§ jämställdhetslagen (1991:433).



Förvaltningssektionen  
Gunilla Törnqvist  
Telefon: 011-15 63 51

2004-03-08

## Svar på NOU:s fråga gällande antidiskrimineringsklausul

Så här ser en av Verkets texter ut

**Antidiskrimineringsklausul** (SFI-uphandling-03, Region nord)

Migrationsverket har ett styrdokument Mångfaldspolicy GDS 7/99 (se sidan 2) där det framgår att det inte får förekomma någon form av diskriminering eller trakasserier av anställda, arbetskamrater eller arbetssökande samt att det är allas ansvar att så inte sker. Inom området gäller bl a Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

Utbildningsanordnaren åtar sig att fullfölja uppdraget på sådant sätt att man inte bryter mot gällande lagstiftning på området samt svarar även för att eventuella underentreprenörer vilka anlitas för uppdraget, gör motsvarande åtaganden.

Jämställdhetsplan

Migrationsverket ser det som positivt att anbudsgivaren även har en jämställdhetsplan upprättad för sin verksamhet, vilken kan bifogas anbudet.

Gunilla Törnqvist

STATENS INVANDRARVERK

GDS NR 7/99

Gemensamt

1999-09-16

## **MÅNGFALDSPOLICY**

### **För kompetensbredd**

En professionell migrationsverksamhet med den sökande i centrum förutsätter att vi tillsammans har bred kompetens grundad på kunskap, erfarenhet och egenskaper.

Vi ska därför sträva efter att personalstyrkan präglas av mångfald och vi ska ta tillvara all kompetens som är relevant för verksamheten och berikar den.

Med mångfald menar vi olikheter i ålder, kön, etniskt ursprung, utbildning, arbets- och livserfarenhet som har betydelse för hur vi utför och utvecklar verksamheten.

### **Mot diskriminering**

Den kompetens som behövs för verksamheten och dess utveckling avgör val av medarbetare.

Våra möjligheter till likvärdigt arbete, likvärdiga arbetsvillkor och till utveckling i arbetet avgörs bara av sakliga skäl.

Det går att förena arbete med privatliv och föräldraskap.

Det får inte förekomma någon form av diskriminering eller trakasserier av anställda, arbetskamrater eller arbetssökande och det är allas ansvar att det inte förekommer.

Detta styrdokument träder ikraft omedelbart.

Lena Häll Eriksson  
Generaldirektör

### 1. Tjänstens utförande

Leverantören skall utföra tjänsten med omsorg, iaktta lag eller annan författning inklusive myndighetsföreskrift samt i övrigt iaktta etiska normer och god sed. Myndigheters allmänna råd skall beaktas.

### 2. Ersättningens omfattning

Ersättningen anges exklusive mervärdesskatt.

Regeringskansliet betalar inte några avgifter eller kostnader utöver det som uttryckligen framgår av avtalet.

Leverantören har dock rätt till ersättning för resekostnader efter särskild skriftlig överenskommelse med Regeringskansliet.

Om parterna skriftligen överenskommit att Leverantören skall ha rätt till ersättning enligt föregående stycke utgår sådan ersättning enligt de regler som gäller för Regeringskansliets anställda.

### 3. Betalning och fakturering

Regeringskansliet betalar fakturor månadsvis i efterskott.

Regeringskansliet betalar endast mot faktura. Av fakturan skall framgå:

1. arten och omfattningen av det arbete som har utförts under den tid som fakturan avser,
2. om fakturan avser del- eller slutlikvid samt
3. Regeringskansliets avtalsnummer

Fakturor betalas senast 30 dagar efter att de inkommit till Regeringskansliet.

Slutfaktura skall vara Regeringskansliet tillhanda senast tre månader efter det att tjänsten har slutförts. Senare framställt krav medför inte rätt till ersättning.

Dröjsmålsränta debiteras enligt räntelagen (1975:635). Dröjsmålsränta betalas dock inte för fakturor som enligt lag eller det här avtalet är ofullständiga eller feladresserade.

Betalning av fakturor innebär inte i sig att Regeringskansliet godkännt tjänsten.

Av punkt 16 framgår att rätten att fakturera inte får överlätas till annan utan Regeringskansliets skriftliga godkännande.

### 4. Kontroll

Om ersättning utgår i form av tim- eller dagarvode skall Leverantören på begäran kunna styrka sin fakturering genom tidredovisning eller bokföring.

På begäran har Regeringskansliet rätt att från Leverantören erhålla kopior på verifikationer och annat redovisningsunderlag gällande de av Leverantören fakturerade kostnaderna.

### 5. Underleverantör och personal

Leverantören får inte utan skriftligt godkännande i förhand från Regeringskansliet anlita underleverantör eller annans personal för genomförande av hela eller delar av tjänsten. Regeringskansliet äger rätt att vid bedömningen av underleverantör få skriftlig information motsvarande den som erhållits om Leverantören och dennes personal.

När underleverantör eller annan än egen personal används ansvarar Leverantören för att samtliga Leverantör-

ens åtaganden enligt det här avtalet uppfylls av underleverantören.

När Regeringskansliet och Leverantören avtalat om att viss personal skall användas vid utförande av tjänsten, får denna personal inte bytas ut mot annan utan Regeringskansliets skriftliga medgivande. Leverantören svarar själv för kostnader och tidsåtgång för byte av personal.

### 6. Sekretess

Leverantören får aldrig röja eller utnyttja uppgift som omfattas av sekretess enligt sekretesslagen (1980:100). Leverantören får heller inte röja eller utnyttja övriga uppgifter som Leverantören får ta del av inom ramen för det här avtalet, om uppgift inte finns i en allmän handling som inte omfattas av sekretess.

Leverantören skall innan uppgifter lämnas ut eller utnyttjas alltid hos Regeringskansliet kontrollera om uppgifterna finns i en allmän offentlig handling.

Förbudet att röja eller utnyttja uppgift som omfattas av sekretess gäller även efter det att tjänsten har slutförts och avtalet upphört att gälla.

Leverantören skall göra de medarbetare som används vid utförandet av tjänsten uppmärksamma på gällande bestämmelser om sekretess.

### 7. Säkerhet

Leverantörens personal skall vid vistelse i Regeringskansliets lokaler i tillämpliga delar följa gällande föreskrifter om säkerhetsskyddet i Regeringskansliet.

Leverantörens personal får endast vistas i lokaler inom Regeringskansliet där vistelse erfordras för utförandet av tjänsten. Personal som påträffas i andra lokaler kan av Regeringskansliet komma att betraktas som olämpliga för utförandet.

### 8. Intressekonflikt

Leverantören skall utan dröjsmål anmäla till Regeringskansliet om det finns någon omständighet som skulle kunna medföra att en intressekonflikt eller liknande uppstår för Leverantören.

### 9. Utnyttjande av Regeringskansliet i marknadsföringssyfte

Leverantören äger inte rätt att använda Regeringskansliets namn i marknadsföringssammanhang utan att ha inhämtat skriftligt medgivande från Regeringskansliet.

### 10. Fel hos tjänsten

Tjänsten anses felaktig om

1. den inte uppfyller de krav som ställts på tjänsten i avtalet och avropet,
2. resultatet avviker från sådana uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet och som i samband med avtalets ingående eller annars vid marknadsföring lämnats av Leverantören, eller



3. Leverantören i annat fall än vad som nu sagts före avtalets ingående underlåtit att upplysa Regeringskansliet om ett sådant förhållande rörande tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som Leverantören känt eller bort känna till och som denne insåg eller borde ha insett vara av betydelse för Regeringskansliet.

#### **11. Leverantörens dröjsmål**

Dröjsmål på Leverantörens sida föreligger om hela eller delar av tjänsten, utan att det beror på något förhållande på Regeringskansliets sida, inte har genomförts inom den tid som har avtalats eller, om någon tid inte har avtalats, inom den tid som är skälig med hänsyn särskilt till vad som är normalt för en tjänst av samma art och omfattning.

Dröjsmål på Leverantörens sida föreligger också, om Leverantören inte iakttar en överenskommen tid för påbörjande av tjänsten eller för ett arbetes framskridande.

#### **12. Påföljder vid dröjsmål och fel**

Vid dröjsmål och fel från Leverantörens sida får Regeringskansliet hålla inne betalning som ännu inte gjorts. Regeringskansliet får därutöver välja mellan att Leverantören utför tjänsten (vid dröjsmål), rättar felet (vid fel i tjänsten) eller avbryter utförandet av tjänsten.

#### **13. Ersättning vid fel**

Om Regeringskansliet begär att Leverantören rättar felet eller avbryter sitt arbete enligt punkten 12 skall Leverantören ersätta Regeringskansliet för direkta skador Regeringskansliet har åsamkats genom att utförandet av tjänsten rättas eller avbryts.

#### **14. Leverantörens upplysningsskyldighet**

Leverantörer skall så snart som möjligt underrätta Regeringskansliet om när en risk för försening föreligger, orsaken till detta samt när tjänsten istället kan beräknas slutföras.

#### **15. Hävning av avtalet**

Part har rätt att säga upp avtalet till omedelbart upphörande

1. om part åsidosätter villkor i avtalet som är av väsentlig betydelse för motparten,
2. om part vid upprepade tillfällen bryter mot avtalet, även om avtalsbrotten inte är av väsentlig betydelse,
3. om Leverantören kommer i dröjsmål med betalning av skatter eller avgifter till staten, försätts i konkurs, inlett ackordsförhandlingar, träder i likvidation eller på annat sätt kan antas ha kommit på obestånd, eller
4. om en domstol eller annan myndighet i en dom eller ett beslut konstaterar att Leverantören inte har följt den vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftningen (dvs. jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot

etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning).

Om part häver avtalet enligt den här punkten är motparten skyldig att ersätta de direkta skador den hävande parten lider till följd av hävningen.

#### **16. Överlåtelse av avtalet**

Ingen part har rätt att överlåta detta avtal, eller rättigheter eller skyldigheter enligt avtalet, eller efterföljande avtal, till annan utan den andra partens i förväg skriftliga godkännande. Detta gäller även en överlåtelse av rätten att fakturera.

#### **17. Ändring av avtalet**

Ändringar och tillägg till detta avtal skall göras skriftligen och skall för att vara gällande undertecknas av båda parter.

#### **18. Befrielsegrunder**

Part skall vara befriad från att fullgöra skyldighet enligt avtalet om utförandet hindras eller oskäligt betungas till följd av händelser utanför partens kontroll. Till händelser utanför Parts kontroll skall räknas arbetskonflikt, eldsvåda, krig, mobilisering, oförutsedda militärinkallelser av stor omfattning, rekvisition, beslag, uppror och upplöpp oavsett om händelsen drabbar Part eller underleverantör till Part. Om befrielsegrund finns på grund av händelse som drabbat underleverantör är Part skyldig att när det är möjligt använda annan underleverantör. Till händelser utanför Parts kontroll skall inte räknas arbetskonflikt som beror av att Part inte följer på marknaden gängse tillämpade regler och principer.

Part är skyldig att omgående skriftligen underrätta den andra parten i händelse av nyss nämnt slag, som hindrar eller oskäligt betungar parts fullgörande av avtalet. Regeringskansliet har under tid då befrielsegrund föreligger rätt att vända sig till annan Leverantör. Parten är skyldig att genast utföra åligganden enligt avtalet när händelser av nu nämnt slag upphör.

Om part återopptar befrielsegrund och sådan omständighet förelegat i mer än två månader, kan part skriftligen begära att avtalet hävs.

#### **19. Tvist**

Tvist angående tillämpning eller tolkning av detta avtal och därmed sammanhängande rättsförhållanden, skall prövas och slutgiltigt avgöras av svensk allmän domstol med tillämpning av svensk rätt med undantag för dess lagvalsklausuler.



REGERINGSKANSLIET

A  
B  
C  
D  
E

*Stadsledningskontoret*  
Finansavdelningen  
Enheten för upphandling och  
konkurrens

**Tjänsteutlåtande**

sid 1 (5) 2002-05-06

Handläggare: Maria M Laxvik  
Tfn: 08-508 29 424

Kommunstyrelsen

## **Motverkande av diskriminering i samband med upphandlingar**

### **Stadsledningskontorets förslag till beslut**

Stadsledningskontoret föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.

1. Stadsledningskontorets förslag till antidiskrimineringsklausul och övriga formuleringar för att motverka diskriminering i upphandlad verksamhet godkänns.

Roland Strömgren  
Tf Stadsdirektör

Irene Svenonius  
Finanspolitisk direktör

## **Sammanfattning**

Stadsledningskontoret har på uppdrag av kommunstyrelsen utarbetat en antidiskrimineringsklausul.

Förslaget utgår från att en leverantör kan uteslutas från en upphandling om denne har begått brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. I de fall staden redan har tecknat ett avtal med en leverantör som bryter mot diskrimineringslagstiftningen kan staden häva avtalet om detta står i proportion till brottet.

## **Ärendets beredning**

Ärendet är berett av Enheten för upphandling och konkurrens vid stadsledningskontoret i samråd med Juridiska avdelningen.

## **Bakgrund**

Kommunfullmäktige beslöt 2001-09-03 att anta reviderad policy för upphandling, konkurrens och valfrihet i Stockholms stad (Utl 2001:78). I samband med att kommunfullmäktige antog policyn anförde finansborgarrådet att en antidiskrimineringsklausul bör ingå när staden upphandlar, eller på annat sätt finansierar verksamhet från enskilda anordnare.

När kommunfullmäktige beslutade att anta ett nytt integrationsprogram (Utl 2001:RVII) uppdrogs åt kommunstyrelsen att utarbeta en antidiskrimineringsklausul för offentlig upphandling.

Syftet med klausulen är att den skall bidra till förverkligandet av stadens vision om en stad fri från rasism och diskriminering.

## **Stadsledningskontorets förslag**

### *Allmänt*

Det har länge varit oklart i vilken mån offentlig upphandling kan tjäna som medel för att främja sociala målsättningar, miljövänliga produkter och andra syften som inte är direkt kopplade till den vara/tjänst som upphandlas. Möjligheter och begränsningar framgår inte klart av varken den svenska lagstiftningen (lag 1992:1528 om offentlig upphandling, nedan LOU) eller EG-direktiven om offentlig upphandling.

Av det tolkningsmeddelande som EG-kommissionen utfärdat beträffande möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling framgår det att det i viss utsträckning är möjligt att ställa s.k. sociala krav i upphandlingar. Med sociala hänsynstaganden avses även möjligheten att ställa krav på leverantörers/entreprenörers arbete med antidiskrimineringsfrågor.

### *Uteslutningskriterier*

För att förhindra att staden anlitar leverantörer/entreprenörer som blivit dömda för olaga diskriminering eller blivit ådömda skadestånd i enlighet med diskrimineringslagstiftningen<sup>1</sup> före upphandlingstillfället kan nämnden utnyttja de krav som får ställas i upphandlingens kvalificeringsfas. Enligt LOU har den upphandlande enheten möjlighet att utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling om denne dömts för brott i yrkesutövningen, eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

För att utesluta en leverantör på grund av brott i yrkesutövningen krävs en lagakraftvunnen dom.

För att utesluta en anbudsgivare ur en upphandling på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen krävs ingen lagakraftvunnen dom. Rättsläget är dock oklart. Felet måste vara objektivt fastställbart och får inte ligga för långt bakåt i tiden. Det är också troligt att fel som har rättats till inte kan utgöra grund för uteslutning. Enligt lagkommentaren till LOU kan en leverantör som saknar en jämställdhetsplan, trots att skyldighet till sådan föreligger i lag, sannolikt bara uteslutas ur en upphandling om vitesföreläggande utfärdats eller rent av utdömts.<sup>2</sup>

### *Krav i kravspecifikationen*

I tjänsteupphandlingar som har en *social karaktär* kan ett krav på att leverantören arbetar aktivt med antidiskrimineringsfrågor vara en del av tjänstens kvalitet och därmed höra hemma i kravspecifikationen. Så kan t.ex. vara fallet vid upphandling av parklekar, omsorg av funktionshindrade m.m. där bemötande av människor med olika kulturell bakgrund, kön, sexuell läggning och funktionshinder förekommer i verksamheten och där en medvetenhet om dessa frågor är särskilt viktig

---

<sup>1</sup> Jämställdhetslagen (1991:433), Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

<sup>2</sup> Lagbokskommentaren, Offentlig upphandling, Hentze och Sylvén, 1998, s. 127

för verksamhetens kvalitet. I dessa fall kan följande skrivning finnas med i kravspecifikationen:

---

*Den upphandlade verksamheten skall präglas av alla människors lika värde och ett aktivt antidiskrimineringsarbete skall bedrivas i verksamheten.*

*Med aktivt antidiskrimineringsarbete menas ...*

---

Vad som är ett aktivt antidiskrimineringsarbete varierar naturligtvis från verksamhet till verksamhet. Om det rör sig om verksamhet med besökande barn kan det vara en del av pedagogiken att barnen skall lära sig att behandla människor lika. Om upphandlingen rör omhändertagande av funktionshindrade eller äldre kan det aktiva arbetet bestå av fortbildning av personalen om funktionshindrades/äldres förutsättningar för ett självständigt liv och personalens attityder i omsorgen.

Det finns också tillfällen då det i kravspecifikationen är naturligt att kräva att lokaler är anpassade för personer med fysiska funktionshinder. Detta är aktuellt i första hand då staden köper tjänster som skall erbjudas invånarna och som utförs i leverantörens egna lokaler. Ett exempel på detta är vid upphandling av utbildningstjänster.

#### *Kommersiella villkor*

För att vara så säkra som möjligt på att hålla sig inom LOU:s och EG-direktivens gränser **rekommenderar** stadsledningskontoret att nämnderna använder sig av nedanstående klausul som antidiskrimineringsklausul. Kravet ställs som ett villkor i avtalsförslaget som bifogas förfrågningsunderlaget.

Klausulen kan användas i såväl entreprenads-, tjänste- och varuupphandlingar.

---

*Beställaren har rätt att häva detta avtal om företrädare för eller anställd hos leverantören/entreprenören under avtalstiden, och i sin roll som företrädare för eller anställd hos leverantören/entreprenören, blir dömd för olaga diskriminering eller om leverantören/entreprenören tvingas betala ut skadestånd enligt följande lagstiftning:*

- *Jämställdhetslagen (1991:433)*
- *Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*

- *Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*
  - *Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.*
- 

### *Särskilt utförarvillkor*

I EU-kommissionens tolkningsmeddelande framförs särskilda utförarvillkor som en metod för att ställa sociala krav i upphandlingar. Stadsledningskontoret avråder emellertid från sådana krav som, i de exempel som ges från EU-kommissionen, ofta är långtgående och kan driva upp anbudspriserna.

### *Proportionalitet*

När en nämnd ställer krav i syfte att motverka diskriminering inom upphandlade verksamheter måste kraven vara proportionerliga och så lite ingripande som möjligt. Det innebär att kraven i förfrågningsunderlaget måste vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas.

### *Konsekvensanalys*

Stadsledningskontoret anser att nämnderna, när de tar in anti-diskrimineringskrav i upphandlingar, bör genomföra en konsekvensanalys för att utreda om kraven kan ha en kostnadsdrivande effekt. Analysen sker lämpligast i samband med att referenskalkyl utarbetas. Nämnden måste försäkra sig om att de väntade anbudspriserna faller inom verksamhetens budgetramar.

### *Tillämpning av antidiskrimineringsklausuler*

Både i de fall en antidiskrimineringsklausul används i avtalet och då krav ställs i kvalificeringsfasen innebär det att nämnden har en rättighet men inte en skyldighet att häva avtalet eller utesluta en anbudsgivare. De åtgärder som nämnden avser att vidta måste alltid stå i proportion till det brott/det fel som anbudsgivaren gjort sig skyldig till. Det är inte otänkbart att ett företag som tidigare gjort sig skyldig till brott/fel efter påpekanden om detta sköter sig bättre än det genomsnittliga företaget. Det är också tänkbart att ett fel kan rättas och därmed inte föranleder någon vidare åtgärd.

Upphandlingsenheten  
Kjell Svensson

## **Info till NOU om kommunens allmänna bestämmelser vid tjänsteupphandlingar.**

### **5.6 Allmänna bestämmelser**

För upphandling av tjänster gäller Allmänna bestämmelser AB 92 samt Bilaga A.

#### **Allmänna bestämmelser**

#### **Bilaga A**

För upphandlingen av tjänster gäller ”Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader ”AB 92”.

Leverantören äger inte rätt att vidta åtgärder, som kan antas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal för arbetet, eller annars strida mot vad som är allmänt godtaget inom kollektivavtalsområdet. Leverantören ansvarar i detta hänseende även för åtgärder som vidtas av underleverantör som anlitas av leverantören. I det fallet leverantören vidtar åtgärder i strid med detta åtagande äger kommunen rätt att häva avtalet.

För anlitage av underentreprenör gäller att dessa skall godkännas av kommunen enligt medbestämmandelagen §§ 38-40.

Leverantören av tjänster tillhandahåller ansvarig arbetsledare för i entreprenaden ingående arbeten. Leverantören är ansvarig för skada, som hans personal förorsakar.

Vid ”heta arbeten”, dvs. arbeten där stark värme eller öppen låga kan komma till användning, skall entreprenören eller av denne anlita underentreprenör, inneha aktuell certifiering/behörighet eller därmed liknande auktorisation för att få utföra sådant arbete

**Leverantören av tjänster ansvarar enligt arbetsmiljölagen för samordning av åtgärder till skydd mot ohälsa och olycksfall på gemensamt arbetsställe för entreprenadverksamheten.**

**Leverantör av tjänster ansvarar för att gällande författningar och av myndighet utfärdade föreskrifter som i varje särskilt fall äger tillämplighet iakttages vid arbetets fullgörande.**

För att arbeta som leverantör av tjänster i kommunen krävs en ansvarsförsäkring med ett försäkringsbelopp på minst 10 milj SEK för varje skada. Kopia av försäkringsbrevet medskickas anbudet.

**Leverantören skall vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tid gällande antidiskriminerings lagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.**

Leverantören är under uppdragstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt antidiskrimineringslagstiftningen. Tiden för redovisning skall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.

**Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:**

**Jämställdhetsombudsmannen, tfn 08-440 10 60,**

**Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn 08-556 095 00,**

**Handikappombudsmannen, tfn 08-20 17 70 och**

**Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning, tfn 08-556 095 25**

**Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)**



## Bilaga 9

### **Arbetsmarknadsstyrelsens samlade svar på hur Arbetsmarknadsverket tagit sin an frågan om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.**

Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) lämnar här ett samlat svar på hur Arbetsmarknadsverket (AMV) tagit sig an frågan om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. AMV består av chefsmyndigheten AMS och 20 länsarbetsnämnder som alla är självständiga myndigheter och därmed också egna upphandlande enheter. På Gotland har Länsstyrelsen ansvaret för arbetsmarknadspolitiken. Länsstyrelsen på Gotland följer dock de riktlinjer och mallar för upphandling av arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar som AMS utfärdar (se nedan).

Det samlade värdet av AMV:s upphandlingar uppgår under 2004 grovt räknat till 3 miljarder kronor. Av detta belopp utgör ca 2,3 miljarder kronor köp av arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar. (En viktig del i AMV:s arbetsmarknadspolitiska uppdrag är att genom utbildningsinsatser göra arbetslösa konkurrenskraftiga på arbetsmarknaden. För detta ändamål upphandlar AMV yrkesutbildningar och andra utbildningar från utbildningsanordnare). I nyss nämnda uppskattning ingår också värdet av de tre ramavtal som AMS upphandlar för den Statliga Inköpssamordningen (ramavtal avseende bohagsflytt, kontorsflytt och personaluthyrningstjänster).

AMV:s upphandlingsorganisation kan beskrivas som decentraliserad med en central styrning. Det finns totalt ca 80 upphandlare i AMV. Upphandlarna är anställda av och utplacerade på de olika länsarbetsnämnderna. Det finns också en upphandlingsverksamhet på AMS juridiska enhet som består av en verksamhetsansvarig och fem upphandlare. AMS upphandlingsverksamhet upphandlar varor och tjänster men inga arbetsmarknadsutbildningar eller förberedande utbildningar, vilka sköts av länsarbetsnämnderna. AMS har dock ett ansvar för hur länsarbetsnämnderna bedriver sin upphandling och hur man tillämpar lagen om offentlig upphandling. AMS styr därför genom riktlinjer, mallar och utbildningsinsatser över upphandlingen inom hela AMV.

I det arbetsmarknadspolitiska uppdraget ingår också att verka för ökad jämställdhet och mångfald på arbetsmarknaden. Det har därför varit naturligt för AMV att anamma regeringens avsikt att myndigheter ska utnyttja möjligheterna att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Det finns särskilt starka skäl att ha antidiskrimineringsklausuler i upphandlingar av arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar. Den klausul som AMS har tagit fram (nedan) kommer dock att användas även i upphandlingar av andra tjänstekontrakt (AMV upphandlar inga bygg- eller anläggningskontrakt).

Eftersom AMV är en stor myndighetsorganisation om ca 10 300 anställda med en stor decentraliserad upphandlingsfunktion har införandet av antidiskrimineringsklausuler krävt ett genomtänkt och omfattande förberedelsearbete. Vi har därför behövt 2003 för att planera och genomföra såväl utbildningsinsatser som informationsinsatser.

AMS har bland annat tagit fram ett handläggarstöd som behandlar diskrimineringslagstiftningen och antidiskrimineringsklausulen. Den 19 – 20 januari i år

genomförde AMS vidare en utbildning för AMV:s samtliga 80 upphandlare där antidiskriminerings-klausulen var en av huvudfrågorna. På denna konferens deltog representanter från JämO och DO. AMV har också på olika sätt informerat leverantörer om vår avsikt att börja tillämpa antidiskriminerings-klausuler under 2004. I samtliga forbundna upphandlingar av arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar under 2003 har vi i förfrågningsunderlaget infogat en informationstext om denna avsikt och också hänvisat till NOU:s rapport om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. AMV har ett gemensamt upphandlingssystem med gemensamma mallar som AMS utarbetar. På så vis har vi kunnat säkerställa att leverantörerna får samma information och att antidiskrimineringsklausulen får ett enhetligt innehåll. Det kan knappast finnas någon leverantör av arbetsmarknads-utbildningar och förberedande utbildningar som inte är förberedd när antidiskrimineringsklausulen nu infogas i våra upphandlingar. Samma information har också lämnats i andra tjänsteupphandlingar som t.ex. AMS upphandling av personaluthyrningstjänster för den Statliga Inköpssamordningen. Under våren 2004 kommer ett antal informationsmöten riktade till leverantörer av arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar hållas där undertecknad bland annat redogör för AMV:s antidiskrimineringsklausul. Ett sådant informationsmöte ägde rum i Malmö den 23 februari 2004. Ytterligare informationsmöten är inplanerade i Örebro, Göteborg och Eskilstuna under våren. Det är mitt intryck att frågan om antidiskrimineringsklausler i upphandlingskontrakt är okontroversiell, i vart fall i denna bransch. Även i personaluthyrningsupphandlingen (ovan) var reaktionerna från leverantörerna positiva.

AMV har valt att, i samråd med jurister på NOU, JämO och DO, ta fram en egen klausul. som nu i början av mars 2004 har lagts in i vårt gemensamma upphandlingssystem. Den klausul som vi har valt är liksom NOU:s, sanktionerad med ett avtalsvite. Vitet är begränsat till maximalt ett halvt basbelopp. Vi har också kopplat en bilaga till klausulen som beskriver vilken lagstiftning som leverantören är skyldig att följa och vilken information som leverantören är skyldig att redovisa enligt antidiskrimineringsklausulen. Både antidiskrimineringsklausulen och bilagan ingår i förfrågningsunderlaget i upphandlingen.

I och med att antidiskrimineringsklausulen med bilaga har lagts in i mallarna i AMV:s gemensamma upphandlingssystem kommer klausulen att ingå i flera hundra av de avtal som kommer att tecknas under 2004. De flesta av dessa avtal kommer att avse arbetsmarknadsutbildningar och förberedande utbildningar. Enligt klausulen är dock leverantören endast skyldig att ge en skriftlig redogörelse i avtal där den ordinarie avtalstiden är minst ett år. En försiktig uppskattning är att denna redovisningsskyldighet kommer att finnas i ca 200 avtal som upphandlas under 2004.

Enligt vår mening riskerar klausulen att bli meningslös om den endast omfattar situationer där leverantören blivit skyldig att betala skadestånd eller fått ett vitesföreläggande riktat mot sig. AMV:s klausul omfattar därför också det planmässiga jämställdhets- och mångfaldsarbete som arbetsgivaren är skyldig att bedriva. Vi är väl medvetna om att granskningen av leverantörens redogörelse i detta avseende ställer särskilda krav på vår organisation. Det är också viktigt att vi har en enhetlig tillämpning av klausulen. Det kan bli aktuellt att genomföra ytterligare utbildningsinsatser under hösten och att utarbeta rutiner för granskningen av leverantörens redogörelse och kontrollen i övrigt av efterlevnaden. AMS kommer att bistå länsarbetsnämnderna i detta arbete. Vi avser också att ha ett samråd med berörd ombudsman innan det blir aktuellt att utkräva vite av någon leverantör.

2004-06-01

Dnr. 444/04 **Bilaga 10**  
Ab. 6Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012  
103 11 Stockholm**Rapport rörande uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. (NOU dnr 2003/0301-28)**

NOU har givit JämO tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna i rubricerade rapport. JämO får med anledning härav anföra följande.

Av NOUs rapport blir det uppenbart att det föreligger vissa hinder för att klausulerna ska få ett bättre genomslag. JämO har noterat att det saknas ett enkelt informationsmaterial om diskrimineringslagstiftningen samt idéer om lämpliga rutiner för uppföljning av klausulernas efterlevnad hos de upphandlande myndigheterna.

Av de myndigheter som närmare omnämns i rapporten vill JämO lyfta fram det arbete som Arbetsmarknadsverket (AMV) har inlett. AMV har under hösten 2003 arbetat fram en klausul i dialog med NOU, DO och JämO. Några av de intressanta detaljerna är att avtalsrelationen ska ha en viss varaktighet, möjligheten att tillämpa ett avtalsvite, att myndigheten per år har att hantera ett relativt stor antal upphandlingar men att bedömningar i vilken mån klausulerna har efterlevts genomförs av en enhet med specialkompetens. AMV har även visat intresse för att i fortsatt dialog utarbeta enkla rutiner för bedömning och uppföljning.

En annan intressant aspekt är att AMV inkluderar efterlevnad av jämställdhetslagens aktiva åtgärder i sin antidiskrimineringsklausul. För en upphandlande myndighet torde efterlevnaden av miljö- eller diskrimineringslagstiftning i regel vara av underordnad betydelse i förhållande till syftet med själva upphandlingen. Detta faktum har framförts på flera ställen i NOUs rapport. Syftet med att tillämpa en antidiskrimineringsklausul ligger enligt JämOs bedömning främst i dess förebyggande funktion. Genom sin blotta existens bidrar klausulen till att en arbetsgivare uppmärksammar gällande lagstiftning som syftar till att främja kvinnors och mäns lika rättigheter. Av den anledningen är det speciellt värdefullt med klausuler som uppmärksammar kravet på jämställdhetsplan och inte enbart de fåtal fall när en arbetsgivare blir dömd för brott mot diskrimineringsförbuden.

JämO är i sammanhanget medveten om att det finns vissa risker vid tillämpningen av antidiskrimineringsklausuler. En motsatt effekt i förhållande till klausulens egentliga syfte kan uppstå om

- en klausul öppnar möjligheter för att kraven i jämställdhetslagen gentemot en arbetsgivare kan tillämpas på ett godtyckligt sätt,
- hanteringen av klausulen är tids- och resurskrävande för den upphandlande myndigheten,
- en klausul inte kombineras med enkla metoder för att kontrollera dess efterlevnad.

JämO överväger för närvarande att utarbeta rekommendationer som kan motverka dessa risker.

Detta yttrande har beslutats av ombudsmannen Claes Borgström efter föredragning av utredaren Eberhard Stüber.



Claes Borgström

Eberhard Stüber



Nämnden för offentlig  
upphandling

Ink. 2004-06-09

Par.....

NOU  
Box 2012  
103 11 STOCKHOLM

Dnr 581-2004  
Aktbilaga 5

Stockholm 2004-06-02

**Yttrande över förslag till rapport rörande uppdrag till NOU att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. (NOU dnr 2003/0301-28).**

NOU har givit DO tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna i rubricerade rapport. DO får med anledning härav anföra följande.

**- I vilken utsträckning de upphandlande enheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen**

DO konstaterar att användningen av diskrimineringsklausuler är begränsad (12 procent), även om en liten förbättring skett sedan 2003 (som dock procentuellt är avsevärd). Bland de enheter som använder sig av klausuler är det enbart ett fåtal som kan betecknas som stora myndigheter. Anledningen till den förhållandevis låga andelen torde vara att 170 enheter, eller 43 procent, svarat att de går genom ramavtalen. Ytterligare ett antal enheter svarar att de saknar kunskap om hur antidiskrimineringsklausuler ska användas, saknar ekonomiska eller administrativa resurser eller inte känt till möjligheten att använda dem. Tillsammans utgör dessa enheter den absoluta majoriteten av de enheter som inte använt antidiskrimineringsklausuler.

Det är mot denna bakgrund därför anmärkningsvärt att två av de stora upphandlande enheterna, Statskontoret och VHS, inte använder sig av antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingar av ramavtal. Statskontoret kommenterar dessutom med att det finns särskilda myndigheter som ska tillse lagstiftningen inom diskrimineringsområdet. "Diskrimineringsfrågor bör hanteras i denna ordning och bör således inte blandas in i upphandlingssituationer", fortsätter Statskontoret. Detta kan sägas om flera företeelser som aktualiseras i samband med upphandling, t.ex. huruvida leverantören har skatteskulder, en fråga som Statskontoret inte torde kunna hänvisa till skattemyndigheten eller kronofogdemyndigheten. Regeringen har dessutom som sitt mål att bekämpa diskriminering oavsett grund inom alla områden. Detta borde därför även inbegripa upphandlingsförfarandet.

Flera av myndigheternas invändningar är obegripliga och osakliga. DO anser därför att dessa, och i synnerhet nyckelmyndigheter, måste förses med kunskap om användandet av antidiskrimineringsklausuler samt att de regelmässigt bör införa dem i samtliga framtida statliga ramavtal. Myndigheterna inhämtar ju kunskaper i andra avseenden, som ligger utanför deras verksamhet, t.ex. för att kunna göra bedömningar om företag är registrerat, saknar betalningsanmärkningar, inte har ställföreträdare, som gjort sig skyldiga till ekonomisk brottslighet, tar miljöansvar. etc. Här är DO givetvis beredd att bistå med kunskaper inför klausulernas introducerande i upphandlingsavtalen. Jfr nästa fråga.

**- I vilken utsträckning annan liknande klausul med samma målsättning använts**

DO har tillsammans arbetat fram egna antidiskrimineringsklausuler tillsammans med övriga ombudsmän. Skälen till detta har DO tidigare kommenterat och vi hänvisar därför till dessa skrivelser.

**- vilka åtgärder de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulen**

Ingen aktiv kontroll förekommer. Samtidigt kommer det i allmänhet ändå på olika sätt till DO:s kännedom, genom anmälningar, om upphandlande enheter kan ha brutit mot klausulen. Någon sådan anmälan har inte kommit in.

**- om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det**

Ett antal myndigheter anger som skäl till att de inte använder sig av NOU:s klausuler att de saknar både kompetens och kunskap om dem. Flera eftersöker hjälp från ombudsmännen. DO har i dagsläget inget särskilt uppdrag eller resurser för att hjälpa alla myndigheter med införandet och uppföljningen. Om dessa hinder undanröjs, kvarstår bara att NOU:s klausul skiljer sig från den av ombudsmännen använda.

Ytterligare enheter uppger att de utgår från att leverantörerna följer gällande rätt, något DO och de andra ombudsmännen årligen konstaterar att arbetsgivare och företag inom alla branscher och sektorer inte gör. Antagande ter sig närmast naivt om man studerar ökningen av antalet anmälningar till ombudsmännen de senaste åren. Här står DO givetvis till myndigheternas förfogande med upplysningar om pågående eller avslutade ärenden om brott mot diskrimineringslagar.

Några enheter uppger avsaknaden av politiska riktlinjer eller anser att dessa frågor hör till den politiska arenan och inte ska sammanblandas med affärsmässighet. Andra ser inte möjligheten, eller hur meningsfullt det är att använda sig av antidiskrimineringsklausuler. Frågan är om de har samma inställning till andra relevanta fakta, såsom skatteskulder, ekonomisk brottslighet etc.

Även om kunskap efterlyses är det ett gott tecken att rapporten enligt DO:s uppfattning visar att det finns en vilja bland en majoritet av de upphandlande enheterna att i framtiden använda sig av antidiskrimineringsklausuler, givet att de kan utformas tillräckligt vitt för att på samma

gång vara praktiskt tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas. Insatser riktade mot vissa nyckelmyndigheter kan enligt DO vara ett effektivt sätt att uppfylla dessa krav så att merparten av de upphandlande enheterna indirekt kan använda sig av klausulerna genom ramavtalen. Det är trots allt samma komplexitet inom upphandlingsområdet som skapat professionella avdelningar inom dessa myndigheter för upphandling av ramavtal åt hela den statliga sektorn.

Beslut i detta ärende har fattats av ombudsmannen Margareta Wadstein efter föredragning av administrativa chefen Andres Delgado.

*Margareta Wadstein*

Margareta Wadstein

*Andres Delgado*

Andres Delgado

04-05-21 Dnr 332/04  
Aktbil. 3

Nämnden för offentlig upphandling
Ink. 2004-05-25
Dnr.....

NOU  
Box 2012  
103 11 STOCKHOLM

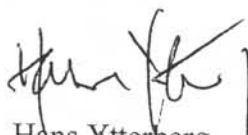
**Rapport rörande uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. (NOU dnr 2003/0301-28).**

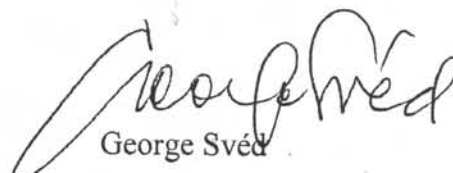
NOU har givit HomO tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna i rubricerade rapport. HomO får med anledning härav anföra följande.

Rapporten visar enligt HomO:s uppfattning att det finns en god potential för användning av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling, givet att klausulen kan utformas tillräckligt vid för att på samma gång vara praktiskt tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas. De goda exempel som redovisas i rapporten kan med fördel utgöra utgångspunkten för detta utvecklingsarbete.

I övrigt hänvisar HomO till de synpunkter som myndigheten tidigare framfört i samband med remitteringen av delrapporten.

Detta yttrande har beslutats av ombudsmannen Hans Ytterberg efter föredragning av kanslichefen George Svéd.

  
Hans Ytterberg

  
George Svéd



2004-06-01

Dnr 2004/076

Nämnden för offentlig upphandling
Ink. 2004-06-02
Dnr.....

**YTTRANDE**NOU  
Box 2012  
103 11 Stockholm**BEGÄRAN OM YTTRANDE I ENLIGHET MED REGERINGS  
UPPDRAG TILL NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING ATT  
GÖRA EN UTVÄRDERING AV ANVÄNDNINGEN AV  
ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSULER I  
UPPHANDLINGSKONTRAKT (NOU dnr 2003/0301-28)**

Handikappombudsmannen (HO) har beretts tillfälle att yttra sig över den rapport som blivit resultatet av det rubricerade uppdraget.

HO vill framför följande synpunkter.

Om en upphandlande enhet skulle tvingas fullfölja ett kontrakt trots att leverantören brustit mot någon av diskrimineringslagarna kan det uppfattas direkt stötande att offentliga medel används för att berika någon som bryter mot grundläggande mänskliga rättigheter. HO ser därför positivt på införandet av antidiskrimineringsklausuler när det huvudsakliga syftet är preventivt och förebyggande.

HO är mer tveksam till att införa antidiskrimineringsklausuler som ett medel att aktivt främja efterlevnaden av diskrimineringslagstiftningen. Det senare kräver nya metoder och verktyg för uppföljning av klausulerna. HO kan se att ett sådant arbete främst gynnar efterlevnaden av de diskrimineringslagar där det finns krav på aktiva åtgärder.

I sammanhanget bör beaktas att de som står för upphandlingarna har som sitt främsta intresse att värna föremålen för sina upphandlingar. Att föra in för många nya krav i en process som redan är komplicerad riskerar att motverka sitt eget syfte.

**BESÖKSADRESS:**S:t Eriksgatan 44<sup>3 tr.</sup>  
Stockholm**POSTADRESS:**Box 49132  
100 29 Stockholm**TELEFON:**08-20 17 70  
1(2)**TELEFAX:**

08-20 43 53

**E-POST:**

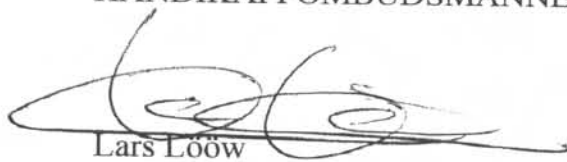
info@ho.se

**TEXTTELEFON:**

08-21 39 39

I detta ärende har Handikappombudsman Lars Lööw beslutat. Kanslichef Hans von Axelson har varit föredragande.

HANDIKAPPOMBUDSMANNEN

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

Lars Lööw  
Handikappombudsman

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'H' followed by a long, sweeping horizontal line.

Hans von Axelson  
Kanslichef

Charlotte Brunlid

**DELRAPPORT**

1 (11)

DATUM  
2003-08-26  
ERT DATUM  
2003-02-20

DIARIENR  
2003/0047-28  
ERT DIARIENR  
F2002/422

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Delrapport rörande Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.**

### **Sammanfattning**

Regeringsuppdraget till NOU innebär en kartläggning av användandet av antidiskrimineringsklausuler. Sammanfattningsvis kan sägas att endast ett fåtal statliga myndigheter använder antidiskrimineringsklausuler. De skäl som angivits till att klausulerna inte används är av varierande karaktär men den vanligaste orsaken är att myndigheten inte gjort någon egen upphandling sedan lagändringen infördes (den 1 juli 2002) eller att myndigheten gjort så små upphandlingar att användning av klausuler inte bedömts meningsfulla. Resursbrist och svårighet att följa upp klausulerna anges också som viktiga skäl, liksom bristande kunskap om såväl LOU som antidiskrimineringslagstiftningen. Den totala upphandlingsvolym vid de statliga myndigheter som uppgivit att de använder antidiskrimineringsklausuler vid upphandlingskontrakt var år 2002 knappt 3 miljarder kr. Den totala årliga upphandlingsvolymen inom staten beräknas vara ca 100 miljarder.

## 1. Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har fått regeringens uppdrag att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget skall redovisas dels i en delrapport avseende samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler, dels i en slutrapport avseende samtliga statliga myndigheters samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheters användning av antidiskrimineringsklausuler. I uppdraget ingår att tillställa myndigheterna information om diskrimineringslagstiftningen och upphandlingsreglerna. Delrapporten avseende samtliga statliga myndigheters användning av villkoren skall omfatta en redovisning av i vilken utsträckning myndigheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen, i vilken utsträckning någon annan liknande klausul med samma målsättning använts samt om antidiskrimineringsklausuler inte använts, skälen till det. Vidare skall delrapporten innehålla en redogörelse över de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.

NOU skall ge Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

## 2. NOU:s kartläggning

NOU har för kontakt med samtliga statliga myndigheter använt det av Ekonomistyrningsverket (ESV) framtagna myndighetsregistret för år 2003. Registret omfattar 246 organisationer, som är en förteckning över myndigheter inom den statliga redovisningsorganisationen<sup>1</sup>. Därutöver har NOU inhämtat separata svar från kronofogdemyndigheterna, skattemyndigheterna och skogsvårdsstyrelserna. NOU har tillställt samtliga statliga myndigheter en enkät (bilaga 3), information om NOU:s antidiskrimineringsklausul (bilaga 4) samt NOU:s antidiskrimineringsklausul (text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet) (bilaga 5).

NOU vill påpeka att det har krävts en rad påtryckningar för att få in svar från samtliga statliga myndigheter, men har ändå inte fått svar från alla.

---

<sup>1</sup> Samtliga utom Affärsverket Statens Järnvägar och Kungliga Slottsstaten, till vilka enkäten ej nått rätt adress.

Charlotte Brunlid

267 statliga myndigheter har inkommit med svar.<sup>2</sup> En mängd myndigheter har inte besvarat NOU:s fråga om omfattningen av myndighetens upphandling. Det har förhindrat NOU från att göra en del av den analys som planerats.

### **3. Kartlägningsresultatet**

8 statliga myndigheter har uppgett att de regelmässigt använder antidiskrimineringsklausuler.<sup>3</sup>

4 statliga myndigheter har uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler, men inte regelmässigt.<sup>4</sup> En myndighet har uppgett att de vid en upphandling uppställt som ett bör-krav att leverantörerna skulle iaktta antidiskriminering ur ett jämställdhetsperspektiv.<sup>5</sup>

254 statliga myndigheter har uppgett att de inte använder antidiskrimineringsklausuler.

Av de statliga myndigheter som uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler har 4 uppgett att de använder NOU:s klausul.<sup>6</sup> 7 myndigheter har uppgett att de använder en egen klausul.<sup>7</sup> En har uppgett att de använder en annan klausul.<sup>8</sup> En har uppgett att de ställt krav på jämställdhetsplan.<sup>9</sup> Klausulerna redovisas i bilaga 7.

Den totala upphandlingsvolym för år 2002 som de upphandlande enheter som uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler omfattar, är knappt 3 miljarder kr.

---

<sup>2</sup> Bilaga 6.

<sup>3</sup> Göteborgs universitet, Regeringskansliet, Statens skolverk, Statens Sjöhistoriska museer, Statens institutionsstyrelse, Rättsmedicinalverket, Myndigheten för skolutveckling och Integrationsverket.

<sup>4</sup> Migrationsverket, Försvarshögskolan, Länsstyrelsen i Stockholms län och Post- och telestyrelsen.

<sup>5</sup> Riksåklagaren.

<sup>6</sup> Statens skolverk, Försvarshögskolan, Statens institutionsstyrelse och Myndigheten för skolutveckling.

<sup>7</sup> Migrationsverket, Regeringskansliet, Länsstyrelsen i Stockholms län, Post- och telestyrelsen, Statens sjöhistoriska museer, Rättsmedicinalverket och Integrationsverket.

<sup>8</sup> Göteborgs universitet.

<sup>9</sup> Riksåklagaren.

### **3.1 Problem som uppgetts förekomma vid användningen av klausuler**

Av de statliga myndigheter som svarat att de använder antidiskrimineringsklausuler vid upphandlingskontrakt, har en uppgett att problem framkommit vid användningen av klausulerna.<sup>10</sup> Myndigheten har uppgett att de vid en upphandling uppställde som ett bör-krav att antidiskrimineringslagstiftningen rörande jämställdhet skulle följas.<sup>11</sup> Myndigheten konstaterade därefter att den marknad inom vilken upphandlingen gjordes, inte var fullt redo för kravet. Det krävs enligt myndigheten, att förfrågningsunderlagen är mycket tydliga och att ett instrument för uppföljning upprättas för att användning av antidiskrimineringsklausuler skall vara möjlig. Organisationen skall framdeles besluta om huruvida de skall fortsätta att tillämpa antidiskrimineringsklausuler eller inte. Övriga 12 statliga myndigheter som uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler har svarat att problem inte framkommit vid användningen av klausulerna.

### **3.2 Skäl som anförts till att antidiskrimineringsklausuler inte använts.**

NOU har i enlighet med regeringsuppdraget frågat de statliga myndigheter som uppgett att de inte använder antidiskrimineringsklausuler om skälen till det. NOU har exemplifierat skäl och även lämnat möjlighet för myndigheterna att själva ange skäl.<sup>12</sup> Myndigheterna har kunnat besvara frågan med ett eller flera svar, vilket är skälet till att det i följande redovisning anges fler skäl än antalet deltagande statliga myndigheter.

91 myndigheter har uppgett att de inte har gjort någon tjänste- eller byggtreprenadupphandling efter den 1 juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats.<sup>13</sup> 7 myndigheter har uppgett att de gör sina inköp genom avrop från statliga ramavtal.<sup>14</sup> En myndighet har uppgett att de sedan den 1 juli 2002 endast har gjort en upphandling där klausulen skulle kunna vara tillämplig och att det

---

<sup>10</sup> Riksåklagaren.

<sup>11</sup> Riksåklagaren, som uppgett att de använder annan klausul än den av NOU föreslagna eller myndighetens egen klausul. Riksåklagaren har inte bifogat klausulen, men angivit som referens "Jämställdhetsplan".

<sup>12</sup> Se enkäten, bilaga 3, fråga 3.

<sup>13</sup> Bl.a. Ombudsmannen mot etnisk diskriminering och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

<sup>14</sup> Datainspektionen, Barnombudsmannen, Institutet för psykosocial medicin, Boverket, Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd och Ekonomistyrningsverket (ESV har uppgett att de upphandlar ramavtal).

bedömdes vara onödigt i det fallet.<sup>15</sup> Handikappombudsmannen har uppgett att de inte hunnit samordna sig med de andra ombudsmännen.

71 myndigheter har uppgett att de upphandlingar som gjorts inom myndigheten har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler.<sup>16</sup> Vad gäller kortvariga avtal, anser en myndighet att de inte hinner följa upp antidiskrimineringsklausulerna innan avtalen löper ut.<sup>17</sup>

64 myndigheter har uppgett att de saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler. Därutöver har 7 myndigheter uppgett att de saknar möjligheter eller resurser att göra uppföljningar av klausulerna.<sup>18</sup> En av dem har uppgett att de önskar lagstöd, stöd från ombudsmännen i arbetet med uppföljning samt att övervakning, kontroll och tillsyn bör göras av ombudsmännen.<sup>19</sup> Därutöver har en myndighet uppgett att de har svårt att göra uppföljning<sup>20</sup> och en att resurserna har gått åt till att utveckla rutiner för upphandling.<sup>21</sup> En annan myndighet har svarat att den är ny och saknar administrativa resurser.<sup>22</sup>

56 statliga myndigheter har svarat att de hittills inte har känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

55 myndigheter har uppgett att de saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler.

21 statliga myndigheter har uppgett att myndigheten saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

---

<sup>15</sup> Konkurrensverket.

<sup>16</sup> Bl.a. Jämställdhetsombudsmannen och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

<sup>17</sup> Totalförsvarets pliktverk. Myndigheten har även uppgett att de anser att det behövs både information och utbildning om antidiskrimineringsklausulernas tillämpning och uppföljning för att dessa skall bli ett användbart instrument i upphandlingsverksamheten samt att de av dessa skäl ännu inte börjat använda sådana klausuler i sin verksamhet.

<sup>18</sup> Rikspolisstyrelsen, Skattemyndigheten i Linköping, Statens Fastighetsverk, Kungliga Tekniska högskolan, Affärsverket svenska kraftnät, Luftfartsverket och Kriminalvårdsstyrelsen.

<sup>19</sup> Kungliga Tekniska högskolan.

<sup>20</sup> Moderna museet.

<sup>21</sup> Karolinska institutet.

<sup>22</sup> Specialpedagogiska institutet.

Många myndigheter har uppgett att de har andra skäl än de exempel som NOU föreslagit i enkäten till att antidiskrimineringsklausuler inte använts. De skäl som angivits är i huvudsak följande:

5 myndigheter har uppgett att de utgår från att leverantörerna följer gällande lag.<sup>23</sup> En myndighet har uppgett att de har svårt att se hur uppföljning skall gå till och svårt att se skälet till att upphandlande enheter skall övervaka efterlevnaden av svensk lag.<sup>24</sup> En myndighet har uppgett att de, då det finns särskild lagstiftning som reglerar diskriminering samt tillsynsmyndigheter som utövar tillsyn över lagarnas tillämpning, anser att det saknas anledning att ställa dessa krav vid upphandling. Kraven har dessutom ingen koppling till föremålet för upphandling.<sup>25</sup> Därutöver har en myndighet uppgett att de anser att användningen av antidiskrimineringsklausuler ligger utanför ramarna för inköpsverksamheten och att tillsyn av lagstiftningens efterlevnad i stort ligger utanför deras myndighetsutövning.<sup>26</sup> En myndighet uppger dessutom att efterlevnad av lagstiftning enligt praxis inte explicit behöver krävas i avtal utan gäller ändå.<sup>27</sup>

2 myndigheter har uppgett att de anser att rättsläget avseende klausulerna är oklart eller att det är osäkert om antidiskrimineringsklausuler kan användas vid trafikupphandlingar.<sup>28</sup>

En myndighet har uppgett att de saknar tillräcklig kunskap i hur man skall formulera antidiskrimineringsklausulerna, vilka bevis man skall begära in och hur/var dessa kan följas upp.<sup>29</sup>

En myndighet har uppgett att det inte ”bedömts som relevant” att använda antidiskrimineringsklausuler i de upphandlingar som myndigheten genomfört.<sup>30</sup> En annan har uppgett att den är inriktad på affärsmässighet i upphandlingarna och att antidiskrimineringsklausuler inte anses tillföra något i upphandlingar.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Mitthögskolan, Malmö högskola, Fortifikationsverket, Vetenskapsrådet och Statens fastighetsverk.

<sup>24</sup> Lunds universitet.

<sup>25</sup> Statskontoret.

<sup>26</sup> Sjöfartsverket.

<sup>27</sup> Luftfartsverket.

<sup>28</sup> Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI) samt Rikstrafiken.

<sup>29</sup> Stockholms universitet.

<sup>30</sup> Ekobrottsmyndigheten.

<sup>31</sup> Statens institution för kommunikationsanalys.



Charlotte Brunlid

En myndighet anser inte att klausulerna ryms under affärsmässighetsbegreppet.<sup>32</sup> En annan myndighet har uppgett att det inte känts motiverat att använda antidiskrimineringsklausuler.<sup>33</sup>

### **3.3 Användningen av antidiskrimineringsklausuler bland de största statliga myndigheterna**

NOU konstaterar att endast en av de 11 största statliga myndigheterna med avseende på lämnade uppgifter om omfattning av upphandling använder antidiskrimineringsklausuler.<sup>34</sup> Nedan redovisas de skäl att inte använda antidiskrimineringsklausuler som anförts av de tio som inte använder det.

Den största av de statliga myndigheter som inkommit med svar<sup>35</sup> har uppgett att skälen att de inte använder antidiskrimineringsklausuler är dels att myndigheten hittills inte har känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, dels att myndigheten saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler. Myndigheten har vidare uppgett att de kommer att fatta ett centralt beslut hur klausulen skall hanteras i framtiden.

Den näst största av de statliga myndigheter som inkommit med svar<sup>36</sup> har uppgett att skälen att de inte har använt antidiskrimineringsklausuler är att myndigheten saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler, att de upphandlingar som gjorts inom myndigheten varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler. Vidare har uppgetts att klausulerna först nu har förts in i deras mallar på grund av de båda tidigare angivna skälen.

Den tredje största av de statliga myndighet som uppgett att de inte använt antidiskrimineringsklausuler<sup>37</sup> har anført följande som skäl: ”Då det finns särskild lagstiftning som reglerar diskriminering samt tillsynsmyndigheter som utövar tillsyn över lagarnas tillämpning saknas anledning att ställa dessa krav vid upphandling. Kraven har dessutom ingen koppling till föremålet för upphandling.”

---

<sup>32</sup> Socialstyrelsen.

<sup>33</sup> Uppsala universitet.

<sup>34</sup> Regeringskansliet, med en uppgiven upphandling år 2002 om 1 500 000 000 kr, använder antidiskrimineringsklausuler.

<sup>35</sup> Vägverket, med en uppgiven upphandling år 2002 om 14 000 000 000 kr.

<sup>36</sup> Banverket, med en uppgiven upphandling år 2002 om 8 000 000 000 kr.

<sup>37</sup> Statskontoret, med en uppgiven upphandling år 2002 om 7 200 000 000 kr.

Charlotte Brunlid

Den fjärde största myndigheten som anfört att de inte använder antidiskrimineringsklausuler<sup>38</sup> har uppgett att myndigheten saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, att myndigheten saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler samt att myndigheten saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler.

Den femte största myndigheten<sup>39</sup> har uppgett som skäl att de saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler samt det som anförs i bilaga 8 till rapporten.

Den sjätte största myndigheten<sup>40</sup> har anfört som skäl att inte använda klausulerna att de förutsätter att leverantörerna följer gällande lagstiftning och förordningar.

Den sjunde största myndigheten<sup>41</sup> har anfört som skäl att de saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler samt att de utgår från att leverantörerna följer alla lagar. Vidare har de uppgett att de saknar möjlighet att kontrollera det.

Den åttonde största myndigheten<sup>42</sup> har uppgett att skälet till att de inte använt antidiskrimineringsklausuler är att de inte ansett att användandet av sådana klausuler känts motiverat.

Även den nionde största myndigheten<sup>43</sup> har uppgett att de saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler. De har vidare uppgett att de hittills inte har ansett sig ha möjlighet eller kunskap att på ett bra sätt kunna följa upp antidiskrimineringsklausuler.

Den tionde största myndigheten som uppgett att de inte använder antidiskrimineringsklausuler vid upphandlingskontrakt<sup>44</sup> har uppgett att skälen är att myndigheten saknar tillräcklig kunskap om

<sup>38</sup> Linköpings universitet, med en uppgiven upphandling år 2002 om 2 163 000 000 kr.

<sup>39</sup> Lunds universitet, med en uppgiven upphandling år 2002 om 1 200 000 000 kr.

<sup>40</sup> Fortifikationsverket, med en uppgiven upphandling år 2002 om 1 000 000 000 kr.

<sup>41</sup> Kriminalvårdsstyrelsen, med en uppgiven upphandling år 2002 om 1 000 000 000 kr.

<sup>42</sup> Uppsala universitet, med en uppgiven upphandling år 2002 om 900 000 000 kr.

<sup>43</sup> Statens fastighetsverk, med en uppgiven upphandling år 2002 om 800 000 000 kr.

<sup>44</sup> Kungliga Tekniska högskolan, med en uppgiven upphandling år 2002 om 700 000 000 kr.

Charlotte Brunlid

antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler, att de saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda sådana klausuler, att myndigheten inte gjort någon tjänste- eller byggtreprenadupphandling efter den 1 juli 2002, att de upphandlingar som gjorts inom myndigheten varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler samt det som anförs i bilaga 9 till rapporten.

#### **4. Myndigheternas avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler.**

NOU har i enkäten frågat myndigheterna om de har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden.

226 myndigheter har besvarat frågan. Av dem har 153 uppgett att de har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler och 73 uppgett att de inte har för avsikt att börja använda sådana klausuler vid upphandlingskontrakt.

#### **5. Övriga kommentarer**

NOU har i enkäten lämnat möjlighet för de statliga myndigheterna att inkomma med egna kommentarer eller synpunkter. Av intresse av de ca 110 kommentarer som lämnats är följande.

Ett stort antal myndigheter har uppgett att de endast gör små eller få upphandlingar alternativt endast upphandlar i ringa utsträckning eller att deras köp görs genom avrop från ramavtal.

Många myndigheter har uppgett att de överväger att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Några myndigheter har uppgett att de kommer att använda antidiskrimineringsklausuler endast vid upphandlingskontrakt vid upphandlingar som har ett samband med diskrimineringsfrågor/vid behov/i aktuella fall/om det får praktisk betydelse/då det fyller en funktion/ vid viktiga eller stora upphandlingar/vid upphandlingar då det bedöms meningsfullt/ då de har relevans för uppdraget.<sup>45</sup> 5 myndigheter har uppgett att utveckling pågår av användningen av antidiskrimineringsklausuler.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Länsstyrelsen i Stockholms län, Kungliga biblioteket, Gentekniknämnden, Uppsala universitet, Riksgäldskontoret, Forskningsrådet för miljö, areella näringar och samhällsbyggande (FORMAS), Sveriges Lantbruksuniversitet, Statens Veterinärmedicinska

Några myndigheter har särskilt påtalat problemet med uppföljning såväl vad gäller resurser som kunskap och ansvar. 4 myndigheter har uppgett att de saknar resurser respektive kunskap för uppföljning av antidiskrimineringsklausuler.<sup>47</sup> 3 myndigheter har uppgett att det råder osäkerhet om var ansvaret ligger, vilka krav som får ställas samt hur uppföljningen skall göras.<sup>48</sup>

En myndighet uppger att de ställer sig frågande till att mindre myndigheter har resurser att upprätthålla sådan specialistkompetens som torde krävas för en prövning av brott mot antidiskrimineringslagstiftning/klausuler.<sup>49</sup>

En myndighet har uppgett att de har en generell skrivning i sina avtal att gällande arbetsmarknadslagstiftning skall följas vid äventyr av hävning av avtalet.<sup>50</sup>

3 myndigheter har uppgett att de ännu ej tagit ställning till användandet av antidiskrimineringsklausuler.<sup>51</sup>

## **6. Yttranden från Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen**

I enlighet med uppdraget har NOU givit Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna från de statliga myndigheterna. Yttrandena är bifogade till delrapporten i bilagorna 10 – 13. De kommenteras inte i denna delrapport.

---

Anstalt, Skattemyndigheten i Linköping, Ekonomistyrningsverket, Länsstyrelsen i Skåne län, Högskolan i Trollhättan, Lantmäteriverket, Rymdstyrelsen och Ekobrottsmyndigheten.

<sup>46</sup> Statens räddningsverk, Umeå universitet, Banverket, Arbetsmarknadsstyrelsen och Stockholms universitet.

<sup>47</sup> Riksskatteverket, Skogsstyrelsen, Södertörns högskola och Kronofogdemyndigheten i Göteborg.

<sup>48</sup> Boverket, Kronofogdemyndigheten i Karlstad och Arbetslivsinstitutet.

<sup>49</sup> Revisorsnämnden.

<sup>50</sup> Skattemyndigheten i Örebro.

<sup>51</sup> Granskningsnämnden för Radio- och TV, Länsstyrelsen i Kalmar län samt Krisberedskapsmyndigheten.

Charlotte Brunlid

2003-08-26

2003/0047-28

## **Bilagor**

1. Regeringens uppdrag.
2. Missiv som gått ut till samtliga statliga myndigheter.
3. Enkät som skickats till de statliga myndigheterna.
4. Bilaga 3 till enkäten.
5. Bilaga 4 till enkäten.
6. Lista över statliga myndigheter som inkommit med svar.
7. Antidiskrimineringsklausuler som inkommit i ärendet.
8. Kommentarer angående användningen av diskrimineringsklausuler vid Lunds universitet.
9. Kommentarer angående användningen av antidiskrimineringsklausuler från Kungliga Tekniska högskolan.
10. Yttrande över kartläggningen från Jämställdhetsombudsmannen.
11. Yttrande över kartläggningen från, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering.
12. Yttrande över kartläggningen från Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.
13. Yttrande över kartläggningen från Handikappombudsmannen.

## INNEHÅLL

<b>1. Sammanfattning</b>	<b>2</b>
<b>2. Inledning</b>	<b>3</b>
2.1 Uppdragets bakgrund och omfattning	3
2.2 Metod	4
<b>3. EG-direktiven om offentlig upphandling och LOU</b>	<b>5</b>
3.1 EG-direktiven om offentlig upphandling	5
3.1.1 Nuvarande EG-direktiv	5
3.1.2 Kommande EG-direktiv	7
3.2 LOU	7
<b>4. Sponsring</b>	<b>9</b>
4.1 Definition av begreppet sponsring	9
4.2 Ömsesidigt förpliktande avtal	10
4.2.1 Byte av varor och tjänster – barter	10
4.2.2 Bidrag med kontanta medel	12
4.2.2.1 Krav på varor/tjänster	12
4.2.2.2 Villkorade bidrag	12
4.3 Ensidigt förpliktande avtal	13
4.3.1 Gåvor	13
4.4 Övriga avtalsvarianter	14
4.4.1 Upphandlande enheters uppdragsverksamhet	14
4.4.2 Samarbetsavtal	14
4.4.3 Koncessioner	15
4.4.3.1 Koncession kontra sponsring	16
<b>5. Skattelagstiftningen</b>	<b>16</b>
5.1 Till nytta för inkomsternas förvärvande	16
5.2 Gåva	17
5.3 Avdragsmöjligheter vid sponsring	17
<b>6. EG-kommissionen och övriga EG/EES-länder</b>	<b>18</b>
6.1 Sammanfattning av NOU:s undersökning	18
6.2 NOU:s frågor och erhållna svar	18
<b>7. Riksdagens revisorers granskning</b>	<b>21</b>
7.1 NOU:s analys	21
7.2 Naturhistoriska riksmuseet	21
7.3 Moderna Museet	23
7.4 Statens försvarshistoriska museer - Armémuseum	25
7.5 Finansinspektionen	26
<b>8. Sponsring från det offentliga</b>	<b>27</b>
8.1 När det offentliga sponsrar	27
 Bilaga 1 Regeringsuppdraget	 29
 Bilaga 2 Flödesschema vid avtal om sponsring	 30

## 1. Sammanfattning

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) reglerar upphandlingen i alla organisationer som omfattas av begreppet upphandlande enhet i lagen, se definitionerna i 1 kap. 5 och 6 §§ och 4 kap. 1 § LOU. De regler som redogörs för i denna kartläggning avseende frågan om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU är desamma för samtliga upphandlande enheter.

Ett avtal måste innehålla *ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor* och avse en upphandlande enhets köp, leasing, hyra eller hyrköp för att omfattas av reglerna i LOU. För att få klarhet i om ett avtal ska upphandlas enligt LOU, måste således den upphandlande enheten *i varje enskilt fall* avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen. Upphandlande enheters försäljning och rena gåvor till upphandlande enheter omfattas inte av reglerna i LOU.

Avtal om sponsring med *varor eller tjänster* ska i vissa fall upphandlas enligt LOU. Upphandlingsskyldigheten inträder då sponsorn bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande enhet och i gengäld av enheten erhåller varor eller tjänster, s.k. barteravtal, eller kontanta medel. Är avtalet om leverans av varor eller tjänster utan förpliktelser för den upphandlande enheten, utgör varorna eller tjänsterna en gåva, vilken inte omfattas av reglerna i LOU. Att en upphandlande enhet endast åtar sig att upplysa om att en leverantör sponsrat den upphandlande enheten med varor eller tjänster, innebär normalt inte att avtalet innehåller förpliktelser för enheten.

Sponsring med endast *kontanta medel* kan aldrig omfattas av reglerna i LOU. Är avtalet utan förpliktelser för den upphandlande enheten utgör de kontanta medlen en gåva. Avtal om gåvor behöver inte upphandlas enligt LOU, eftersom sådana avtal inte innehåller ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor. Med förpliktelser för den upphandlande enheten att tillhandahålla varor eller tjänster innebär avtalet i juridisk mening en försäljning från den upphandlande enheten, vilken inte omfattas av reglerna i LOU.

Det är inte möjligt att definiera vilka typer av sponsring som ska upphandlas enligt LOU enbart på grundval av ett företags rätt till skattemässigt avdrag för sin sponsring, eftersom skattelagstiftningen inte gör skillnad på sponsring med varor och tjänster och sponsring endast med kontanta medel. Inte heller den definition som presenteras av Statskontoret är möjlig att använda som enda utgångspunkt för att avgöra om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU, eftersom inte heller den gör någon åtskillnad mellan de olika typer av sponsring som förekommer.

Inga andra EU-länder har, enligt den kartläggning Nämnden för offentlig upphandling utfört, i lag eller annan författning reglerat förhållandet mellan sponsring och offentlig upphandling. EG-kommissionen kommer under 2003 att ge ut en grönbok avseende de olika former av samarbeten mellan det offentliga och det privata som förekommer i EU:s medlemsländer och i EES-länderna. Fenomenet sponsring kan då komma att belysas.

Reglerna som redogörs för i denna kartläggning kan inte automatiskt tillämpas när en upphandlande enhet bidrar med varor, tjänster eller kontanta medel till en annan juridisk person.

## 2. Inledning

### 2.1 Uppdragets bakgrund och omfattning

Regeringen har gett i uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling (NOU)<sup>1</sup> att kartlägga under vilka förutsättningar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter.

NOU har tidigare i två ärenden uttalat sig om reglerna i LOU i förhållande till avtal om sponsring. Den 30 maj 2001 tillskrev NOU regeringen i ärende *dnr 2001/0115-29 Frågan huruvida sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU*. NOU hade funnit att frågorna kring olika typer av sponsringsavtal borde bli föremål för ett klagande. NOU ansåg att det var angeläget att samma tolkning av reglerna återfanns inom hela den Europiska unionen. I ärendet redogör NOU kortfattat för de problem som kan förekomma vid sponsring.

I ärende *dnr 2001/0128-22 NOU:s yttrande angående rapporten Sponsring av statliga myndigheter (2000/01:13)* yttrar sig NOU över Riksdagens revisorers rapport. I yttrandet skriver NOU bl.a. att användandet av LOU:s principer om utnyttjande av konkurrensmöjligheter, affärsmässighet och likabehandling av leverantörer kan minska riskerna för ett otillbörligt beteende eller uppkomsten av misstankar om ett sådant beteende. NOU anser att myndigheterna därför bör rekommenderas att använda sig av LOU även i de fall där tveksamhet råder huruvida ett sponsringsavtal ska upphandlas enligt LOU.

Regeringens uppdrag till NOU har sin grund i att riksdagen överlämnat konstitutionsutskottets betänkande (2001/02:KU19), Sponsring av statliga myndigheter, till regeringen. Som underlag för riksdagens ställningstagande låg Riksdagens revisorers rapport med förslag angående sponsring av statliga myndigheter (2001/02:RR9). Förslaget baseras på Riksdagens revisorers rapport 2000/01:13 Sponsring av statliga myndigheter. I rapporten har revisorerna granskat sponsring med kontanta medel, varor och tjänster. NOU har därför valt att inkludera sponsring med kontanta medel i kartläggningen.

Upphandlingsreglerna för de olika organisationer som omfattas av LOU skiljer sig visserligen mellan dem som tillhör den s.k. klassiska sektorn och mellan de som tillhör de s.k. försörjningssektorerna. Vad avser de regler i LOU som kommer att beröras i denna kartläggning återfinns dock inga skillnader i reglerna. Det som sägs om upphandling av statliga myndigheter i denna kartläggning gäller således i lika hög grad övriga upphandlande enheter.

Till skillnad från vad vissa upphandlande enheter hävdade i Riksdagens revisorers rapport<sup>2</sup> anser NOU inte att LOU innebär hinder för sponsring av statliga myndigheter. Sponsringen av de upphandlande enheter som sponsras idag är uppenbarligen av sådan ekonomisk betydelse för sponsorerna att de inte skulle

<sup>1</sup> Se bilaga 1.

<sup>2</sup> Riksdagens revisorers rapport 2000/01:13 Sponsring av statliga myndigheter.



tveka att lämna anbud för att få sponsra dessa enheter. Någon mera omfattande analys av de eventuella praktiska hinder vilka kan uppstå vid upphandling av sponsring enligt LOU har NOU därför inte ansett nödvändig.

NOU har inte belyst sponsringens relation till övriga svenska lagar och förordningar, såsom t.ex. avgiftsförordningen (1992:191) eller brottsbalken avseende regleringen av mutor.

NOU redovisar avslutningsvis kortfattat i vilken mån LOU är tillämplig vid avtal där en upphandlande enhet sponsrar andra juridiska personer.

## 2.2 Metod

NOU har under uppdragstiden, särskilt avseende definitionen av begreppet sponsring, samrått med Statskontoret. Statskontoret har av regeringen getts i uppdrag att bl.a. pröva och kommentera befintliga definitioner av sponsring i förhållande till det statliga myndighetsområdet samt lämna förslag till definition av begreppet sponsring<sup>3</sup>.

NOU redogör för den lagstiftning om offentlig upphandling som är tillämplig vid bedömningen av om sponsring ska upphandlas enligt LOU. Eftersom LOU bygger på EG-direktiv, inkluderar redogörelsen även de bakomliggande direktiven och de EG-rättsliga principer som ligger till grund för den fria rörligheten. NOU har undersökt reglerna både i de nu gällande direktiven och i de direktivförslag som utarbetats av EU-rådet. De paragrafer i LOU som är aktuella vid avtal om sponsring redovisas sedan. Olika avtalsförhållanden som kan förekomma mellan en upphandlande enhet och en annan juridisk person redovisas och NOU redogör för när de upphandlande enheterna ska upphandla avtal om sponsring enligt LOU i förhållande till dessa avtal.

Företag får under vissa omständigheter göra skattemässiga avdrag för kostnader för sponsring. NOU har förklarat varför inte enbart reglerna i skattelagstiftningen avseende avdrag i näringsverksamhet kan tillämpas för att avgöra om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU.

För att tydliggöra sina synpunkter kommenterar NOU sponsringssituationerna vid de fyra statliga myndigheter som Riksdagens revisorer specialgranskat. Någon annan dokumentation eller information än den som redovisats av revisorerna har inte inhämtats.

I arbetet har NOU vidare kontaktat EG-kommissionen, övriga medlemsländer i EG och Norge och till dessa ställt frågor avseende reglerna om offentlig upphandling och sponsring i respektive land samt i EG. Svaren redovisas i *avsnitt 6*.

<sup>3</sup> Se bilaga 1, Regeringsuppdrag, vilken även inkluderar uppdraget till Statskontoret.

NOU har slutligen utarbetat ett ”flödesschema” för att tydliggöra i vilka situationer LOU är tillämplig när upphandlande enheter ingår avtal om sponsring.

### **3. EG-direktiven om offentlig upphandling och LOU**

#### **3.1 EG-direktiven om offentlig upphandling**

##### *3.1.1 Nuvarande EG-direktiv*

De fyra grundläggande EG-direktiven om offentlig upphandling<sup>4</sup> behandlar inte specifikt frågan om och i så fall under vilka förutsättningar sponsring ska upphandlas. En orsak kan vara att det saknas en allmänt vedertagen definition av begreppet sponsring. I direktiven görs inte någon fullständigt uppräknning av vilka avtal som omfattas, istället ges en definition av vilka typer av avtal som omfattas av reglerna. En annan orsak kan vara att avtal om sponsring inte var vanligt förekommande bland upphandlande enheter vid tidpunkterna för direktivens antaganden.

För att avgöra om olika former av sponsring omfattas av reglerna i EG-direktiven om offentlig upphandling, och därigenom av reglerna om offentlig upphandling i LOU, är det därför nödvändigt att undersöka vilka bestämmelser i direktiven som kan vara tillämpliga.

#### **EG-direktivens omfattning**

De fyra grundläggande EG-direktiven omfattar offentlig upphandling av varor, tjänster respektive byggentreprenader i den klassiska sektorn samt offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader inom försörjningssektorerna över vissa tröskelvärden<sup>5</sup>. De grundläggande EG-principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande är dock tillämpliga på all offentlig upphandling.

De fyra direktiven innehåller likartade regler vad avser de regler som NOU anser relevanta för bedömningen av huruvida avtal om sponsring ska upphandlas. Nedan redogörs därför endast för reglerna i varudirektivet (93/36/EEG) med hänvisning till motsvarande regler i de övriga direktiven.

---

<sup>4</sup> Rådets direktiv 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggentreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster och 93/38/EEG om upphandling inom försörjningssektorerna.

<sup>5</sup> För senast fastställda tröskelvärden, se förordning (SFS 2001:871) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Artikel 1 a i varudirektivet<sup>6</sup> stadgar att direktivet omfattar offentliga varuupphandlingskontrakt, vilka definieras som skrivna avtal *med ekonomiska villkor* mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en upphandlande myndighet, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter.

Denna artikel är av avgörande betydelse för att man ska kunna konstatera vilka avtal som omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling. Till att börja med kan konstateras att EG-direktiven inte omfattar de fall då upphandlande enheter *säljer* varor, tjänster eller byggtreprenader.

Eftersom det enligt artikel 1 a i varudirektivet stadgas att ett offentligt upphandlingskontrakt ska innehålla *ekonomiska villkor*, kan sedan konstateras att inte heller avtal om gåvor omfattas av direktivet. Att ensidigt skänka något kan enligt NOU:s mening inte innebära att ett avtal med ekonomiska villkor upprättas, såsom avses i definitionen i artikeln, dvs. ett avtal som innebär köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter. Däremot innebär varje form av motprestation från den upphandlande enhetens sida att ett avtal med ekonomiska villkor enligt direktivets mening föreligger. För att ett avtal ska omfattas av EG-direktivet krävs således någon form av *ömsesidigt förpliktande* för parterna till avtalet.

EG-direktiven definierar inte hur de upphandlande enheterna ska betala för de varor, tjänster eller byggtreprenader de köper. Betalningsformen är oväsentlig för att avgöra om en offentlig upphandling ska ske. EG-kommissionen anser 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 räkning<sup>7</sup>. EG-direktiven är således tillämpliga t.ex. i de fall en upphandlande enhet betalar hela eller delar av inköp av nya tjänstebilar med att sälja de gamla tjänstebilarna till leverantören. Alla former av byteshandel omfattas av reglerna i EG-direktiven. Ovanstående bekräftas av EG-domstolens dom i mål C-399/98 ("La Scala") 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.

<sup>6</sup> Motsvarande artiklar i övriga direktiv: art. 1 a i direktiv 93/37/EEG, art. 1 a i direktiv 92/50/EEG och art. 1 p. 4 i direktiv 93/38/EEG.

<sup>7</sup> 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.

Enligt EG-domstolens dom i mål C-44/96 Mannesmann finns inga undantag i EG-direktiven för upphandlingssituationer där endast en del av en aktuell upphandling av varor och tjänster omfattas av reglerna och en del faller utanför. Någon sådan "överviktsprincip" existerar således 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 nu sagda innebär att även om ett avtal om sponsring delvis består av en gåva, och delvis består av betalning för erhållna varor/tjänster, ska avtalet upphandlas enligt EG-direktiven.

En upphandlande enhet kan delvis finansieras på annat sätt än genom offentliga medel, utan att därigenom förlora sin karaktär av upphandlande enhet, vilken vid all sin upphandling ska följa reglerna i EG-direktiven om offentlig upphandling. Det har således ingen betydelse *hur* en upphandlande enhet erhållit sina medel när den bedömer om den ska genomföra en offentlig upphandling. Det framgår bl.a. av EG-domstolens dom i mål C-380/98 The University of Cambridge.

### 3.1.2 Kommande EG-direktiv

EG-kommissionen lämnade under år 2001 över förslag till nya EG-direktiv om offentlig upphandling till EU-rådet. Direktiven har behandlats av EU-rådet och har i en s.k. andra läsning behandlats i EU-parlamentet. De nya direktiven kan komma att bli föremål för ett förlikningsförfarande mellan rådet och parlamentet och kan komma att antas under det närmaste året. EU-rådet har publicerat sina förslag till nya EG-direktiv om offentlig upphandling på sin hemsida<sup>8</sup>.

De nya EG-direktiven innehåller vad avser här aktuell problemställning inga förändringar i förhållande till nu gällande regler.

## 3.2 LOU

LOU är uppdelad på i huvudsak två områden, upphandlingar över de s.k. tröskelvärdena och upphandlingar under dessa<sup>9</sup>. Reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena baserar sig på EG-direktiven om offentlig upphandling, medan reglerna för upphandlingar under tröskelvärdena m.m. utgick från den fram till LOU:s antagande gällande upphandlingsförordningen (1986:366) och normalreglementet för kommunal upphandling. De grundläggande EG-principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och

<sup>8</sup> Se EU-rådets hemsida för de svenska versionerna av förslagen till nya direktiv:

<http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st11/st11029-re03sv02.pdf> klassiska sektorn

<http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st12/st12634-re03sv02.pdf> försörjningssektorerna

<sup>9</sup> För senast fastställda tröskelvärden, se förordning (SFS 2001:871) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

proportionalitet är dock tillämpliga på alla offentliga upphandlingar, oavsett värde, och har ansetts omfattas av bestämmelserna i 1 kap. 4 § LOU<sup>10</sup>.

Huvudregel i 1 kap. 4 § innebär att all offentlig upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Regeln säger även att anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

LOU reglerar all offentlig upphandling som görs av s.k. upphandlande enheter, dvs. staten, kommuner, landsting, statliga myndigheter och vissa av deras bolag, stiftelser m.fl. Exakt vilka organisationer som omfattas av begreppet upphandlande enhet fastställs i 1 kap. 5 § LOU (avseende den klassiska sektorn) samt i 4 kap. 1 § LOU (avseende försörjningssektorerna).

LOU innehåller inga direkta regler avseende sponsring, utan precis som vid tolkningen av EG-direktiven *måste den upphandlande enheten i varje enskilt fall avgöra vad det aktuella avtalet faktiskt innebär*. De regler i LOU som berör frågan om sponsring är tillämpliga både på upphandlingar över och under tröskelvärdena.

Definitionen av upphandling och upphandlingskontrakt återfinns i 1 kap. 5 § LOU:

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

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

De regler som har redovisats i *avsnitt 3.1.1*. återfinns i LOU. Reglerna i LOU skiljer sig inte från dem som redovisats i nu nämnda avsnitt.

- Som tidigare redogjorts för och som framgår av definitionerna ovan, måste ett avtal innehålla *ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor* och avse en upphandlande enhets köp, leasing, hyra eller hyrköp för att omfattas av reglerna i LOU. Upphandlande enheters försäljning och rena gåvor till upphandlande enheter omfattas således inte av reglerna i LOU.
- Liksom EG-direktiven definierar LOU inte hur betalningen av en upphandlad vara, tjänst eller byggtreprenad ska ske. Det innebär att alla former av betalningar, även där den upphandlande enheten byter till sig en vara, tjänst eller byggtreprenad genom att erbjuda en vara, tjänst eller byggtreprenad i gengäld, ska upphandlas enligt reglerna i LOU. Även byteshandel ska således genomföras som en offentlig upphandling enligt LOU.

<sup>10</sup> Se prop. 1992/93:88 s. 40 och s. 59-60, samt prop. 2001/02:142 s. 35-40.

- Varken enligt LOU eller enligt EG-direktiven är det möjligt för en upphandlande enhet att dela upp en upphandling i en del som avser upphandling för tillhandahållande av allmännyttiga tjänster och i en del som avser tillhandahållande av kommersiella tjänster. All upphandling som görs av en svensk upphandlande enhet ska ske enligt LOU.
- Som tidigare redovisats påverkas inte frågan huruvida en offentlig upphandling ska genomföras av hur den upphandlande enheten erhållit de kontanta medel eller de varor den erbjuder som betalning vid köp m.m. av varor eller tjänster.

Att sponsorer vid avtal om sponsring, som ska upphandlas enligt LOU, erbjuds exklusivitet under avtalets löptid är inget som i sig bryter mot LOU. Att upphandla ett avtal för leverans av viss vara eller tjänst, i vilken den upphandlande enheten förbinder sig att under avtalets löptid endast köpa från den vinnande leverantören, är ett normalt sätt att genomföra en offentlig upphandling. Tvärtom kan de avtal som upphandlas utan köpåtagande från den upphandlande enheten vara mindre ekonomiskt fördelaktiga för enheten än de avtal där leverantören garanteras exklusivitet.

Köp m.m. inom samma juridiska person omfattas inte av LOU. När en upphandlande enhet ingår avtal avseende införskaffning av varor och/eller tjänster med någon part utanför den egna juridiska personen blir dock LOU tillämplig.

## 4. Sponsring

### 4.1 Definition av begreppet sponsring

Det har tidigare inte funnits någon allmänt vedertagen definition av begreppet sponsring. Ekonomistyrningsverket har i sin skrift "Sponsring som finansieringskälla?"<sup>11</sup> tagit fram en definition, vilken kan tillämpas av statliga myndigheter när de ska avgöra hur inkomster från sponsring ska bokföras. Även en rad privata organisationer har utarbetat egna definitioner av begreppet.

Statskontoret har på uppdrag av regeringen i samarbete med NOU utarbetat en definition av begreppet sponsring:

"Sponsring innebär ett avtal till ömsesidig nytta mellan två eller flera parter, där den ena parten (sponsorn) förbinder sig att lämna ersättning i form av kontanta medel, varor och/eller tjänster och den andra parten (den sponsrade) som motprestation tillhandahåller t.ex. exponering av varumärke eller andra varor och/eller tjänster till nytta för sponsorn i dennas verksamhet."

---

<sup>11</sup> ESV 2002:15 s. 7.

Definitionen kan dock inte till fullo användas till vägledning för att avgöra om ett avtal ska upphandlas enligt LOU. Definitionen är för vid för att endast omfatta de situationer vid vilka LOU ska tillämpas. Ett exempel är de fall där en givare endast bidrar med kontanta medel, se *avsnitt 4*. För att kunna avgöra om LOU är tillämplig, måste därför den upphandlande enheten i varje enskilt fall se till den faktiska innebörden av det avtal som den planerar att ingå.

NOU redovisar nedan de situationer som kan vara aktuella vid tecknande av avtal om sponsring och bidrag, i vilka fall dessa ska upphandlas enligt LOU och i vilka fall avtal kan tecknas direkt utan offentlig upphandling. För ömsesidigt förpliktande avtal redogörs i *avsnitt 4.2* och för ensidigt förpliktande avtal i *avsnitt 4.3*. Övriga avtalsvarianter återfinns i *avsnitt 4.4*.

## 4.2 Ömsesidigt förpliktande avtal

Om en givare lämnar varor eller tjänster till en upphandlande enhet och som motprestation får varor eller tjänster talar man om s.k. barter<sup>12</sup>, se *avsnitt 4.2.1*. Om den upphandlande enhetens motprestation istället består av kontanta medel, utgörs avtalet av att den upphandlande enheten säljer en vara eller tjänst, se *avsnitt 4.2.2*.

### 4.2.1 Byte av varor och tjänster – barter

Den som önskar bidra till en upphandlande enhets verksamhet med varor eller tjänster kan antingen ställa krav på motprestation eller inte. I de fall motprestation tillhandahålls i annan form än kontanta medel talar man om s.k. barter, med vilket avses att parterna i ett avtal utbyter varor eller tjänster utifrån sina respektive verksamheter. Barteravtal är en form av bytesavtal och ska upphandlas enligt LOU, se *avsnitt 3.2*.

Även de avtal i vilka den upphandlande enheten förbinder sig att vid framtida införskaffningar handla vissa varor eller tjänster endast av givaren eller av den utpekad annan leverantör, utgör avtal vilka skall upphandlas enligt LOU.

Den situation som kan orsaka gränsdragningsproblem är de fall då den upphandlande enheten i avtal endast förbundit sig att informera om att någon bidragit till dess verksamhet. NOU anser att gränsen mellan motprestation och icke-motprestation går mellan att den upphandlande enheten upplyser om att en viss givare bidragit med varor eller tjänster och att den upphandlande enheten gör reklam för givaren. Med upplysning avses här exponering utan samband med varan, tjänsten eller givarens verksamhet i övrigt vilken innebär att den upphandlande enheten endast upplyser om att varan eller tjänsten är skänkt av ett visst företag eller privatperson. Avtal som innebär en sådan form av motprestation torde inte behöva upphandlas enligt LOU, så länge endast företagets firma eller

<sup>12</sup> Se Riksdagens revisorers rapport 2000/01:13 Sponsring av statliga myndigheter, s. 34.

personens namn anges. Avtal som innebär att en upphandlande enhet förbinder sig att exponera en givares firma eller namn i sammanhang som inte direkt har med den skänkta varan eller tjänsten att göra och/eller att i övrigt upplysa om givaren och hans verksamhet, ska upphandlas enligt LOU. Motprestationen här utgör reklam och därmed även en form av betalning.

Att givare i sin egen reklam upplyser om att han bidragit till en viss verksamhet innebär inte i sig att LOU blir tillämplig.

I viss mån kan den upphandlande enheten finna vägledning för bedömningen om avtalet ska upphandlas enligt LOU, genom att beakta avdragsmöjligheterna för givaren i den svenska skattelagstiftningen, se avsnitt 5.3.

Bidrag i form av varor och/eller tjänster där givaren ställer krav på motprestation i form av varor och/eller tjänster, är avtal om sponsring och ska som ovan redovisats alltid upphandlas enligt reglerna i LOU. Nedan kommenteras några exempel på hur avtal om byte av varor och/eller tjänster kan se ut med avseende på tillämpningen av LOU.

- Ett företag hade skänkt böcker till ett bibliotek. Biblioteket satte på framsidan av bokpärmarna en lapp som upplyste besökarna om att just dessa böcker skänkts av ett visst företag.
- En stor konferens anordnades, varvid ett visst bilföretag fick tillhandahålla bilar för att transportera konferensdeltagarna mellan olika mötesplatser. Som ”tack för hjälpen” fick företaget sätta upp affischer med sitt företagsnamn på konferensområdena. Företaget nämndes i konferensböckerna, på konferensens officiella hemsida och på de datorer som var utplacerade i konferenslokalerna. Företaget fick dessutom lägga ut informationsmaterial vid konferensmötena.
- Ett företag sponsrade utställningen vid ett museum. Som motprestation kläddes ytterväggarna på museet med skynken, på vilka upplystes om utställningen och med information om att företaget sponsrat utställningen.
- Ett företag sponsrade en kommuns ishall med varor. Kommunen bytte i gengäld namn på ishallen, så att den i fortsättningen kom att bära det sponsrande företagets namn.
- Ett företag sponsrade en kommun med 14 väderskydd och tolv papperskorgar till en kostnad av 4-5 miljoner. Som tack fick företaget sätta upp fyra gigantiska reklamtavlor i kommunen. Kostnaden för kommunen blev den uteblivna markhyran för marken som företaget utan avgift fick använda till sina reklamskyltar.

I konferensfallet gick den upphandlande enheten långt utöver vad NOU skulle vilja definiera som en upplysning om att ett visst företag sponsrat den



upphandlande enheten. I praktiken fick de sponsrande företagen göra omfattande reklam för sin verksamhet. Även vad avser den kommunala ishallen, anser NOU att kommunen passerat gränsen för att endast upplysningsvis informera om att företaget i fråga sponsrat kommunen/ishallen. Det sista fallet omfattas även det av LOU, eftersom en bytessituation uppstår när kommunen efterskänker hyran för marken. Endast de fall där ett företag gav böcker till ett bibliotek och det fall där museet på sin yttervägg endast informerade om sponsorn faller utanför reglerna i LOU.

#### 4.2.2 Bidrag med kontanta medel

Avtal om bidrag med kontanta medel kan delas in i två kategorier, dels när givaren ställer krav på varor och tjänster i utbyte, dels när givaren ställer krav på att den upphandlande enheten använder de kontanta medlen till köp från denne eller från annan av honom utpekad. För att avgöra om avtalet ska upphandlas enligt LOU måste den upphandlande enheten skilja på dessa två situationer.

Vad som även bör uppmärksammas här är att upphandling av finansiella tjänster naturligtvis aldrig kan betraktas som sponsring med kontanta medel.

##### 4.2.2.1 Krav på varor/tjänster

Som redovisats under *avsnitt 3.2*, omfattas inte en upphandlande enhets försäljning av reglerna i LOU. Under förutsättning att någon endast bidrar med kontanta medel, behöver således någon upphandling enligt reglerna i LOU inte genomföras, även om givaren ställer krav på varor/tjänster som motprestation från den upphandlande enheten.

Ett exempel är att ett företag med kontanta medel bidrar till att ett museum ska kunna anordna en särskild utställning. För detta erhåller företaget ett antal biljetter till utställningar, specialvisningar och får vid något tillfälle använda museets lokaler för sin personal. Ett annat exempel är när ett företag donerar kontanta medel till en skola och i gengäld får sätta upp en reklamskylt på skolans område.

I det första fallet handlar det om försäljning av biljetter och visningar samt om uthyrning av lokal (som tidigare nämnts behandlas frågan om avgiftsförordningen (1992:191) inte av NOU). I det andra fallet handlar det om försäljning av reklamplats.

##### 4.2.2.2 Villkorade bidrag

Om någon bidrar till en upphandlande enhet med kontanta medel, men kräver att enheten använder medlen för inköp av dennes eller någon av denne utpekades varor och tjänster, ska dessa varor och tjänster upphandlas enligt reglerna i LOU.

Ser man till de faktiska omständigheterna överlämnas bidraget till den upphandlande enheten varefter denne köper varor eller tjänster av t.ex. givaren. Eftersom det inte har betydelse varifrån den upphandlande enheten erhållit sina medel, ska LOU alltid tillämpas när denne köper varor eller tjänster, se avsnitt 3.2.

Även de avtal i vilka den upphandlande enheten förbinder sig att vid framtida införskaffningar handla vissa varor eller tjänster endast av givaren eller av den utpekad annan leverantör, utgör avtal vilka skall upphandlas enligt LOU, se även avsnitt 4.2.1.

LOU blir tillämplig även i de fall en givare dels erhåller t.ex. biljetter, dels begär att den upphandlande enheten köper varor eller tjänster från denna eller någon annan, en form av blandad sponsring. Som redovisats i *avsnitt 3.2* innehåller lagen inte någon överviktsprincip i detta hänseende.

Att en givare i sin reklam upplyser om att den har bidragit till t.ex. en konstutställning som en upphandlande enhet ordnar, innebär normalt inte i sig att den upphandlande enheten köper reklamtjänster. Sådana upplysningar kan, om de blir omfattande och innebär att ett företag annonserar för att göra reklam för den aktuella utställningen (t.ex. med en notis om att denne är sponsor), innebära att LOU blir tillämplig, om företaget kräver motprestation för annonseringen, t.ex. i form av varor eller tjänster. Utan krav på ersättning får sådan annonsering ses som en gåva av varor/tjänster.

### **4.3 Ensidigt förpliktande avtal**

#### *4.3.1 Gåvor*

Avtal avseende gåvor, oavsett om dessa består av kontanta medel, varor eller tjänster, i vilka inte krävs någon form av motprestation, omfattas inte av reglerna i LOU. Det framgår av definitionen i LOU av begreppet ”upphandling”, där det krävs att ett avtal innehåller ekonomiska villkor av *ömsesidig karaktär* för att det ska omfattas av lagen, se *avsnitt 3.2*. Såsom tidigare nämnts omfattar inte denna kartläggning huruvida gåvor till det allmänna kan omfattas av den svenska regleringen om mutor.

En upphandlande enhet kan erhålla gåvor från fristående personer. Till exempel kan en avliden person ha testamenterat sin konstsamling till ett museum eller ett läkemedelsföretag kan vilja donera medicinsk utrustning till ett sjukhus. Det har också förekommit att dataföretag velat donera datorer till skolorna i en kommun.

Vad den upphandlande enheten dock ska beakta är situationen där någon donerar kontanta medel, för att sedan kräva att den upphandlande enheten köper en viss vara eller tjänst för dessa medel, oavsett av vem. Som redovisats under *avsnitt 4.2.2*, är en sådan gåva inte möjlig för en upphandlande enhet att acceptera. LOU blir dock inte tillämplig om gåvogivaren istället själv köper den aktuella

tjänsten/varan för att sedan skänka denna till den upphandlande enheten utan krav på motprestation.

#### 4.4 Övriga avtalsvarianter

##### 4.4.1 Upphandlande enheters uppdragsverksamhet

I Riksdagens revisorers rapport om sponsring<sup>13</sup> beskrivs uppdragsverksamhet som försäljning av produkter som är frivilligt efterfrågade som exempelvis konsult- och utbildningstjänster. I *avsnitt 3.2* konstateras att LOU inte är tillämplig på den försäljning som en upphandlande enhet gör. Under förutsättning att den ersättning den upphandlande enheten får för sin uppdragsverksamhet endast består av kontanta medel, är LOU således inte tillämplig.

Om däremot den upphandlande enheten får varor och/eller tjänster i utbyte som betalning för sin uppdragsverksamhet, blir LOU tillämplig. En upphandlande enhet hamnar då i en bytessituation, vilken innebär att den i praktiken betalar för de varor eller tjänster den erhåller genom att t.ex. tillhandahålla konsult- eller utbildningstjänster, se *avsnitt 4.2.1*.

##### 4.4.2 Samarbetsavtal

I en kartläggning av under vilka förutsättningar LOU är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter är det ogörligt att redovisa alla de former av samarbetsavtal som kan förekomma mellan en upphandlande enhet och en annan person. De organisationer som omfattas av LOU är huvudsakligen de vilka utgör en del av staten eller vilka inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse<sup>14</sup>. När sådana organisationer ingår samarbetsavtal, ska således syftet med avtalet vara att täcka något behov i det allmännas intresse.

Utgångspunkten blir därmed att de flesta typer av samarbetsavtal vilka en upphandlande enhet ingår ska upphandlas enligt LOU. Som ovan redovisats i *avsnitt 3.2*, har det heller ingen betydelse hur en upphandlande enhet erhållit sina medel för att LOU ska bli tillämplig.

De två huvudtyper av samarbetsprojekt mellan en upphandlande enhet och annan person som enligt NOU:s bedömning kan vara aktuella att kommentera ur sponsringssynpunkt är när någon bidrar till ett projekt som den upphandlande enheten bedriver och när en upphandlande enhet tillsammans med en annan person bildar en tredje juridisk person, i vilken parterna bedriver ett gemensamt projekt.

<sup>13</sup> Rapport 2000/01:13 Sponsring av statliga myndigheter s. 25.

<sup>14</sup> I försörjningssektorerna omfattas även vissa andra organisationer, se 4 kap. 1 § LOU.

### **Samarbete avseende projekt ordnat av en den upphandlande enheten**

Som redovisats i *avsnitt 3.2*, finns i LOU ingen överviktsprincip när en upphandlande enhet och annan person beslutar att driva ett gemensamt projekt, t.ex. gemensamt organisera en konferens. Alla varor och tjänster som helt eller delvis finansieras av den upphandlande enheten ska upphandlas enligt LOU. Endast de varor och tjänster som helt finansieras av den andra personen kan anskaffas utan offentlig upphandling. Varor och tjänster som finansieras gemensamt ska upphandlas enligt LOU.

### **Samarbete avseende juridiskt fristående projekt**

I det fall en upphandlande enhet tillsammans med en annan bildar en juridisk person, vilken inte är en upphandlande enhet, kan resultatet bli att de varor och tjänster som köps för medel som tillskjutits av den upphandlande enheten inte behöver upphandlas enligt LOU. Förutsättningen är att den juridiska personen inte uppfyller definitionerna i 1 kap. 5 § resp. 4 kap. 1 § LOU.

#### *4.4.3 Koncessioner*

Vissa upphandlingssituationer kan vid närmare granskning visa sig vara koncessioner. I LOU definieras koncession som ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättningen för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning<sup>15</sup>. I LOU finns således endast regler vad avser byggkoncessioner<sup>16</sup>. Anledningen till det är att nu gällande EG-direktiv inte innehåller någon definition på eller några regler avseende tjänstekoncessioner. I de av EU-rådet föreslagna direktiven har införts en definition även för sådana koncessioner, vilken i allt väsentligt motsvarar innehållet i definitionen för byggkoncessioner.

EG-domstolen slog fast i mål C-324/98 *Telaustria* att tjänstekoncessioner omfattades av direktivens om offentlig upphandling reglering, men inte av de specifika regler som fanns i dessa. Domstolen menade att de upphandlande enheterna vid upphandling av tjänstekoncessioner var tvungna att ta hänsyn till fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. 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. Skyldigheten syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen är så pass offentlig som

<sup>15</sup> Se definitionerna i 1 kap. 5 § LOU.

<sup>16</sup> Se 3 kap. 6-8 §§ LOU.

möjligt så att tjänstemarknaden verkligen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska<sup>17</sup>.

#### *4.4.3.1 Koncession kontra sponsring*

Vissa typer av sponsring kan vid närmare granskning visa sig vara koncessioner. Både bygg- och tjänstekoncessioner kan vara aktuella. En byggkoncession består i att en leverantör bekostar och bygger en viss anläggning åt den upphandlande enheten och får rätt att för en viss längre tid utnyttja anläggningen kommersiellt, till exempel byggandet av en bro, för vilken leverantören har rätt att ta ut avgift av användarna. Eftersom leverantören bekostar byggandet av bron, skulle det kunna ses som att denne sponsrar den upphandlade enheten med kostnaden för bron. Om det i avtalet finns en rätt för leverantören att kommersiellt utnyttja byggnationen, är det dock fråga om byggkoncession, inte sponsring.

Samma resonemang är tillämpligt vid tjänstekoncessioner. I ett exempel från verkligheten sponsrade ett företag en kommun med att kostnadsfritt underhålla busskurer vid busshållplatserna i kommunen. Som motprestation fick företaget för all framtid rätt att använda reklamutrymmet på kurerna för annonser. I denna situation är det inte en fråga om sponsring. Leverantörens rätt att utnyttja kurerna innebär troligen att avtalet är en tjänstekoncession. Kommunen borde ha annonserat upphandlingen av koncessionen och valt ut en leverantör på objektiva grunder.

Ovanstående exempel understryker ytterligare betydelsen av att den upphandlande enheten ordentligt utreder vad som ska införskaffas och på vilka premisser, innan den väljer anskaffningsform.

## **5. Skattelagstiftningen**

### **5.1 Till nytta för inkomsternas förvärvande**

I 16 kap. 1 § inkomstskattelagen (1999:1229), IL, återfinns den grundläggande regeln om vilka utgifter som kan dras av i inkomstslaget näringsverksamhet. Regeringsrättens avgöranden i rättsfallen RÅ 2000 ref. 31 I och II innebär att ett företag får göra avdrag för de utgifter det har för sponsring under förutsättning att värdet av det han erhåller, vilket ska ha en anknytning till hans verksamhet, motsvarar hans utgifter. Det han sponsrar med utöver värdet av motprestationen betraktas som gåva, vilken inte är avdragsgill.

---

<sup>17</sup> För ytterligare information om tjänstekoncessioner vid offentlig upphandling, se NOU:s yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap, dnr 2000/0339-22, vilket återfinns på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se).

Sponsring som motsvarar någon form av personalkostnad för sponsorn, t.ex. att personalen får teaterbiljetter eller specialvisningar av en konstutställning, får enligt ovan nämnda regeringsrättsavgöranden anses utgöra en sådan ersättning som har anknytning till ett företags verksamhet.

I 16 kap. 9 § IL återfinns en möjlighet för ett företag att göra avdrag för utgifter för forskning och utveckling. Bestämmelsen innebär att avdragsmöjligheter föreligger så länge forskningen sker inom den näringsgren i vilket företaget bedriver sin verksamhet. Någon direkt anknytning till företagets egna verksamhet krävs således inte vid sponsring till forskning och utveckling, utan det är här tillräckligt att forskningen har eller kan få betydelse för företagets verksamhet.

## 5.2 Gåva

I 9 kap. 2 § IL finns ett uttryckligt avdragsförbud för gåva. Det finns vissa undantag, typ reklamgåvor och gåvor som har karaktär av personalkostnader. De tre rekvisiten för att avgöra om en viss transaktion är en gåva är förmögenhetsöverföring, frivillighet och gåvoavsikt.

## 5.3 Avdragsmöjligheter vid sponsring

Huvudregeln i den svenska skattelagstiftningen är att gåvor inte får dras av medan avtal som innebär att företaget erhåller motprestationer motsvarande värdet av de sponsrade kontanta medlen, varorna eller tjänsterna får dras av, under förutsättning att det han sponsrar har anknytning till hans verksamhet. I praktiken innebär det att ett företag kan få avdrag för sina utgifter för sponsring med den del som det erhåller motprestationer som anknyter till dess verksamhet, medan det nekas avdrag för resterande del.

Vad avser bidrag med endast kontanta medel har, som ovan angetts i *avsnitt 4.3*, NOU konstaterat att avtal om sådana bidrag som huvudregel inte behöver upphandlas enligt LOU. Avdragsmöjligheterna enligt IL saknar således i detta hänseende betydelse.

Varje fall där ett företag kan komma att få göra skatteavdrag, oavsett storleken på avdraget, innebär att sponsringen i sin helhet ska upphandlas enligt LOU. Som konstaterats i *avsnitt 3.2* finns i LOU inga undantag för upphandlingssituationer där endast en del av en aktuell upphandling av varor eller tjänster omfattas av LOU. Någon sådan ”överviktsprincip” existerar således inte. Det innebär att även om ett avtal om sponsring delvis består av gåvor, delvis består av betalning för erhållna varor/tjänster för vilka sponsorn kan göra avdrag, ska avtalet upphandlas enligt LOU. I denna situation kan således reglerna i IL vara till hjälp vid avgörandet om ett avtal ska upphandlas enligt LOU.

Vid sponsring med varor och tjänster blir det dock i praktiken omöjligt för en upphandlande enhet att göra en tillförlitlig bedömning av i vilka fall ett företag kommer att få göra avdrag för sin sponsring enligt reglerna i IL. För detta krävs dels god kännedom om svensk skattelagstiftning, dels en förmåga att exakt uppskatta värdet både på de varor eller tjänster som sponsras och på den upphandlande enhetens del av ett ömsesidigt förpliktande avtal. Slutsatsen blir att det enligt NOU:s uppfattning inte är möjligt att avgöra om ett avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU endast genom att bedöma avdragsmöjligheterna i den svenska skattelagstiftningen.

## **6. EG-kommissionen och övriga EG/EES-länder**

### **6.1 Sammanfattning av NOU:s undersökning**

För att utröna hur övriga länder vilka omfattas av reglerna i EG-direktiven om offentlig upphandling har löst frågan om offentlig upphandling och sponsring, har NOU ställt tre frågor till samtliga medlemsländer i EG samt till Norge. Samma frågor har även ställts till EG-kommissionen. I brevet beskrevs även bakgrunden till frågorna, dvs. att NOU på uppdrag av Sveriges regering utredde frågan huruvida sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter ska upphandlas enligt LOU.

Sammanfattningsvis kan konstateras att inga av de länder som svarat har infört specifika regler för offentlig upphandling av avtal om sponsring. De länder som har studerat frågan närmare har konstaterat att deras nationella lagstiftning är tillräcklig, så länge begreppet sponsring definieras i förhållande till de nationella upphandlingsreglerna. De anser även att det är viktigt att de upphandlande enheterna undersöker varje förslag till sponsringsavtal för sig.

EG-kommissionen kommer under 2003 att publicera en grönbok om PPP (public private partnerships). NOU kommer att översända en kopia av denna kartläggning till EG-kommissionen, i förhoppningen att frågan om sponsring tas upp i utredningen.

### **6.2 NOU:s frågor och erhållna svar**

De tre frågorna NOU ställde var följande:

1. Ska sponsring av upphandlande enheter i Ert land upphandlas enligt EG:s regler om offentlig upphandling?
2. Har Ert land infört någon lag eller författning vilken reglerar frågan om huruvida avtal om sponsring ska/ska inte upphandlas i enlighet med EG:s direktiv om offentlig upphandling? Finns det några planer på att införa sådana regler?

3. Har frågan om huruvida sponsring av upphandlande enheter ska/ska inte upphandlas enligt EG:s direktiv om offentlig upphandling varit föremål för diskussion i Ert land?

NOU har fått svar från Belgien, Danmark, Finland, Holland, Norge, Storbritannien, Tyskland och Österrike samt av EG-kommissionen. Nedanför redovisas en kort sammanställning av varje lands svar.

#### *Belgien*

Belgien har svarat att alla köp av varor och tjänster som görs av upphandlande enheter ska upphandlas enligt EG-direktiven, oavsett varifrån den upphandlande enheten erhållit sina medel.

#### *Danmark*

Danmark har meddelat att ensidiga kontrakt, i form av gåvor, inte omfattas av dess upphandlingsregler. Om gåvan består av kontanta medel, omfattas den inte av reglerna om offentlig upphandling endast för att givaren får sitt namn omnämnt i t.ex. ett teaterprogram.

Danmark menar att problem kan uppstå om det som skänks består av varor, producerade av givaren, vilken uppnår en ekonomisk fördel t.ex. i form av reklamplats. Är det fråga om ett ömsesidigt kontrakt, betalar myndigheten för det den erhåller. Det står inte i EG-direktiven att den upphandlande enheten måste betala med kontanta medel, utan det avgörande är om motprestationen har ett ekonomiskt värde för sponsorn. I förhållande till tröskelvärdena för offentlig upphandling beräknas värdet av kontrakten till värdet av det som sponsorn sponsrar den upphandlande enheten med, eftersom det kan vara vanskligt att beräkna t.ex. värdet av den marknadsföring han erhåller.

Vissa fall av sponsring kan ha drag av koncessionsavtal, t.ex. då det handlar om uthyrning av reklamplats.

#### *Finland*

Finland har meddelat att de inte har några lagregler avseende offentlig upphandling av sponsring. Det har heller inte förekommit några officiella diskussioner avseende frågan. Under år 2000 utarbetades en rapport av Finansministeriet, vilken endast delvis berörde frågan om offentlig upphandling. Rapporten finns endast tillgänglig på finska.



*Holland*

Holland har endast svarat att de inte har några regler avseende sponsring av upphandlande enheter.

*Norge*

Norge meddelade att de inte har några regler avseende offentlig upphandling av sponsring. I Norge anser man att sponsring endast med kontanta medel inte omfattas av EG-reglerna. Om sponsringen består av varor eller tjänster, menar Norge att det är nödvändigt att undersöka karaktären av den upphandlande enhetens prestationer. Det har inte förekommit någon diskussion av frågan, men en situation som liknande sponsring har tidigare av Närings- och handelsdepartementet ansetts vara en tjänstekoncession.

*Storbritannien*

Storbritannien svarade att de inte har några lagar eller förordningar som reglerar om sponsring av statliga myndigheter med varor eller tjänster ska upphandlas. Inom den statliga sfären finns interna riktlinjer för sponsring, men dessa kunde tyvärr inte lämnas ut.

*Tyskland*

I Tyskland finns inga lagregler om sponsring av upphandlande enheter. Det har heller inte förekommit några diskussioner avseende frågan. Tyskland menar att, vid sponsring av upphandlande enheter, dessa inte köper varor eller tjänster utan tillhandahåller tjänster mot betalning. Om ersättningen utgörs av kontanta medel omfattas transaktionen inte av EG-direktiven om offentlig upphandling.

*Österrike*

Österrike har inga specifika regler vad avser sponsring av upphandlande enheter, men sponsringen ska upphandlas om den omfattas av definitionen av offentlig upphandling i den österrikiska lagstiftningen om offentlig upphandling. I de flesta fall väljer parterna andra samarbetsformer, typ koncessioner eller PPP:s. Det finns inga planer på att införa nya regler om upphandling av sponsring och det har heller inte förts några officiella diskussioner i frågan.

### *EG-kommissionen*

EG-kommissionen meddelar att den inte har antagit någon formell ståndpunkt vad avser offentlig upphandling av sponsring. Däremot menar kommissionen att om den upphandlande enheten inte direkt eller indirekt betalar leverantören av varorna/tjänsterna, föreligger inte något upphandlingskontrakt. Kommissionen menar dock att när en myndighet väljer ut sponsorer för en tilldragelse, måste den respektera EG-rättens grundläggande principer, särskilt principen om icke-diskriminering och principerna om varor och tjänsters fria rörlighet.

EG-kommissionen meddelar också att den avser att publicera en grönbok om ”public private partnerships” under 2003. Frågan om sponsringskontraktens förhållande till reglerna om offentlig upphandling kan då komma att delvis belysas.

## **7. Riksdagens revisorers granskning**

### **7.1 NOU:s analys**

I Riksdagens revisorers rapport 2000/01:13 Sponsring av statliga myndigheter har revisorerna i fallstudier specialgranskat fyra statliga myndigheter, vilka har/har haft olika typer av avtal om sponsring. Revisorerna har i första hand granskat myndigheternas policy för sponsring och hur samarbetet mellan myndigheten och sponsorererna reglerats i avtal och endast delvis berört frågan huruvida dessa avtal borde ha upphandlats enligt LOU. De berörda myndigheterna är Naturhistoriska riksmuseet, Moderna Museet, Statens försvarshistoriska museer – Armémuseum och Finansinspektionen.

För att ytterligare åskådliggöra när LOU är tillämplig vid olika situationer av sponsring, har NOU analyserat de specialgranskningar Riksdagens revisorer redovisar i nämnda rapport. Analysen syftar inte i sig till att kritisera de berörda myndigheterna, utan endast till att ge läsarna av denna kartläggning en möjlighet att se hur NOU anser att de regler i LOU som redogjorts för ovan bör tillämpas i verkliga fall.

### **7.2 Naturhistoriska riksmuseet**

Under år 2000 hade museet ett tiotal gällande avtal om sponsring från vilka det utföll kontanta medel och varor. Värdet av de kontanta medlen var 2,74 miljoner kronor och värdet av varor genom s.k. barteravtal var ca 175 000 kr. Värdet av övriga varor och tjänster museet erhöll under året uppgick till ca 300 000 kr. Inget av avtalen om sponsring har upphandlats enligt LOU.

Två fall, där museet haft utställningar vilka delvis bekostats av sponsorer, redovisas i det följande.

### 1. Rymdutställning

I det första fallet genomförde museet en marknadsföringsåtgärd i ett köpcentrum med stöd från andra företag och myndigheter, vilket uppgick till ca 300 000 kr. Inga uttryckliga krav på motprestationer ställdes från sponsorerna. Givarnas namn exponerades under marknadsföringsåtgärden.

### **NOU:s bedömning**

Vad NOU förstår utgick inte någon faktiskt ersättning från museet. Museets enda åtgärd var att exponera givarnas namn. Enligt NOU:s resonemang under *avsnitt 4.3* omfattas inte avtalen av reglerna i LOU.

### 2. Den sinnrika människan

I det andra fallet skrev museet avtal med tre sponsorer inför utställningen Den sinnrika människan. Enligt avtalen erhöll museet kontanta medel till ett värde av totalt 2,75 miljoner kronor. Museet erhöll även ett bidrag om 2 miljoner kronor från en privat stiftelse.

Vad avser de tre avtalen om sponsring var innehållet tämligen likartat. Museet erhöll kontanta medel mot att det erbjöd företagen exponering och en möjlighet att förstärka marknadsföringen av företagen. Detta skedde genom att respektive varumärke med tillhörande text exponerades vid entrén och utgången till utställningslokalen. Företagens logotyper med tillhörande text publicerades på det affischmaterial som framställts för marknadsföringen av utställningen, vid annonsering i dags- och fackpress. Därutöver skedde exponering på reklam i tunnelbanan vid lanseringen och relanseringen av utställningen samt på museets webbplats. Övriga förmåner som erbjöds företagen var att t.ex. kostnadsfritt utnyttja museets lokaler. Företagen fick även ett angivet antal fribiljetter till utställningen samt till Cosmonova. Museet gav även företagen möjlighet att kostnadsfritt visa utställningen för anställda och kunder.

Företagen förband sig å sin sida att stödja marknadsföringen av utställningen på sin webbplats och i annan annonsering då så var lämpligt.

Ett av de tre företagen erbjöds exklusivitet, dvs. museet förband sig att inte skriva avtal om sponsring med något annat företag inom samma bransch.

## **NOU:s bedömning**

De tre företag som museet skrev avtal med har endast bidragit med kontanta medel. Som redovisats i *avsnitt 4.3* omfattas sådana avtal inte av reglerna i LOU. Om de givande företagen i sin reklam gått utöver att endast upplysa om sina bidrag till museets utställning, kan det vara fråga om reklamtjänster åt en upphandlande enhet som den bör upphandla, se *avsnitt 4.2.1*.

De kontanta medel museet erhöll från en privat stiftelse var en gåva som, enligt NOU:s redovisning i *avsnitt 4.3*, inte omfattas av reglerna i LOU.

Sammantaget gör NOU bedömningen att de ovannämnda avtalen som redovisats av Riksdagens revisorer avseende Naturhistoriska riskmuseet inte behövde upphandlas enligt LOU.

## **7.3 Moderna Museet**

Under år 2000 hade museet gällande avtal om sponsring genom vilka museet erhöll kontanta medel, varor och tjänster. Värdet av de kontanta medlen var ca 1,3 miljoner kronor och värdet av varor genom s.k. barteravtal var ca 1,8 miljoner kr. Värdet av de övriga varor och tjänster museet erhöll under 2000 redovisas inte, men var enligt museet större än sponsringen i kontanta medel.

Avseende Moderna Museet redovisar revisorerna i huvudsak det avtal om sponsring som ingåtts mellan museet och SAS. Museet har/har dock även haft ett treårigt avtal med ett konsultföretag som har/har haft i uppdrag att förmedla sponsring till museet. Museet har även, enligt revisorernas granskning, uppgett att det i första hand söker svenska sponsorer.

### **1. Avtal om sponsring med SAS**

Museet har i granskningen angetts ha tecknat avtal om sponsring med SAS för tiden 1999-2001, utan att avtalet upphandlats enligt LOU. Avtalet betecknades som ett avtal om sponsring, men innefattade även uppdragsverksamhet med inslag av sponsring. Genom avtalet fick museet flygbiljetter och flygfrakter till ett sammanlagt värde om 1 500 000 kr för hela samarbetsperioden, dvs. 500 000 kronor per år. För rese- och transportkostnader utöver detta åtagande fick museet rabatt på resor och frakter enligt förutbestämda procentsatser. SAS åtog sig även att exponera samarbetet med museet i tidtabeller och annat informationsmaterial.

Museet å sin sida åtog sig att under avtalsperioden exponera samarbetet med SAS för allmänheten i museets lokaler och i samtliga kataloger, övriga trycksaker samt informationsmaterial. I all pressinformation och även i andra publika sammanhang skulle SAS omnämnas som officiell samarbetspartner till museet. SAS garanterades exklusivitet, på det sättet att museet förband sig att inte sluta

avtal med annan part som bedrev konkurrerande verksamhet med SAS. Därutöver åtog sig museet att beställa alla museets flygresor och frakter under samarbetsperioden genom SAS och att försöka påverka att frakter av utlandslån av konstverk som bekostas av andra museer fraktades av SAS. Förutom det nu nämnda, åtog sig museet en rad övriga motprestationer. SAS fick t.ex. enligt avtalet fem gånger per år tillgång till museets lokaler för representation inklusive visning då museet var stängt för allmänheten. SAS fick även för egen del disponera hela museet en heldag per år. Sponsorkort, fribiljetter och specialvisningar för företaget var annat som museet förband sig att tillhandahålla.

I avtalet gavs museet även exklusiv rätt att medverka vid konstnärlig utsmyckning av SAS lounges på flygplatser runt om i världen, vilket innebar utsmyckning av fyra till fem lounges per år under avtalsperioden. Museet erhöll 120 000 kronor per lounge för inköp av konst, inramning, packning, transport och försäkring fram till Arlanda flygplats. Museet svarade även för arbete inför utsmyckningen och upphängningen av konstverken. Museet fakturerade SAS för konst, utfört arbete, kostnader för resor och traktamenten och hotell.

Den konst som köptes in skulle doneras av SAS till museet efter senast tre år. Konstverken i fråga skulle enligt avtalet, utan tidsbegränsning, i alla sammanhang av museet presenteras på ett sådant sätt att det framgick att de hade förvärvats i samarbete med SAS.

### **NOU:s bedömning**

Moderna museets avtal med SAS var ett omfattande avtal med flera olika moment. Det framgår klart av ovanstående att SAS hade krav på motprestationer från museet för de flygresor och frakter som bolaget sponsrade med. Vad som förelåg var således ett bytesavtal, vilket enligt NOU:s redovisning i *avsnitt 4.2.1* skulle ha upphandlats enligt LOU. Oavsett om avtalet kallades samarbetsavtal, innebar det rent faktiskt att museet köpte flygresor och frakter genom att betala med inträdesbiljetter, sponsorkort, specialvisning, lokaluthyrning etc. Att avtalet även innebar att museet sålde tjänster avseende utsmyckning påverkar inte huruvida avtalet skulle upphandlas enligt LOU, eftersom dessa tjänster får anses vara antingen betalning för flygresor och frakter eller betalning för de konstverk som SAS skänkt/ska skänka till museet.

Enligt NOU:s mening står det i strid med principerna om icke-diskriminering och likabehandling att förbinda sig att beställa flygresor och frakter utan att ha genomfört ett upphandlingsförfarande.

En förbindelse att informera om att något förvärvats från en viss leverantör innebär inte i sig att reglerna i LOU blir tillämpliga, se *avsnitt 4.2.1*. Enbart en upplysning avseende gåvogivare kan enligt NOU inte anses utgöra betalning för erhållen vara eller tjänst.

## 2. Konsult för sponsorsförmedling

Avtal med konsultföretaget för att förmedla sponsring till en upphandlande enhet, där ersättningen till företaget utgår i form av provision på den sponsring som flyter in i kontanta medel, ska enligt NOU:s uppfattning upphandlas enligt LOU.

## 3. Svenska företag i första hand

I sammanhanget kan nämnas att i de fall avtal om sponsring ska upphandlas enligt LOU är det inte tillåtet att lämna företräde för svenska sponsorer. Ett sådant förhållningssätt bryter direkt mot LOU:s huvudregel i 1 kap. 4 § LOU, i vilken anges att all offentlig upphandling ska ske utan ovidkommande hänsyn. Se även EG-kommissionens svar på NOU:s frågor i *avsnitt 6.2*.

## 7.4 Statens försvarshistoriska museer - Armémuseum

Under år 1999 upprättade museet ett avtal med ett privat företag avseende utförande av en manifestation, ett evenemang som skulle pågå i fyra dagar till firandet av museets öppnande år 2000, efter ombyggnation. Avtalet tecknades utan föregående upphandling enligt LOU.

Företaget åtog sig att arrangera invigningen med en förlustgaranti om 400 000 kronor exkl. mervärdesskatt från museet som säkerhet. Företaget åtog sig hela risken för de överskjutande eventuella kostnaderna gentemot sina underleverantörer. Om evenemanget gick med vinst, skulle denna tillfalla museet. Hela evenemanget skulle enligt avtalet finansieras av sponsorer och biljettintäkter. Sponsorintäkterna beräknades uppgå till ca 3 miljoner kronor. Dessutom förväntades en viss sponsring genom produkter, t.ex. drycker.

Invigningen slutade med en stor förlust. Museet har enligt sin redovisning haft kostnader avseende invigningen med totalt 1.522 490 kr exkl. moms, drygt 1,1 miljoner kronor mer än vad myndigheten åtog sig enligt avtalet.

### NOU:s bedömning

Armémuseets avtal skiljer sig från revisorernas tidigare två granskningarna, på så sätt att Armémuseet inte självt ingått avtal om sponsring. Museet har istället anlitat ett företag som mot en förlustgaranti åtagit sig att ordna ett evenemang. Museets avtal med det privata företag som ordnade evenemanget borde ha upphandlats enligt LOU.

## 7.5 Finansinspektionen

Finansinspektionen åtog sig värdskapet för IOSCO:s konferens 2001, en organisation i vilken den är medlem. Myndigheten uppgav att konferenserna av tradition finansieras med deltagaravgifter, bidrag från arrangörslaget samt intäkter från några utvalda sponsorer.

Finansinspektionen budgeterade med intäkter från sponsring om maximalt 11,4 miljoner kronor och knöt till sig nio företag. Överläggningar med en organisation, vilken utsetts till huvudsponsor och samarbetspartner, inleddes redan 1998, när Finansinspektionen åtog sig värdskapet. Myndigheten förde sedan diskussioner med den organisationen om vilka ytterligare sponsorer som skulle vara tänkbara. Kontakter togs med ett utvalt antal större internationella verksamma institut. Skriftliga samarbetsavtal skrevs med samtliga nio sponsorer.

Av avtalen framgår att sponsorerna skulle bidra till konferensen med kontanta medel. I gengäld fick de sponsrande företagen/organisationerna stå som värd för en av måltiderna under konferensen och bli exponerade i konferenstrycksaker såsom program och menyer samt på konferensens webbplats. Sponsorerna fick även ha en egen monter uppställd på Stockholmsmässan under konferensen. I övrigt fick sponsorerna rätt att delta med 20 personer i konferensens öppna program inkl. lunch under tre dagar samt med mellan 10 och 20 personer vid en måltid där varje enskild sponsor fick vara värd.

### NOU:s bedömning

Av revisorernas granskning framgår att de sponsrande företagen endast bidrog med kontanta medel. Det framgår av NOU:s resonemang avseende sponsring med kontanta medel, där motprestation erhålls, i *avsnitt 4.3*, att de avtal som tecknades för sponsring av konferensen inte omfattades av reglerna i LOU.

## **8. Sponsring från det offentliga**

### **8.1 När det offentliga sponsrar**

Det förekommer att offentliga upphandlande enheter bidrar till andra juridiska personers verksamhet med kontanta medel, varor eller tjänster. LOU reglerar inte huruvida en upphandlande enhet ska sponsra en annan organisation eller inte. NOU kan därför inte ha synpunkter på det lämpliga i att offentliga upphandlande enheter sponsrar privata eller offentliga objekt. NOU finner det dock angeläget att påpeka att vad som ovan angetts gälla när en fristående person eller organisation sponsrar en upphandlande enhet, inte går att tillämpa vid det omvända förhållandet. En upphandlande enhet som sponsrar ett museum kan inte begära att museet ska tillhandahålla lokaler och specialvisningar, eftersom det då handlar om köp av tjänster, vilka omfattas av reglerna i LOU. Inte heller får en upphandlande enhet som sponsrar till exempel ett företag som bedriver turistinformation i gengäld kräva att företaget ska göra reklam just för sådant som gynnar enheten, eftersom det då handlar om upphandling av marknadsföringstjänster.

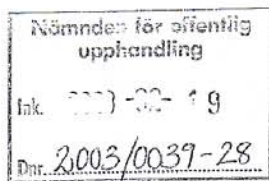
Det är således endast möjligt för upphandlande enheter att genom gåvor bidra till andra juridiska personer utan att LOU blir tillämplig på dessa avtal. Några krav på motprestationer är inte möjliga att ställa för de upphandlande enheterna.



BILAGA 1



Finansdepartementet



Regeringsbeslut 3  
2003-02-13 Fi2002/1153 (delvis)

Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012  
103 11 STOCKHOLM

Uppdrag att utreda vissa sponsringsfrågor

**Ärendet**

Riksdagen har med skrivelse (2001/02:176) överlämnat konstitutionsutskottets betänkande (2001/02:KU19), Sponsring av statliga myndigheter, till regeringen. Som underlag för riksdagens ställningstagande låg Riksdagens revisorers rapport med förslag angående sponsring av statliga myndigheter (2001/02:RR9).

**Utskottets förslag i korthet:**

- Regeringen bör ta ställning till vilka myndigheter eller vilka verksamheter som får finansieras med sponsring.
- Regeringen bör ta initiativ till att se över lagen om offentlig upphandling i syfte att klargöra hur den skall tillämpas i fråga om sponsring av varor och tjänster.
- Det krävs en tydlig definition av begreppet sponsring för att klargöra hur finansieringsformen skall hanteras inom statsförvaltningen.

Kulturdepartementet beslutade i regleringsbrevet för 2002 och 2003 om återrapporteringskrav avseende sponsring. Rapporteringen kommer att ske i myndigheternas årsredovisningar.

**Regeringens beslut**

Regeringen uppdrar åt Högskoleverket att kartlägga förekomsten av sponsring inom universitets- och högskoleområdet.

Regeringen uppdrar åt Statskontoret att  
- pröva och kommentera befintliga definitioner av sponsring i förhållande till det statliga myndighetsområdet samt lämna förslag till definition av begreppet sponsring,

2

- ta fram förslag till generella kriterier för sponsring för myndigheter eller verksamheter,
- sammanställa erfarenheter av sponsring av myndigheter från andra länder, samt
- göra de eventuella kompletterande kartläggningsinsatser som behövs för uppdragets genomförande.

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling att klarlägga under vilka förutsättningar lagen om offentlig upphandling är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter.

Högskoleverket och Nämnden för offentlig upphandling skall bedriva sina uppdrag i samråd med Statskontoret. Statskontoret skall samråda med Högskoleverket respektive Nämnden för offentlig upphandling i de delar av uppdraget som berör de aktuella myndigheterna. Statskontoret skall samråda med Statens kulturråd i de fall uppdraget kan komma att beröra kulturområdet särskilt. Statskontoret skall samråda med Ekonomistyrningsverket i redovisningsfrågor.

Högskoleverket skall redovisa sitt uppdrag senast den 30 juni 2003.

Statskontoret och Nämnden för offentlig upphandling skall redovisa sina uppdrag senast den 15 september 2003.

På regeringens vägnar

  
Bosse Ringholm

  
Anne Dahl

Likalydande till

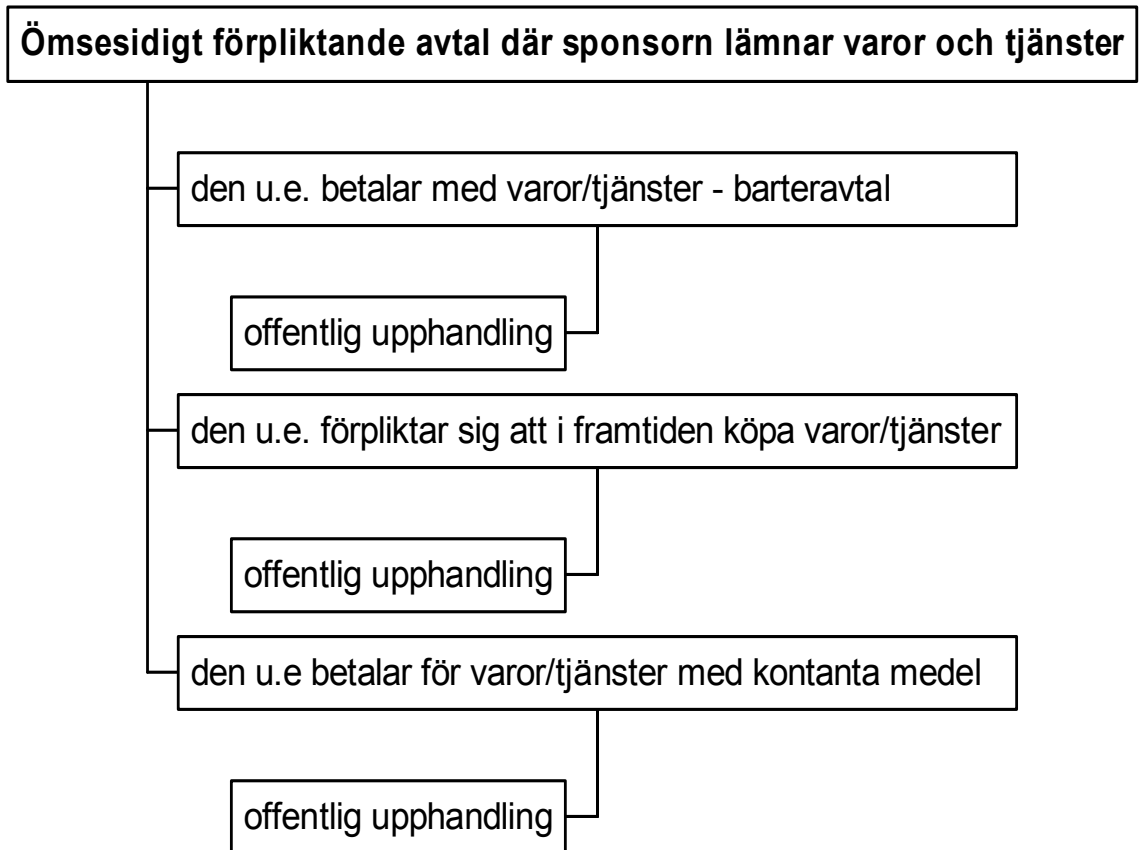
Högskoleverket  
Statskontoret

Kopia till

Statsrådsberedningen, Rätts  
Alla departement  
Utbildningsdepartementet, UH  
Kulturdepartementet, KA  
Finansdepartementet, F, RS, BA1 och BuS  
Statens kulturråd  
Ekonomistyrningsverket

BILAGA 2

Flödesscheman avseende offentlig upphandling och sponsring



**Ömsesidigt förpliktande avtal där leverantören lämnar kontanta medel**

den u.e. köper varor/tjänster för medlen

offentlig upphandling

den u.e. förpliktar sig att i framtiden köpa varor/tjänster

offentlig upphandling

den u.e. lämnar varor/tjänster - försäljning

ej offentlig upphandling

**Ensidigt förpliktande avtal där sponsorn bidrar med varor, tjänster eller kontanta medel**

gåva/donation

ej offentlig upphandling

Datum  
2002-11-27  
Ert datum

Vår beteckning  
2002/0147-28  
Er beteckning

## Information om upphandling av kött

Den europeiska kommissionen har uppmärksammat svenska myndigheter på det danska slakteriförbundets anmälan angående svårigheter för förbundets medlemmar att få tillträde till och sälja danskt kött på den svenska marknaden. Detta gäller i synnerhet svenska kommuners upphandling av kött till skolor och daghem. NOU har fått regeringens uppdrag att informera i NOU *info* om vilka regler som gäller vid upphandling av köttprodukter. Informationen har utarbetats i samråd med Svenska Kommunförbundet.

## Befintlig lagstiftning

Enligt EG-rätten är det inte tillåtet att ställa krav på ursprungsland, eftersom det kan utgöra kvantitativa importrestriktioner. Att i en upphandling ställa krav på att köttet skall vara svenskt står i strid med de bestämmelser i EG-fördraget som genom bl.a. en fri rörlighet av varor syftar till att skapa en inre marknad, t.ex. principen om ömsesidigt erkännande och det grundläggande diskrimineringsförbudet. Dessa regler återspeglas i huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstat skall godta varor och tjänster från andra aktörer i andra EU-länder om produkterna är jämförbara med dem som denna stat godkänner från inhemska producenter. Det är inte förenligt med LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling att i tekniska specifikationer eller kravspecifikationer hänvisa till särskild vara på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. EG-domstolen framhäver också principen om icke diskriminering, främst icke-diskriminering på grund av nationalitet, som en av de viktigaste principerna för offentlig upphandling.

Dessa grundläggande principer skall dock förenas med andra intressen och det finns vissa undantagsbestämmelser som kan bli gällande.

Med stöd av artikel 30 i Romfördraget kan importrestriktioner godtas exempelvis med hänsyn till intresset att skydda människors eller djurs hälsa eller liv. Sådana restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Artikel 30 riktar sig till medlemsstaterna i unionen och kan bara tillämpas temporärt i avvaktan på att gemenskapsåtgärder vidtas (se t.ex. Europeiska kommissionen mot Storbritannien och Nordirland angående undantag från reglerna om fri

rörlighet för varor med hänsyn till skydd av djurs hälsa, Newcastle Disease, C-40/82).

Enligt artiklarna 152 och 153 skall gemenskapen verka för en hög hälsoskyddsnivå inom bl.a. veterinär- och växtskyddsområdet som syftar till att skydda folkhälsan. Gemenskapen skall även främja konsumenternas intresse och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå till skydd för konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning.

Man kan således aldrig kräva att köttet skall vara svenskt. I vissa situationer får man dock ställa vissa tillåtna kvalitetskrav och då kan ursprungsmärkning användas som bevis om att köttet uppfyller sådana.

### **Hälsorisker och skyddsvärda intressen**

I det följande beskrivs några av de hälsorisker och andra skyddsvärda intressen såsom etiska frågor som under vissa omständigheter kan motivera avsteg från huvudregeln. Informationen har utarbetats av Svenska Kommunförbundet efter samråd med bl.a. Livsmedelsverket.

Exempel på allmänfarliga sjukdomar som kan påverka köttets kvalitet är BSE, (galna kosjukan) och Salmonella. Orsaken till BSE ligger i användningen av kadavermjöl som djurfoder. Smittämnet kan finnas i delar av kroppen som enligt ett EG-direktiv skall tas bort vid slakt och om köttet styckas på rätt sätt skall det inte finnas någon risk för att köttet är BSE-smittat. Salmonellasmitta i utländskt kött skall förhindras genom att kött från länder utanför EU provas vid våra gränskontrollstationer. Kött från EU-länder kontrolleras i avsändarlandet med avseende på salmonellasmitta och sedan gör man i Sverige stickprovskontroller för att se att garantin fungerar.

Främmande ämnen som kan påverka köttet är t. ex illegal användning av hormoner till djur. Det är förbjudet att använda hormoner, eller andra ämnen med hormonell verkan, i syfte att stimulera tillväxt och produktivitet hos livsmedelsproducerande djur inom EU. Den illegala användningen kan utgöra en hälsorisk för människor eftersom det inte finns någon möjlighet att påverka vilka ämnen som ges till djuren eller att ange karenstider. De substanser som cirkulerar är ofta av dålig kvalitet och kan innehålla okända föroreningar med okänd verkan. Andra främmande ämnen vilka kan medföra en hälsorisk är antibiotika som används i tillväxtbefrämjande syfte och vissa koccidiostatika såsom dimetridazol som används i förebyggande behandling mot koccidios.

Andra skyddsvärda intressen och etiska frågor är t.ex. nivån av djurskydd vid djurhållning och ekologisk produktion av kött som är reglerad i EU: s förordning 2092/91 bilaga C. Inom EU finns flera former av märkning av ekologiska matvaror men reglerna inte är homogena utan varierar från land till land. Grunden för ekologisk produktion är emellertid densamma, högt ställda krav på djurens

miljö och djurhållning. Märkningen av ekologiskt kött med bakomliggande direktiv kan sägas innebära ett bevismedel som garanterar efterfrågad kvalitet.

En annan form av bevismedel på att den efterfrågade kvaliteten är uppfylld kan reglerna om obligatorisk ursprungsmärkning ge. EU har sedan den 1 september 2000 haft regler för obligatorisk ursprungsmärkning av nötkött. Det obligatoriska märkningssystemet innebär att märkningsuppgifterna ska kunna spåras tillbaka till det led som upplysningen hänvisar till. Kött skall således kunna spåras i alla led i försäljningskedjan t.ex. från slakteri och styckningsanläggning vidare via importör eller grossist och slutligen i butik. Det är möjligt att märka nötkött med andra uppgifter än de som är obligatoriska enligt förordningen. Innan en frivillig märkning kan användas ska den godkännas av Livsmedelsverket.

Svenska Kommunförbundet har för avsikt att i cirkulär mer utförligt informera om ovanstående hälsorisker och problem. Cirkuläret kommer även att innehålla hänvisningar till myndigheter som kan lämna ytterligare information.

### **Slutsatser**

Sammanfattningsvis vill NOU framhålla att en upphandlande enhet inte kan kräva att kött skall vara svenskt, eftersom detta strider mot de grundläggande bestämmelserna i EG-rätten och således även mot svensk lag.

Vid upphandlingsförfarandet får en upphandlande enhet dock ställa relevanta krav på leverantören och kunna kräva att produktionen uppfyller vissa krav. Ovan har belysts de risker och problem som finns knutna till produktionen av kött. Det gäller BSE (galna kosjukan), salmonellasmittat kött, hormonbehandlat kött, antibiotikabehandlat djur, koccidios och grundläggande djurskyddsregler.

Vid behov torde en upphandlande enhet med åberopande av skyddet för folkhälsan i förfrågningsunderlaget kunna kräva att t.ex. köttet är garanterat smittofritt, att djur inte utfordras med kadavermjöl i synnerhet inte från sin egen ras (kannibalmjöl) och att köttet skall vara garanterat hormonfritt. Det är inte uteslutet att även krav på att antibiotika inte används i tillväxt-befrämjande syfte och förbud mot användandet av dimetridazol vid behandling av koccidios kan anses vara tillåtna krav.

Eftersom det finns bönder som även utanför Sverige producerar kött som uppfyller dessa krav, i synnerhet de som väljer att producera ekologisk mat, skall kraven ställas på produkten och inte på köttets ursprung.

Sverige har en lång tradition av att värna om djurens rättigheter. Under förutsättning att kraven inte snedvrider konkurrensen och att de inte är diskriminerande torde det vara tillåtet för den för den upphandlande enheten att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att det levererade köttet har producerats med en djurskydds nivå som motsvarar den inhemska marknaden. Det får inte antas att

det i andra länder inte finns köttproducerande bönder som väl lever upp till de krav vi ansett vara grundläggande i Sverige.

Om kommunen vill garantera än högre nivå av djurskydd och kvalitet är även upphandling av ekologiskt kött ett alternativ att beakta.

En upphandlande enhet torde i de tekniska specifikationerna kunna hänvisa till kriterier för miljömärken om kriterierna har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Kriterierna får dock inte utformas så att de strider mot principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster. Kriterierna skall således vara förenliga med de för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-fördragets regler om offentlig upphandling

Enligt EU-regler skall allt nötkött vara märkt med viss obligatorisk information. Det finns även en möjlighet att begära att kompletterande information lämnas och detta kan användas i ett upphandlingsförfarande för att garantera insyn och kvalitet om det finns behov som kan motivera ett sådant krav. Märkningen kan i vissa situationer således användas som bevis på att köttet uppfyller ställda kvalitetskrav.

För att visa att kraven verkligen är motiverade av den upphandlande enhetens behov bör enheten inte bara ställa krav i förfrågningsunderlaget utan även följa upp att leverantören uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och skrivits in i leverantörsavtalet.

Beslut om utformningen har fattats vid nämndsammanträde den 27 november 2002, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, rättsakkunniga Gunilla Hulting och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Linda Dahlström. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de ändringar som beslutats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström



Datum	Vår beteckning
2002-05-31	2002/0019-28
Era datum	Era beteckningar
2002-01-17	Fi2002/422
2002-03-27	Fi2002/422

Regeringen  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2002-01-17) tagit fram exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling. Vidare har NOU enligt tilläggsuppdrag (2002-03-27) utrett konsekvenserna för små företag vid tillämpningen av klausulexemplet. Uppdragen redovisas i den bifogade rapporten.

Beslut om utformning av rapporten har fattats vid nämndsammanträde den 23 maj 2002. Vid nämndsammanträdet deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, föredraganden Charlotte Hedberg och avdelningsdirektören Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredraget förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

### NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b><u>1 Sammanfattning</u></b>	<b>3</b>
<b><u>2 NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul</u></b>	<b>4</b>
<b><u>3 Uppdraget</u></b>	<b>6</b>
<u>3.1 Huvuduppdraget</u>	6
<u>3.2 Tilläggsuppdraget</u>	7
<b><u>4 Frågans tidigare behandling</u></b>	<b>7</b>
<b><u>5 Om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt</u></b>	<b>9</b>
<u>5.1 Vad är en antidiskrimineringsklausul?</u>	9
<u>5.2 Förutsättningar för användning av antidiskrimineringsklausuler</u>	9
<u>5.3 Vad ska man tänka på vid utformning av antidiskrimineringsklausuler?</u>	10
<u>5.4 I vilka upphandlingar kan antidiskrimineringsklausuler användas?</u>	11
<u>5.5 Var skall antidiskrimineringsklausuler anges?</u>	12
<u>5.6 Vad händer om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen?</u>	13
<u>5.7 Vad händer om leverantören bryter mot en antidiskrimineringsklausul under avtalstiden?</u>	13
<u>5.8 Vad gäller för underleverantörerna?</u>	16
<u>5.9 Kontroll av efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler</u>	17
<b><u>6 Konsekvenser för småföretagen</u></b>	<b>18</b>
<u>6.1 Allmänt om tilläggsuppdraget</u>	18
<u>6.2 Problembeskrivning</u>	18
<u>6.3 Metod</u>	18
<u>6.4 Redovisning av enkätsvar</u>	19
<u>6.5 Konsekvensbeskrivning</u>	21
<u>6.6 Slutsatser</u>	25
<b><u>7 Samrådsorganisationernas och NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.</u></b>	<b>27</b>
<u>7.1 Samråd</u>	27
<u>7.2 Sammanfattning av samrådsorganisationernas generella ståndpunkter</u>	27
<u>7.3 NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.</u>	29

## BILAGOR

1. Regeringsuppdraget
2. Tilläggsuppdraget
3. Rättsläget
4. Kort om antidiskrimineringslagarna och diskrimineringsombudsmännen
5. Enkät till små företag
6. Enkät till kommuner, landsting och statliga myndigheter

## 1 Sammanfattning

NOU har på uppdrag av regeringen utarbetat ett exempel på antidiskrimineringsklausul som kan användas i upphandlingskontrakt. NOU:s klausulexempel innebär att leverantören vid utförande av uppdrag i Sverige skall följa jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Mot bakgrund av EG-kommissionens tolkning av gemenskapsrätten anser NOU att klausulen inte kan omfatta varuupphandlingar.

Klausulexemplet innehåller en skyldighet för leverantören att vid vite skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen.

Bryter leverantören mot förpliktelserna i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget riskerar han att få betala avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer.

NOU har tagit fram en klausul som skall kunna ha en så generell tillämpning som möjligt i samband med upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som utförs i Sverige. Det ankommer dock alltid på den upphandlande enheten att besluta om antidiskrimineringsklausulens exakta utformning och lämplighet i den enskilda upphandlingen. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. För tolkning av och information omkring antidiskrimineringslagstiftningens tillämpning kan de upphandlande enheterna och leverantörerna söka råd och stöd hos diskrimineringsombudsmännen.

NOU:s klausul förutsätter att avtalsförhållandet är av viss varaktighet. Vidare reglerar den föreslagna klausulen enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som skriver under kontraktet. NOU:s klausul är utformad på sådant vis att den skall omnämnas i annonsen samt anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget och kontraktet.

## 2 NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul

### ***Viktigt att beakta***

- NOU:s klausulexempel bygger på att den upphandlande enheten dels omnämner antidiskrimineringsklausulen i annonsen, dels anger klausulen i fulltext i förfrågningsunderlaget.
- Klausulens fullständiga utformning skall ordagrant överföras till kontraktet.
- Om den upphandlande enheten avser att enbart skriva in klausulen i annonsen skall den fullständiga texten anges där.
- Vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU behöver klausulen anges endast i förfrågningsunderlaget.
- Klausulens lämplighet skall bedömas i varje enskild upphandling samt utformas mot bakgrund av myndighetens behov och det som upphandlas. Klausulen skall i § 3-4 kompletteras med procentsatser.

### ***Text i annonsen***

Den upphandlande enheten tillämpar en antidiskrimineringsklausul i kontraktet med leverantören. Klausulens lydelse anges i förfrågningsunderlaget.

### **Text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet**

- § 1** Leverantören skall vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.
- § 2** Leverantören är under uppdragstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1. Tiden för redovisning skall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.
- § 3** Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (x) procent av det prisbasbelopp, enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, som gäller vid avtalets tecknande om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Den upphandlande enheten får inte utkräva vite om det på annat sätt framstår som uppenbart att leverantören följer § 1.
- § 4** Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (y) procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår från dagen då redovisning skall ske enligt § 3 till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (z) procent av kontraktets värde.
- § 5** Vitet i §§ 2-3 förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

§§ 3-4 gäller endast om procentsatserna angivits.

- § 6** Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning, tfn +46-8-556 095 25.

Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

## 3 Uppdraget

### 3.1 Huvuduppdraget

#### 3.1.1 Ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler

Regeringen har den 21 januari 2002 beslutat att ge NOU i uppdrag (bilaga 1) att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas vid offentlig upphandling. Klausulerna skall enligt uppdraget utgöra exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud. Klausulerna skall vara förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG-fördragets bestämmelser.

#### 3.1.2 Avgränsning av uppdraget

Regeringen anger i prop. 2001/2002:142 att antidiskrimineringsklausuler utgör särskilda kontraktsvillkor för hur uppdrag skall genomföras.<sup>1</sup> Dessa villkor särskiljer sig från "vanliga" kontraktsvillkor såtillvida att de saknar direkt koppling till det som upphandlas eller till leverantörens förmåga eller lämplighet att leverera föremålet för upphandlingen. Mot bakgrund av nämnda proposition anser NOU att uppdraget inte kan omfatta möjligheten att ta antidiskrimineringshänsyn vid kvalificering av leverantörer eller såsom antidiskrimineringskrav i den tekniska kravspecifikationen. Uppdraget kan inte heller anses omfatta utformning av utvärderingskriterium som innefattar antidiskrimineringshänsyn. Därmed omfattar NOU:s klausulexempel t.ex. inte *lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan* (likabehandlingslagen) eller förbudet mot olaga diskriminering i *brottsbalkens 16 kap. 9 §*. De krav på likabehandling som regleras i likabehandlingslagen kan sannolikt ställas på anbudsgivaren i förfrågningsunderlagets kravspecifikation/uppdragsbeskrivning i samband med upphandlingar som högskolorna gör för att lägga ut verksamhet på entreprenad. Dessa krav kan i de flesta fall direkt kopplas till tjänstens eller entreprenadens utförande. Detsamma gäller beträffande den straffrättsliga bestämmelsen om olaga diskriminering som dock har ett vidare tillämpningsområde.

NOU anser att det är viktigt och angeläget att bekämpa diskriminering och att människor behandlas lika oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Att vid offentlig upphandling ställa sådana krav som inte har direkt koppling till det som upphandlas är dock något nytt för de upphandlande enheterna, deras

---

<sup>1</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

inköpare samt leverantörerna. Sannolikt behöver de allra flesta upphandlande enheter skaffa kompetens för att ställa och följa upp sådana krav.

Vidare anges i regeringsuppdraget att klausulexemplet skall vara förenligt med LOU och EG-fördragets bestämmelser. Allt detta sammantaget med regeringsuppdragets korta utredningstid har föranlett NOU att begränsa sitt klausulexempel till att omfatta krav på leverantören att följa gällande arbetsrättsliga antidiskrimineringslagar, vilka förmodas vara förenliga med gemenskapsrätten. NOU vill dock understryka att det är EG-domstolen som slutgiltigt avgör vad som är förenligt med EG-rätten.

Användningen av de föreslagna särskilda kontraktsvillkoren och NOU:s klausulexempel skall utvärderas senast två år efter det att regeln trätt i kraft.<sup>2</sup> I samband med denna utvärdering får NOU:s klausulexempel ses över och vid behov ändras.

### 3.2 Tilläggsuppdraget

Den 27 mars 2002 beslutade regeringen att uppdra åt NOU att göra en konsekvensanalys av användningen av antidiskrimineringsklausuler. Uppdraget avser en analys av de ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenserna för små företag som användningen av de av NOU framtagna klausulexemplen kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Inom uppdragstiden skall även samråd ske. Konsekvensanalysen redovisas i avsnitt 6.

NOU har beviljats förlängning av utredningstiden för båda uppdragen till den 31 maj 2002.

## 4 Frågans tidigare behandling

Möjligheten att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt har utretts i Sverige sedan mitten av 1990-talet. Frågan initierades av Diskrimineringsutredningen i betänkandet *Räkna med mångfald!*<sup>3</sup> som fick stöd av Utredningen om invandrares svårigheter gällande företagande i betänkandet *Invandrare som företagare*<sup>4</sup>.

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering*. I den anges att regeringen kommer att arbeta med inriktning

---

<sup>2</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 89.

<sup>3</sup> SOU 1997:174.

<sup>4</sup> SOU 1999:49.

mot att de möjligheter som kan finnas att använda antidiskrimineringsklausuler verkligen utnyttjas.

Upphandlingskommittén utredde i sitt slutbetänkande *Mera värde för pengarna*<sup>5</sup> de rättsliga möjligheterna att beakta antidiskrimineringshänsyn under upphandlingsprocessen och i upphandlande kontrakt. Något senare under samma år presenterade EG-kommissionen sin tolkning av gemenskapsrätten beträffande möjligheterna att beakta sociala hänsyn – däribland också antidiskrimineringshänsyn – i samband med offentlig upphandling.<sup>6</sup>

Möjligheterna att beakta mångfaldshänsyn i samband med offentlig upphandling har behandlats i rapporten *Mångfald och offentlig upphandling*.<sup>7</sup> Integrationsverket har också utrett frågan i rapporten *Ingen diskriminering med skattemedel!*<sup>8</sup>

Vidare har några statliga myndigheter, kommuner och landsting i Sverige tagit beslut om att använda antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Även fackförbund har utarbetat förslag till klausuler som innehåller antidiskrimineringshänsyn. Antidiskrimineringsklausuler har dock enligt inhämtade uppgifter hittills används i mycket begränsad omfattning vid upphandling i stat, kommun och landsting.

I Storbritannien och Danmark har man utrett respektive arbetat med möjligheterna att beakta antidiskriminerings- samt andra sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling som omfattas av gemenskapsrätten.<sup>9</sup> Någon utvärdering av detta arbete finns dock inte.

---

<sup>5</sup> SOU 2001:31.

<sup>6</sup> Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, Bryssel den 10.10.2001, KOM(2001)566 slutlig.

<sup>7</sup> *Mångfald och offentlig upphandling*, dnr 1997/0197-29, 2001-03-20. NOU har genom Michael Slavicek erhållit ett bidrag från VINNOVA för en fördjupad analys av möjligheterna att inom ramen för LOU ställa icke-ekonomiska krav på leverantörerna.

<sup>8</sup> *Ingen diskriminering med skattemedel! Avtalsklausuler mot diskriminering vid offentlig upphandling*, Integrationsverkets rapportserie 2000:7.

<sup>9</sup> Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, januari 2000 och Sociala klausuler i praksis, Ervervsministeiet, september 2000 och Commission for Racial Equality, Racial Equality and council contractors, juli 1998.



## 5 Om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

### 5.1 Vad är en antidiskrimineringsklausul?

En ny bestämmelse föreslås i LOU vilken anger att den upphandlande enheten får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras.<sup>10</sup> Denna bestämmelse bygger på EG-kommissionens tolkning av EG-domstolens praxis<sup>11</sup> samt de förslag till ändringar av upphandlingsdirektiven<sup>12</sup> som för närvarande är under utarbetande. Antidiskrimineringsklausuler utgör enligt regeringens förslag en form av särskilda villkor.<sup>13</sup>

Enligt propositionen och regeringsuppdraget är antidiskrimineringsklausuler t.ex. krav på leverantören att vid genomförandet av upphandlingskontraktet, främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Antidiskrimineringsklausuler kan också vara ett krav på leverantören att vid genomförandet av kontraktet respektera lagstadgade diskrimineringsförbud<sup>14</sup> på ovan nämnda grunder.<sup>15</sup> NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i avsnitt 2 har utarbetats efter samråd med diskrimineringsombudsmännen, fackliga organisationer, kommun- och landstingsförbund samt näringslivsorganisationer.

Klausulexemplet bygger på att leverantörer till upphandlande enheter skall följa svensk antidiskrimineringslagstiftning när uppdrag av viss varaktighet avseende tjänste-, bygg- eller anläggningskontrakt utförs i Sverige.

### 5.2 Förutsättningar för användning av antidiskrimineringsklausuler

Beslutsfattarna inom kommunen, landstinget eller den statliga myndigheten behöver avsätta resurser för att använda, följa upp och utvärdera antidiskrimineringsklausulen samt driva en eventuell tvist med anledning av överträdelser av klausulen. Vidare kan det vara lämpligt att beslutsfattarna tar del i bedömningen av vitespåföljdens omfattning (se avsnitt 2). Antidiskrimineringsklausulens särskilda innehåll får anses vara något nytt för den offentliga upphandlingen och därmed inget som hittills ingått i inköparnas arbetsuppgifter. För att antidiskrimineringsklausulen skall få önskad effekt krävs dock uppföljning vilken i sin tur förutsätter kompetens att bedöma klausulens krav (i NOU:s exempel motsvarar det

<sup>10</sup> Se 1 kap. 18 b § och 6 kap. 10 a § LOU i prop. 2001/2002:142, sid. 9 och 12.

<sup>11</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 19 f.

<sup>12</sup> Kommissionens ändringsförslag presenterades i maj 2000 (KOM[2000]275slutlig).

<sup>13</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

<sup>14</sup> Innehållet i de olika antidiskrimineringslagarna beskrivs närmare i bilaga 3.

<sup>15</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44 f. och regeringsuppdrag till NOU, Regeringskansliets dnr Fi2002/422.

antidiskrimineringslagarnas krav). Diskrimineringsombudsmännen m.fl. kan visserligen bistå med råd och stöd i viss omfattning men huvudansvaret för uppföljningen måste enligt ombudsmännens bedömning ligga på den upphandlande enheten.

## 5.3 Vad ska man tänka på vid utformning av antidiskrimineringsklausuler?

### 5.3.1 De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna

Vid all offentlig upphandling och således även vid användning av antidiskrimineringsklausuler skall den upphandlande enheten beakta de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Dessa principer är icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen, principen om öppenhet och förutsebarhet, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Principerna beskrivs utförligare nedan samt i bilaga 3.

### 5.3.2 Likabehandling av leverantörerna

Antidiskrimineringsklausulen skall utformas på ett objektivt sätt och gälla lika för alla leverantörer som avser att lämna anbud (se även bilaga 3). Klausulen får inte utformas så att den direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsstater. Det innebär att det inte får vara svårare för utländska leverantörer än svenska leverantörer att uppfylla antidiskrimineringsklausulens krav. Kommissionen framhåller att det förefaller svårare att tillämpa dylika kontraktsvillkor i varukontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett ooberättigat handelshinder.<sup>16</sup> NOU:s klausulexempel är därför utformat på sådant sätt att det endast omfattar upphandlingar som avser anskaffning av tjänster, bygg- eller anläggningsentreprenader som skall utföras i Sverige.

NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul innehåller ett krav på leverantören att följa gällande arbetsrättslig antidiskrimineringslagstiftning när det upphandlade uppdraget utförs i Sverige. Att följa svensk lagstiftning i Sverige kan inte innebära att leverantörer från andra medlemsländer diskrimineras om den ifrågavarande lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten. NOU förutsätter att de svenska antidiskrimineringslagarna är förenliga med gemenskapsrätten vilket medför att NOU:s klausulexempel inte är vare sig direkt eller indirekt diskriminerande mot leverantörer från andra medlemsländer.

<sup>16</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 19.

### 5.3.3 Proportionerliga krav

En antidiskrimineringsklausul skall stå i proportion till det enskilda upphandlingskontraktet (se även bilaga 3). Denna princip innebär bland annat att antidiskrimineringsklausulen endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet. Regeringen anser att ett mera svepande krav, som skulle avse även andra delar av verksamheten, skulle kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det inte har tillräcklig anknytning till kontraktet.<sup>17</sup> Principen innebär också att kontrollåtgärderna och eventuella påföljder endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

Vid användning av såväl NOU:s exempel som myndighetens egna antidiskrimineringsklausuler får proportionalitetsprincipen anses kräva att avtalsrelationen har en viss varaktighet. När det gäller korta kontraktsförhållanden är det givetvis också angeläget att diskriminering motverkas men mot bakgrund av de i många fall nästan obefintliga kontrollmöjligheterna är det mycket tveksamt med långtgående krav i dessa fall. Eftersom det är en självklarhet behöver det knappast upprepas att antidiskrimineringslagarna gäller oavsett antidiskrimineringsklausulens omfattning.

För det fall att den upphandlande enheten avser att ta fram egna antidiskrimineringsklausuler är det viktigt att göra en bedömning om klausulens proportionalitet vid varje enskild upphandling. En klausul kan nämligen vara proportionerlig i en upphandling men inte i en annan.

## 5.4 I vilka upphandlingar kan antidiskrimineringsklausuler användas?

Tillämpningsområdet för antidiskrimineringsklausuler är enligt resonemanget ovan begränsat till upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets genomförande. I lagförslaget anges dock att bestämmelsen om särskilda villkor, som t.ex. antidiskrimineringsklausuler, är tillämplig även vid upphandlingar enligt 2 och 6 kap. LOU, dvs. också vid varuupphandlingar.<sup>18</sup> Anskaffningar av varor och tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten där varudelen utgör det största värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 2 kap. alternativt 6 kap. LOU beroende på upphandlingens värde. I dessa upphandlingar kan särskilda kontraktsvillkor, som antidiskrimineringsklausuler, komma ifråga i den del varukontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 95.

<sup>18</sup> Prop. 2001/2002:142 sid. 9 och 12.

<sup>19</sup> Prop. 2001/2002:142 sid. 95.

Som nämnts i avsnitt 5.3.3 bör det tjänste-, bygg- eller anläggningskontrakt där klausulen skall ingå, ha en viss varaktighet. NOU:s klausulexempel omfattar därutöver enbart sådana uppdrag som utförs i Sverige eftersom kravet i klausulen avser tillämpning av svensk lagstiftning.

## 5.5 Var skall antidiskrimineringsklausuler anges?

### 5.5.1 Antidiskrimineringsklausulen i annonsen

Antidiskrimineringsklausuler, som utgör en form av särskilda villkor, skall enligt lagförslaget anges i annonsen i de fall upphandlingen överstiger tröskelvärdena och omfattas av 2-5 kap. LOU.<sup>20</sup> Regeringens förslag om särskilda villkor bygger på kommissionens förslag till ändring av upphandlingsdirektiven som förväntas bli antagna inom det närmaste året.<sup>21</sup> Mot bakgrund av dessa förslag tolkar NOU de särskilda villkoren i prop. 2001/2002:142 på sådant sätt att det får anses tillräckligt att ange i annonsen att den upphandlande enheten avser att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i kontraktet med leverantören. Annonsen blir alltför omfattande om den skall innehålla klausulexemplet i sin helhet (se avsnitt 2).<sup>22</sup>

Vid förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster oavsett värde m.m., föreslår regeringen att antidiskrimineringsklausulen skall anges i förfrågningsunderlaget om den inte anges i annonsen respektive ansökningsinbjudan.<sup>23</sup>

Bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor föreslås träda ikraft den 1 juli 2002.

### 5.5.2 Antidiskrimineringsklausulen i förfrågningsunderlaget

NOU:s antidiskrimineringsklausul skall anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande enheten utformar egna klausuler anser NOU att dessa bör framgå i sin helhet av förfrågningsunderlaget även om så inte uttryckligen krävs vid upphandlingar enligt 2-5 kap. LOU.

I de fall som annonsering inte krävs vid upphandling enligt 2-5 kap. får det anses tillräckligt att den upphandlande enheten anger klausulen i förfrågningsunderlaget.

---

<sup>20</sup> 1 kap. 18 b § LOU, prop. 2001/02:142, sid. 9.

<sup>21</sup> Den 21 maj 2002 nåddes en politisk överenskommelse i Ministerrådet avseende utformningen av upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Direktivförslagen skall därefter till Europaparlamentet för en andra läsning.

<sup>22</sup> Enligt 1 kap. 10 § LOU får annonsen vid upphandling enligt 2, 3 och 5 kap. inte vara längre än en sida i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

<sup>23</sup> 6 kap. 10 a § LOU, prop. 2001/2002:142, sid. 12.

### **5.5.3 Antidiskrimineringsklausulen i kontraktet**

NOU:s klausulexempel skall föras över ordagrant från förfrågningsunderlaget till det kontrakt som skall undertecknas av den upphandlande enheten och den eller de leverantörer som tilldelats uppdraget.

## **5.6 Vad händer om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen?**

Antidiskrimineringsklausulen är en förpliktelse som skall uppfyllas vid genomförandet av kontraktet. Klausulen måste accepteras av den anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. EG-kommissionen anser dock att det är tillräckligt att anbudsgivaren, när han lämnar sitt anbud, åtar sig att uppfylla villkoret vid händelse av att han tilldelas kontraktet. Ett anbud från en anbudsgivare som inte accepterar ett sådant villkor överensstämmer inte med kravspecifikationen och kan därför inte godtas.<sup>24</sup>

Antidiskrimineringsklausulens krav behöver däremot inte vara uppfyllda redan vid den tidpunkt då leverantören lämnar sitt anbud.<sup>25</sup> Det räcker enligt kommissionens tolkning att leverantören uppfyller kraven vid genomförandet av kontraktet.

Det är viktigt att den upphandlande enheten i rapporten/protokollet över upphandlingen dokumenterar om en anbudsgivare utesluts ur upphandlingen på grund av att denne uttryckligen inte accepterar en antidiskrimineringsklausul.<sup>26</sup>

## **5.7 Vad händer om leverantören bryter mot en antidiskrimineringsklausul under avtalstiden?**

### **5.7.1 Skriftlig redovisning**

Används antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt bör den upphandlande enheten i förväg överväga vilka sanktioner som skall knytas till antidiskrimineringsvillkoren för den händelse att leverantören inte lever upp till dessa vid genomförandet av kontraktet. I propositionen anges sanktioner såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>27</sup> Eftersom målet är att öka efterlevnaden av kraven i antidiskrimineringsklausulerna har NOU i

---

<sup>24</sup> NOU anser att denna tolkning tyder på att kommissionen anser att särskilda villkor är en del av upphandlingsprocessen. I detta hänseende synes det som om kommissionen har beaktat EG-domstolens dom i mål C-225/98 (franska skolmålet).

<sup>25</sup> Kommissionen tolkningsmeddelande, KOM(2001)566 slutlig, sid. 19.

<sup>26</sup> Se 1 kap. 11 § och 6 kap. 13 § LOU.

<sup>27</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

samråd med diskrimineringsombudsmännen utformat antidiskrimineringsklausulen på sådant sätt att sanktionen skall föregås av en skriftlig dialog mellan parterna.

I klausulexemplet stadgas att leverantören skall, inom angiven tid, skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits i syfte att leva upp till antidiskrimineringskraven. NOU vill understryka att en begäran om redovisning bör preciseras så att det klart och tydligt framgår vilka uppgifter som den upphandlande enheten vill att leverantören skall besvara. Det är särskilt viktigt eftersom en otillfredsställande redovisning kan leda till viteskrav. Den upphandlande enheten kan vända sig till diskrimineringsombudsmännen för råd och stöd omkring vilka uppgifter som kan begäras in.

För att redovisningstiden inte skall bli orimligt kort har NOU angett i klausulexemplet att leverantören skall ha minst en vecka på sig att besvara den upphandlande enhetens begäran. I praktiken krävs att den upphandlande enheten tar hänsyn till om det behövs längre tid, vilket skall anpassas till omfattningen av det som ska redovisas. Det är viktigt att det klart och tydligt framgår för leverantören när den skriftliga redovisningen senast skall vara inlämnad. Först om den skriftliga redovisningen uteblir eller är uppenbart bristfällig kommer vitessanktionen ifråga.

## 5.7.2 Avtalsvite

### *Fast vite för utebliven och uppenbart bristfällig redovisning*

För att lägga tyngd bakom den upphandlande enhetens begäran om redovisning kopplas denna skyldighet för leverantören till ett fast vite motsvarande maximalt en viss, av den upphandlande enheten angiven, procent av det prisbasbelopp som anges i lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid kontrakt som sträcker sig över flera år skall det prisbasbelopp tillämpas som gällde vid avtalets ingående. Den upphandlande enheten skall i varje enskild upphandling göra en bedömning av det fasta vitets storlek utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning. Vitets storlek skall framgå av klausulen som anges i förfrågningsunderlag och kontrakt.

Mot bakgrund av att denna typ av krav är nya i samband med offentlig upphandling och att utebliven eller uppenbart bristande redovisning inte behöver betyda att antidiskrimineringskraven inte beaktas på leverantörens arbetsplats anser NOU att lämplig nivå på vitet kan vara ca 5 procent av prisbasbeloppet. Enligt 2002 års prisbasbelopp motsvarar detta 1895 kr.

Framstår det på annat sätt än genom redovisning som uppenbart för den upphandlande enheten att leverantören följer antidiskrimineringskraven i klausulen får enheten inte utkräva något vite.

### *Löpande vite vid pågående överträdelser*

NOU:s klausulexempel har utformats på sådant sätt att om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats (avsnitt 5.7.1) inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av antidiskrimineringskraven, dvs. antidiskrimineringslagarna i klausulens § 1, skall vite utgå om en viss angiven procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka. Den upphandlande enheten skall ange vitets omfattning i klausulen som i sin tur, enligt NOU:s klausulexempel, skall framgå av förfrågningsunderlag och kontrakt.

Det kan dock vara svårt att fastställa ett lämpligt belopp eftersom det saknas praxis avseende vitessanktionerade antidiskrimineringsklausuler. Den upphandlande enheten kan möjligen finna ledning i hur olika branscher reglerar nivåerna för dröjsmålsviten i sina standardavtal. Vid en sådan jämförelse visar det sig att vitesnivåerna ligger på ca 0,5 procent per vecka av det avtalade priset på det försenade godset eller kontraktssumman. Vidare begränsas oftast vitet i dessa sammanhang till maximalt 7,5 procent av det försenade godsets avtalade pris eller kontraktssumman. För att NOU:s klausulexempel skall vara tillämpligt skall den upphandlande enheten ange procentsatser i klausulexemplet (se § 3-4 avsnitt 2). NOU rekommenderar att vitet sätts till ca 0,2 procent per vecka och begränsas till maximalt 3 procent av kontraktssumman.

Vitet skall utgå fr.o.m. dagen då den skriftliga redovisningen skall ske till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits. Av denna anledning är det viktigt att det klart framgår vilken dag redovisning skall ske samt att den upphandlande enheten för en dialog med leverantören om vad som skall anses vara tillräckliga åtgärder.

Vid bedömning av huruvida det är visat att överträdelser av antidiskrimineringskraven föreligger samt vilka åtgärder som det kan krävas att leverantören vidtar för att avvärja överträdelser, rekommenderar NOU att den upphandlande enheten kontaktar diskrimineringsombudsmännen. Dessa gör dock inga bedömningar i enskilda upphandlingar men kan ge råd och stöd omkring antidiskrimineringslagarnas krav (se bilaga 4). Det är den upphandlande enheten som bedömer om vite skall utkrävas.

### **5.7.3 Ingen hävningspåföljd i NOU:s klausul**

NOU har övervägt möjligheten att införa hävning som en påföljd i sin antidiskrimineringsklausul. Förvisso är hävning ett kraftfullt instrument som tydliggör den upphandlande enhetens ståndpunkt för leverantören beträffande antidiskrimineringsfrågor. NOU gör dock bedömningen att en hävningspåföljd sannolikt kommer att avskräcka leverantörer – framförallt småföretag – från att delta i offentlig upphandling. Ett sådant försvagande av konkurrensen leder troligen till en ökning av kostnaderna inom den offentliga sektorn. Huvudsyftet med den offentliga upphandlingen, dvs. anskaffa varor

och tjänster, får heller inte glömmas bort. Hävning är ingripande åtgärd för den upphandlande enheten eftersom den normalt medför att enheten måste byta leverantör. Det innebär i sin tur att en ny upphandling måste göras samt att enheten står utan leverantör åtminstone under upphandlingsperioden.

Att NOU:s klausulexempel saknar en explicit hävningspåföljd innebär dock inte att hävning är uteslutet vid överträdelser av de intressen som antidiskrimineringslagarna är satta att skydda. Innehåller avtalet en allmän hävningsklausul kan den kanske bli tillämplig. Om inget särskilt avtalats kan köplagens (1990:931) bestämmelser om hävning få en analog tillämpning på de upphandlade tjänste- och entreprenadkontrakt som omfattas av NOU:s klausul. Det blir domstol som slutligen får avgöra om hävningsgrund föreligger enligt avtal eller köplag.

Som tidigare nämnts skall användningen av de föreslagna särskilda kontraktsvillkoren och NOU:s klausulexempel utvärderas senast två år efter det att regeln trätt i kraft. I samband med denna utvärdering får NOU:s klausul ses över och vid behov ändras.

#### **5.7.4 Tvistlösning**

Är parterna oense huruvida grund för avtalsvite föreligger får tvisten lösas i enlighet med den tvistlösning som valts för kontraktet i övrigt. Saknar kontraktet en tvistlösningsklausul blir det allmän domstol som får lösa tvisten.

Överträdelser av antidiskrimineringslagarna kan bli föremål för prövning i arbetsdomstolen enligt lagen (1976:580) om rättegång vid arbetstvister. En sådan rättegång drivs dock inte av avtalsparterna utan är en tvist mellan arbetstagare/arbetssökande och arbetsgivare.

#### **5.8 Vad gäller för underleverantörerna?**

NOU har i andra sammanhang uttalat att anbudsgivaren till alla delar ansvarar för kontraktets fullgörande, dvs. även i de delar som anbudsgivaren lägger ut på underleverantörer.<sup>28</sup> Detta uttalande avsåg en underleverantörs kapacitet att fullgöra delar av en entreprenad (föremålet för upphandlingen) som upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling. Om motsvarande gäller beträffande antidiskrimineringsklausuler innebär detta att den antagne leverantören i praktiken måste ta på sig ett kontrollansvar eller åtminstone förbehålla sig regressrätt gentemot underleverantören.

Ett inte ovanligt förhållande är att huvudentreprenören i en byggupphandling anlitar flera underentreprenörer, i form av små företag<sup>29</sup>, först när det står

<sup>28</sup> NOU:s dnr 1997/0070-26. Beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997.

<sup>29</sup> Enligt uppgift från Sveriges Byggingustrier har mer än tre fjärdedelar av företagen i branschen färre än fem anställda.



klart att kontraktet erhållits. Möjligheten att på förhand kontrollera underleverantörernas regelefterlevnad beträffande antidiskrimineringslagarna saknas sannolikt. Under genomförandet av byggentreprenaden kan en underleverantör komma att dömas för brott mot någon av antidiskrimineringslagarna. Det skulle kunna medföra att den upphandlande enheten med stöd av antidiskrimineringsklausulen utkräver vite av huvudentreprenören motsvarande ett värde av miljontals kronor. Regressrätten gentemot underleverantören saknar sannolikt betydelse eftersom denne i många fall inte kan ersätta en så omfattande ekonomisk skada. I förlängningen skulle detta kunna leda till att små företag utesluts från offentliga byggentreprenader vilket skulle vara olyckligt mot bakgrund av bl.a. den dåliga konkurrens som redan idag föreligger på byggmarknaden. Naturligtvis behöver inte situationen alltid vara sådan att flera små underentreprenörer anlitas i samband med tjänste-, bygg- och anläggningskontrakt. Den upphandlande enheten kan dock inte på förhand förutse vilken typ av leverantörskonstellation som kontrakt kommer att tecknas med.

NOU anser förvisso att klausulexemplet tappar i räckvidd om det inte omfattar underleverantörer men att det trots allt vore alltför långtgående att ställa krav på att leverantören skall ansvara för underleverantörernas regelefterlevnad. NOU:s klausulexempel omfattar därför enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören som tecknar kontraktet.

## **5.9 Kontroll av efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler**

Om den upphandlande enheten använder antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt är det enligt regeringen en självklarhet att uppföljning sker.<sup>30</sup> NOU:s klausulexempel innehåller en rättighet för den upphandlande enheten att av leverantören begära en skriftlig redovisning av de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen, dvs. att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning. Som exempel kan nämnas inkrävande av en jämställdhetsplan från de leverantörer som sysselsätter minst tio anställda. För råd och stöd vid den upphandlande enhetens uppföljning och bedömning av om leverantörens åtgärder är tillräckliga kan enheten kontakta diskrimineringsombudsmännen (se bilaga 3) för bedömning om en behandling är acceptabel enligt likabehandlingsprincipen i antidiskrimineringslagarna. Ansvaret för uppföljningen och bedömningen om sanktionerna skall tillämpas i det enskilda fallet ankommer dock på den upphandlande enheten.

---

<sup>30</sup> Prop. 2001/02:142, sid. 44.

## 6 Konsekvenser för småföretagen

### 6.1 Allmänt om tilläggsuppdraget

NOU har som tillägg till regeringsuppdraget fått i uppdrag att analysera vilka ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenser för småföretag som användningen av det av NOU framtagna klausulexemplet kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Analysen skall ligga till grund för det slutgiltiga förslaget.

Konsekvensanalysen avser således enbart NOU:s klausulexempel och inte antidiskrimineringsklausuler i allmänhet. Regeringens ställningstagande, att denna typ av klausuler får användas, förefaller vara oberoende av om NOU utformar ett klausulexempel eller inte. Förhoppningsvis leder dock det av NOU framtagna klausulexemplet till att företagen möter mera enhetliga krav från de upphandlande enheterna vilket ger ökad tyngd åt kraven och bättre förutsebarhet för leverantörerna.

Vidare vill NOU påtala att den korta utredningstiden har försvårat möjligheterna att göra en tillfredsställande konsekvensanalys.

### 6.2 Problembeskrivning

Syftet med regeringsuppdraget är att ta fram en klausul som skall motverka diskriminering och främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. NOU har efter samråd med diskrimineringsombudsmännen kommit fram till att detta på bästa sätt sker genom att öka efterlevnaden av befintliga antidiskrimineringslagar.

De företag som kan komma beröras av NOU:s klausulexempel är de som deltar i offentliga upphandlingar av tjänster och byggtreprenader som leder till kontrakt av viss varaktighet, vilka utförs i Sverige.

### 6.3 Metod

De praktiska och ekonomiska konsekvenserna är beräknade utifrån flera osäkra variabler. Dels är det frivilligt att tillämpa den föreslagna bestämmelsen om särskilda villkor, dels är det frivilligt att tillämpa NOU:s klausulexempel. Därutöver är uppföljningen av klausulen frivillig. Vidare saknas statistik över antalet offentliga bygg-, anläggnings- och tjänsteupphandlingar som är av mera varaktig karaktär och som utförs i Sverige.

För att kunna göra någon form av bedömning av den tidsåtgång och de kostnader som klausulexemplet kan komma att medföra har NOU gjort två enkätundersökningar (se bilaga 5 och 6). Den ena enkäten skickades ut till ca 60 småföretag och den andra till 32 statliga myndigheter, kommuner och landsting. Med anledning av den korta utredningstiden skickades enkäten direkt till inköpsansvariga på respektive myndighet som ombetts att rådfråga sina beslutfattare beträffande svaret på frågan om klausulexemplets användning.<sup>31</sup>

Femtio av företagen har tagits fram genom slumpmässigt urval. Vidare ingår ca tio företag i undersökningen vilka deltar i nätverket PIST (Privata företag i samhällets tjänst). Företagen som ingår i undersökningen har samtliga färre än 20 anställda samt verkar inom bygg- och anläggningbranschen eller levererar tjänster av olika slag.

De upphandlande myndigheterna har valts ut av Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Kammarkollegiets avdelning för inköpssamordning. Tio kommuner ingår i undersökningen varav tre stora, tre mellanstora och fyra mindre. Motsvarande gäller för de tio landsting som valts ut. De flesta av de statliga myndigheterna upphandlar årligen för stora volymer. Ett par mindre myndigheter finns dock representerade.

Samråd med Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Näringslivets nämnd för regelgranskning om enkätens utformning har genomförts enligt förordning (1982:668) om statliga myndigheters inhämtande av uppgifter från näringsidkare och kommuner.

## **6.4 Redovisning av enkätsvar**

### **6.4.1 Företagen**

Endast 16 av de ca 60 småföretag som fått enkäten har besvarat den. Av dessa har åtta angivit att de inte deltar i offentliga upphandlingar. Två av de övriga företagen deltar i en till två upphandlingar per år och fyra företag deltar i två till tio upphandlingar per år. Ett företag deltar i tio till femton upphandlingar per år och ett annat företag i ca trettio.

Av de åtta företag som deltar i offentlig upphandling har tre angett att de skulle avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Tre företag skulle inte avstå från att delta och ytterligare två företag vet ej. De företag som skulle avstå från att delta i sådana upphandlingar har som skäl angivit att den administrativa/ekonomiska

---

<sup>31</sup> Höstens val kan komma att ändra majoriteten i flera av de tillfrågade kommunerna och landstingen vilket i sin tur kan föranleda andra ställningstaganden beträffande användningen av NOU:s klausul.

bördan samt att rättsosäkerheten ökar. Vidare har ett företag angett som ett principiellt skäl att arbetsmarknadspolitik skall bedrivas i andra forum än i kontrakt mellan entreprenörer och offentlig sektor.

Fem företag har lämnat svar på frågan om hur många timmars arbete klausulexempels krav på skriftlig redovisning bedöms medföra. Företagen har svarat allt från 0 till 100 timmar vilket ger ett genomsnitt om 24,4 timmar per begäran. Samma företag har bedömt sina kostnader per timme för att ta fram den begärda dokumentationen. Företagen har även här svarat olika, allt från 100 kr till 1 000 kr per timme, vilket ger en genomsnittlig kostnad på 650 kronor per timme.

Fem av sju företag svarar att de har kompetens att utforma dokumentation som syftar till att upplysa den upphandlande enheten om hur företaget följer de ifrågakavande antidiskrimineringslagarna. Två av företagen som besvarat frågan anser att de saknar sådan kompetens.

Fyra av sex företag har svarat att NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom deras bransch. Två av företagen anser att så inte blir fallet.

#### **6.4.2 De upphandlande myndigheterna**

Av sammanlagt 32 statliga myndigheter, kommuner och landsting<sup>32</sup> som fått enkäten har 25 inkommit med svar. Sju av dessa upphandlande myndigheter har svarat att det är sannolikt att de kommer att använda NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i sina tjänste-, bygg- eller anläggningsupphandlingar. Nio av de tillfrågade myndigheterna tänker inte använda sig av NOU:s klausulexempel medan fem avser att använda egna antidiskrimineringsklausuler. Fem upphandlande myndigheter har svarat att de inte vet om NOU:s klausulexempel kommer att tillämpas hos dem. Femton av de 25 myndigheter som besvarat enkäten har stämt av svaren med sina beslutsfattare.

Två av myndigheterna har angett att de tänker tillämpa NOU:s klausul i högst 10 upphandlingar per år medan fyra myndigheter tänker tillämpa klausulen i 10-30 upphandlingar per år. En myndighet anger att klausulen kommer att tillämpas i ca 150 upphandlingar per år.

Fyra av de tillfrågade upphandlande myndigheterna bedömer att de kommer att teckna avtal, innehållande NOU:s antidiskrimineringsklausul, med en till tio småföretag per år. Två myndigheter bedömer att de kommer att teckna motsvarande kontrakt med 10-30 småföretag per år. Resterande myndigheter som tänker använda NOU:s klausul vet inte hur många avtal som de kommer att teckna med småföretag.

---

<sup>32</sup> Hädanefter benämns dessa upphandlande myndigheter eller myndigheter.

NOU:s antidiskrimineringsklausul innehåller en möjlighet för den upphandlande myndigheten att begära att leverantören skriftligen redovisar vilka åtgärder han vidtagit med anledningen av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. Fem av de tillfrågade myndigheterna bedömer att de endast kommer att utnyttja denna möjlighet till uppföljning och kontroll vid misstanke om att leverantören överträder sina förpliktelser enligt antidiskrimineringsklausulen. En myndighet bedömer att uppföljning kommer att ske en gång under varje kontrakts löptid. En annan myndighet anger att den tänker ta fram en policy för uppföljning där den sannolikt kommer att skilja på företag beroende på deras storlek.

## 6.5 Konsekvensbeskrivning

### 6.5.1 Klausulens praktiska konsekvenser

Utgångspunkten är att de materiella krav som ställs på leverantören inte innebär några nya materiella förpliktelser beträffande antidiskrimineringsarbete utöver vad som redan föreligger enligt gällande antidiskrimineringslagar. Företag med färre än tio sysselsatta omfattas inte av t.ex. jämställdhetslagens krav på jämställdhetsplan. På så sätt kan det sägas att antidiskrimineringslagarna i sig tar småföretagarhänsyn. Att utöver detta särbehandla en leverantör eller en grupp leverantörer i samband med offentlig upphandling kan inte anses förenlig med likabehandlingsprincipen. Detta innebär enligt NOU:s bedömning att småföretag<sup>33</sup> inte kan ges lättnader i förhållande till större företag i form av undantag från olika former av antidiskrimineringsklausuler.

Klausulexemplet innebär ett krav på leverantören, att på den upphandlande enhetens begäran, skriftligen redovisa sitt arbete med anledning av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. En sådan skyldighet kan utlösas av den upphandlande enheten i samband med misstanke om överträdelse av lagstiftningen eller vid uppföljning på enhetens eget initiativ.

### 6.5.2 Räkneexempel avseende tidsåtgång och ökning av lönekostnader för företagen

#### *Många osäkra variabler*

Beräkningarna vilar som tidigare nämnts på bräcklig grund dels har endast ett fåtal svar inkommit från de utvalda företagen, dels saknas siffror som är nödvändiga för den totala sammanräkningen. Vidare avser resultaten beträffande ökad tidsåtgång och ökade kostnader samtliga företag som deltar i offentlig upphandling, dvs. resultaten omfattar inte enbart företag med 1-19 anställda. Enligt centrala företags- och arbetsställeregistret utgör dessa företag knappt en fjärdedel av det totala antalet företag i Sverige (år 2000). Det finns

<sup>33</sup> Med småföretag avses i rapporten företag som har 1-19 anställda.

dock ingen statistik över att motsvarande siffra gäller för företag som har kontrakt med upphandlande myndigheter. Vidare är det ett okänt antal av dessa företag som levererar sådana tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som omfattas av NOU:s klausulexempel.

För att illustrera tänkbara konsekvenser av redovisningskravet i NOU:s antidiskrimineringsklausul har ett par beräkningsexempel gjorts. Stor försiktighet bör dock iaktas och några långtgående slutsatser med anledning av dessa exempel kan inte dras. Vidare bör det beaktas att den klausul (bilaga 7) som skickades ut i samband med enkäten hade en annan utformning än den klausul som anges i avsnitt 2.

### ***Beräkningsexempel***

Endast fem av de tillfrågade småföretagen har besvarat frågan om beräknad tid för att besvara en förfrågan om skriftlig redogörelse enligt § 2 i klausulexemplet. Den genomsnittliga tiden är enligt enkätsvaren 24,4 timmar per företag. Svaren visar dock på en spridning från 0 till 100 timmar där medianen ligger på 10 timmar. Räknas ytterlighetsfallet (100 timmar) bort blir genomsnittet 5,5 timmar per begäran och företag. Detta snitt har använts som grund för beräkningarna i nedanstående exempel. Den genomsnittliga kostnaden är, enligt de fem företag som besvarat frågan, i genomsnitt 650 kronor per timme. Företagen har även här gett olika svar, alltifrån 100 till 1 000 kronor per timme.

Av de 25 upphandlande myndigheterna som besvarat NOU:s enkät har sju angett att de tänker använda NOU:s klausul. **Beräkningsexempel 1** nedan baseras på att dessa svar är representativa, dvs. att 28 procent av Sveriges upphandlande myndigheter avser att använda NOU:s klausulexempel. Fem av myndigheterna anger att de inte vet om NOU:s klausul kommer att tillämpas hos dem eller inte. De utgör, tillsammans med gruppen som svarat att de tänker använda klausulen, 48 procent av de totalt 25 myndigheter som besvarat enkäten. Mot bakgrund av detta antas i **beräkningsexempel 2** nedan att 48 procent av alla kommuner, landsting och statliga myndigheter kommer att använda sig av NOU:s klausulexempel.

De sju myndigheter som angett att de tänker använda NOU:s klausul har svarat att de sammanlagt tänker använda klausulen i 211-300 upphandlingar per år. Om man antar att siffrorna är representativa för samtliga upphandlande enheter innebär detta att klausulen kommer att finnas i genomsnitt i 30-43 upphandlingar per år. Den lägre siffran används i beräkningsexempel 1 och den högre i exempel 2. Vidare antas i beräkningsexemplen att myndigheterna tecknar ett avtal per upphandling. Det är dock sannolikt att vissa av upphandlingarna leder till att den upphandlande myndigheten tecknar avtal med mer än en leverantör, s.k. parallella avtal.

Fem av de sju upphandlande myndigheterna som avser att använda NOU:s klausul har svarat att de tänker följa upp antidiskrimineringsklausulen endast om de misstänker överträdelser av klausulens förpliktelser. Att spekulera i

antalet ”misstänkta” överträdelser är dock vanskligt. Räkneexemplen nedan visar dock på tänkbara konsekvenser för företagen beträffande tidsåtgång och lönekostnader. Observera att beräkningsexemplen avser *alla typer av företag*, dvs. inte enbart småföretag.

**Exempel 1:** Antag att 28 procent av det totala antalet myndigheter<sup>34</sup>, dvs. 168 myndigheter tecknar trettio kontrakt per år i vilka NOU:s antidiskrimineringsklausul ingår. Vidare antas att uppföljning sker en gång per kontrakt. Baserat på enkätsvaren, exklusive ytterlighetsfallet, får företagen totalt sett ägna ca 27 700 timmar per år till att besvara sådan förfrågan som anges i § 2 i NOU:s klausulexempel. Det leder till en ökning av lönekostnaderna för de berörda företagen motsvarande drygt 18 miljoner kronor per år. Beräkningen görs utifrån den genomsnittliga timkostnaden enligt enkätsvaren, dvs. 650 kronor per timme.

168 upphandlande myndigheter x 30 kontrakt per år x 5,5 tim.= **27 720 tim./år**

Om uppföljning av antidiskrimineringsklausulen i stället sker i 20 procent av alla kontrakt per år blir tidsåtgången drygt 5 500 timmar per år och ökningen av lönekostnaderna drygt 3,5 miljoner kronor per år.

**Exempel 2:** Antag att 48 procent av det totala antalet myndigheter<sup>35</sup>, dvs. 288 myndigheter tecknar 43 kontrakt per år i vilka NOU:s antidiskrimineringsklausul ingår. Vidare antas att uppföljning av antidiskrimineringsklausulen sker en gång per år i alla dessa kontraktsförhållanden. Baserat på enkätsvaren exklusive ytterlighetsfallet motsvarar detta en tidsåtgång om knappt 50 000 timmar per år. Det leder till en total ökning av lönekostnaderna om drygt 32 miljoner kronor per år för det totala antalet berörda företag om beräkningen görs utifrån den genomsnittliga timkostnaden enligt enkätsvaren.

210 upphandlande myndigheter x 43 kontrakt per år x 5,5 tim. = **49 665 tim./år**

Om uppföljning av antidiskrimineringsklausulen i stället sker enbart i 20 procent av alla kontrakt per år blir tidsåtgången knappt 10 000 timmar per år och ökningen i lönekostnader knappt 6,5 miljoner kronor per år.

<sup>34</sup> Antalet upphandlande myndigheter antas uppgå till 600. Siffran baseras på att det finns 247 statliga myndigheter, 21 länsstyrelser, 21 försäkringskassor, 289 kommuner samt 22 landsting och regioner.

<sup>35</sup> Se föregående fotnot.

### 6.5.3 Räkneexemplen inklusive ytterlighetsfall

Till räkneexemplen bör tilläggas att ett av totalt fem företag, som besvarat frågan om tidsåtgång, har angivit att en begäran om skriftlig redovisning skulle ta ca 100 timmar att ta fram (ytterlighetsfallet). Om ytterlighetsfallet tas med i den genomsnittliga tidsåtgången blir resultatet 24,4 timmar i stället för 5,5 timmar som beräkningsexemplen ovan bygger på. Räknas ytterlighetsfallet in i snitttiden i **exempel 1** blir tidsåtgången knappt 123 000 timmar per år vilket motsvarar en ökning i lönekostnaderna om knappt 80 miljoner kronor per år. Om **exempel 2** tillförs tid och kostnader för ytterlighetsfallet blir tidsåtgången drygt 220 000 timmar per år och den totala ökningen av lönekostnaderna blir ca 143 miljoner kronor per år.

### 6.5.4 Räkneexempel avseende kostnader för att anlita extern kompetens

Kravet på redovisning av vidtagna åtgärder bör enligt fem av sju företag kunna utföras utan att de behöver anlita externa experter. Två företag (knappt 30 %) anser att extern kompetens behöver anlitas. Mot bakgrund av de upphandlande enheternas enkätsvar gäller detta framförallt i de fall då den upphandlande enheten misstänker överträdelser av antidiskrimineringsklausulens förpliktelser.

Uppskattningsvis kan ca 2 000 kronor per timme, exklusive moms, antas utgöra en genomsnittlig kostnad för att anlita juridisk hjälp.<sup>36</sup> Vidare kan mot bakgrund av leverantörernas egna beräkningar av tidsåtgång antas att den externa rådgivaren i genomsnitt debiterar ca 3 timmar. Det utgör en kostnad motsvarande 6 000 kronor per förfrågan. Om 30 procent av företagen berörs skall den totala tidsåtgången i beräkningsexemplen minska med 30 procent. Det resulterar i att tidsåtgången i **exempel 1** blir 19 400 timmar per år. Kostnaderna för den skriftliga redovisningen ökas till knappt 22 miljoner kronor per år om samma antagande görs som i exempel 1.<sup>37</sup> Motsvarande tillägg till **exempel 2** leder till en minskad tidsåtgång för företagen till ca 35 000 timmar per år. Kostnaderna för den skriftliga redovisningen minskas till ca 39 miljoner kronor per år om samma antaganden görs som i exempel 2.<sup>38</sup>

Diskrimineringsombudsmännen står dock kostnadsfritt till tjänst med råd och stöd beträffande tolkningen av antidiskrimineringslagstiftningen (se bilaga 4). Detta torde minska behovet av att anlita externa juridiska rådgivare.

<sup>36</sup> Statistik över kostnader för juridisk rådgivning saknas. Advokatsamfundet gör dock bedömningen att timkostnaden för juridisk rådgivning ligger mellan 930 och 3000 kronor exklusive moms. En större revisionsbyrå har svarat att kostnaden för juridisk rådgivning ligger mellan 1000 och 3000 kronor exklusive moms.

<sup>37</sup>  $168 \times 21 \times 5,5 \times 650 + 168 \times 9 \times 3 \times 2000$

<sup>38</sup>  $210 \times 30 \times 5,5 \times 650 + 210 \times 13 \times 3 \times 2000$



### 6.5.5 Övriga effekter av antidiskrimineringsklausulen

Av de åtta företag som deltar i offentlig upphandling har tre svarat att de kommer att avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Tre företag kommer inte att avstå och ytterligare två företag vet ej. De företag som skulle avstå från att delta i sådana upphandlingar har som skäl angivit en ökad administrativ och ekonomisk börda samt rättsosäkerhet.

Fyra av sex företag har svarat att de tror NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom deras bransch. Två av företagen anser att så inte blir fallet.

Föreningen Svenskt Näringsliv och Sveriges Bygginstrumenter har angett att antidiskrimineringsklausuler innebär ökade resurskrav på små företag. Dessa företag kan därför befaras i framtiden bli ännu mer obenägna att delta i anbudsgivning vid offentlig upphandling. Företagarnas Riksorganisation påtalar att den lagstiftning som klausulexemplet hänvisar till innehåller flera allmänt formulerade bestämmelser som riktar krav mot leverantörerna och som kan ges olika innebörd. Vidare antar Företagarnas Riksorganisation att de upphandlande enheternas kunskaper och intresse att hantera dessa frågor sannolikt kommer att skifta vilket öppnar för ett mått av rättsosäkerhet för leverantörerna.

## 6.6 Slutsatser

De materiella kraven som ställs i klausulen gäller för leverantörerna oavsett om NOU:s klausulexempel tillämpas eller inte. Dessa krav medför därför som tidigare sagts inga ytterligare konsekvenser för småföretagen.

Antidiskrimineringslagarnas krav kompletteras genom klausulen med en avtalsrättslig förpliktelse att vid anmodan rapportera om hur lagstiftningen efterlevs. Vidare riskerar leverantören att få betala vite vid överträdelser av lagstiftningen inom avtalsförhållandet.

Rätten, enligt klausulexemplet, för de upphandlande enheterna att begära in skriftlig redovisning kan komma att föranleda visst merarbete hos leverantörerna, vilket tydligast kommer att märkas hos småföretagen. Underlaget för beräkningar och analyser är för litet och därmed osäkert, framförallt beträffande företagen. Även de upphandlande myndigheternas svar är omgärdade med frågetecken.

De flesta upphandlande myndigheter har svarat att de tänker följa upp klausulen endast om överträdelser misstänks. NOU tar det inte för sannolikt att uppföljning kommer att ske av samtliga kontrakt utan att sanningen ligger närmare ca 20 % av kontrakten. Det är vidare knappast troligt att mer än hälften av dessa kontrakt är tecknade med företag som har 1-19 anställda.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> För detta antagande finns dock ingen annan grund än att dessa företag utgör knappt en fjärdedel av det totala antalet företag i Sverige.

Detta antagande skulle medföra en ökning av lönekostnaderna hos leverantören om knappt 2 till drygt 14 miljoner kronor per år där den senare siffran inkluderar ytterlighetsfallet (avsnitt 6.5.3). Tidsåtgången för småföretagen blir med motsvarande antagande ca 3 000 till 7 000 timmar per år.

Det är enligt NOU:s uppfattning viktigt att den upphandlande enheten har ett instrument för uppföljning av ställda krav. Saknas möjligheter till uppföljning kan konkurrensförhållandena på marknaden komma att rubbas. NOU utgår från att samtliga klausuler i ett avtal har ett pris. Det ligger därför i den upphandlande enhetens intresse att kontrollera att leverantören lever upp till de förpliktelser han åtagit sig och som enheten sannolikt betalar för i form av högre anbudspris.

Det är naturligtvis oroande att förhållandevis många företag svarat att de tror att konkurrensen kommer att snedvridas och att vissa företag svarat att de till och med kommer att avstå från att delta i upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Om färre företag deltar i offentlig upphandling kommer detta sannolikt att leda till högre kostnader för den offentliga sektorn. Sådana kostnadsökningar är dock mycket svåra att beräkna.

NOU bedömer att kraven i det föreslagna klausulexemplet är rimliga. Att ytterligare tillmötesgå ovan anförda synpunkter skulle sannolikt innebära att regeringsuppdraget inte kan fullföljas såtillvida att det inte blir någon klausul överhuvudtaget eller att den blir helt verkningslös. NOU anser att det är viktigt att ta fram en förhållandevis "balanserad" antidiskrimineringsklausul. Om ingen klausul tas fram kommer det resultera i att flera upphandlande enheter utformar egna klausuler som sannolikt får till följd att leverantörerna kommer möta en bred flora av diverse antidiskrimineringsklausuler.

Frågan om klausulen leder till ökad likabehandling och minskad diskriminering är svårt att överblicka. En sådan analys kommer förhoppningsvis att ingå i den utvärdering av klausulen som regeringen tänker göra senast två år efter det att bestämmelsen om särskilda villkor trätt i kraft. NOU:s slutsatser av den genomförda konsekvensanalysen är att det klausulexempel som NOU valt är en balansakt mellan vad som ligger inom ramen för LOU och gemenskapsrätten samt vad som är någorlunda praktiskt tillämpbart utan att för den delen vara effektlöst.

Om en upphandlande enhet avser att ta fram egna klausulförslag är det viktigt att konsekvenserna för småföretag beaktas. NOU vill dock rekommendera att klausulexemplet i avsnitt 2 tillämpas eftersom det sannolikt är till gagn för leverantörerna att mötas av samma antidiskrimineringsklausul oberoende av upphandling eller upphandlande enhet.

## **7 Samrådsorganisationernas och NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.**

### **7.1 Samråd**

NOU har under uppdragstiden muntligen och skriftligen samrått med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen.

NOU har också skriftligen samrått med Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv, Företagarnas Riksorganisation och Svensk Handel. Vidare har också Sveriges Byggindustrier lämnat in synpunkter på den föreslagna antidiskrimineringsklausulen.

I samband med konsekvensanalysen har skriftligt och muntligt samråd även hållits med Näringslivets nämnd för regelgranskning.

### **7.2 Sammanfattning av samrådsorganisationernas generella ståndpunkter**

Nedan redovisas samrådsorganisationernas generella synpunkter på antidiskrimineringsklausuler och den föreslagna klausulens omfattning. Därutöver har även lämnats synpunkter på klausulens lagtekniska utformning. Dessa synpunkter redogörs inte för men de har så långt som möjligt beaktats i det slutgiltiga klausulförslaget.

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet anser att kommuner respektive landsting skall ges möjlighet att använda antidiskrimineringsklausuler i samband med upphandling av tjänster. Föreningen Svenskt Näringsliv anser att klausuler som saknar ett direkt samband med eller relevans för föremålet för upphandlingen är olagliga.

LO och TCO anser att idén om antidiskrimineringsklausuler är bra men att frågan behöver utredas ytterligare samt att utredningstiden varit alltför kort. I övrigt anser LO och TCO att det är viktigt att den upphandlande enheten även försäkras om att leverantören följer gällande lagar och kollektivavtal på arbetsrättens område. SACO tar däremot principiellt avstånd från idén att använda den offentliga upphandlingen som ett verktyg för att uppnå olika politiska mål. SACO anser det orimligt att förvänta sig att landets inköpare skall stå för samhällets granskning av lagarna mot diskriminering.

JämO, DO, HO och HomO anser att antidiskrimineringsklausulerna även bör omfatta varuupphandling och att anbudsgivarna i alla delar bör svara för kontraktets fullgörande vilket även innefattar de delar som läggs ut på underleverantörer. Den senare åsikten delar även TCO. Den innebär att huvudleverantören ansvarar för underleverantörers eventuella brott mot antidiskrimineringslagstiftningen.

Samtliga diskrimineringsombudsmän anser att antidiskrimineringsklausulen skall omfatta hela leverantörens verksamhet. JämO, DO och HomO anser att klausulen inte behöver ha ett direkt samband med utförandet av uppdraget. Vidare anser de att användningen av klausulen inte skall avgränsas till kontrakt av viss varaktighet. HomO, DO och JämO påtalar att antidiskrimineringsklausulen även borde innehålla ett uttryckligt krav på leverantören att främja likabehandling oavsett sexuell läggning och funktionshinder. DO anser att klausulen också borde omfatta EG-rättens bestämmelser och EG-domstolens praxis om antidiskriminering. Samtliga diskrimineringsombudsmän anser att klausulen även bör omfatta lagen (2001:86) om likabehandling av studenter i högskolan.

HomO, DO och JämO anser att ett brott mot antidiskrimineringslagarna (§ 1 i klausulexemplet) ska anses utgöra ett sådant väsentligt avtalsbrott som ger den upphandlande enheten rätt att häva kontraktet. Ombudsmännen påtalar att antidiskrimineringsklausulen bör kompletteras med nationell lagstiftning om uteslutande av anbudsgivare som gjort sig skyldiga till överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen.

Under förutsättning att antidiskrimineringsklausuler ändå skall anses vara tillåtna enligt gemenskapsrätten anser Föreningen Svenskt Näringsliv att hänvisning till andra kriterier eller bedömningsgrunder, än de som förekommer i svensk lag, måste anses strida mot kravet på rättssäkerhet. Vidare påtalar föreningen att användningen av klausulerna kommer att leda till praktiska, administrativa och ekonomiska konsekvenser för de upphandlande enheterna, domstolsväsendet och företagen (framförallt småföretagen). Små företag kan befaras bli ännu mindre benägna att delta i anbudsgivning vid offentlig upphandling. Sveriges Byggindustrier instämmer i de synpunkter som Svenskt Näringsliv lämnat samt påtalar de särskilda omständigheter som råder inom byggbranschen. Företagarnas Riksorganisation anser att det vore önskvärt om klausulerna utformades på ett sådant sätt att enhetlighet och sakkunskap i tillämpningen garanterades. En möjlighet som föreningen pekar på är att diskrimineringsombudsmännen skulle avge ett yttrande innan den upphandlande enheten får utnyttja ett avtalsvite eller hävningspåföljd.

## 7.3 NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.

### 7.3.1 Arbetet med regeringsuppdraget

De exempel på antidiskrimineringsklausuler som regeringen anmodat NOU att ta fram skall enligt regeringsuppdraget vara förenliga med LOU och EG-fördragets bestämmelser. Problemet med detta krav är att det enligt NOU:s bedömning fortfarande råder tveksamheter omkring tolkningen av gemenskapsrätten beträffande den rättsliga grunden för s.k. särskilda villkor.

Regeringens förslag om särskilda villkor baseras på kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheterna att beakta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling<sup>40</sup>. NOU ställer sig tveksam till kommissionens tolkning av framförallt EG-domstolens domar i Beentjes<sup>41</sup> och det franska skolmålet<sup>42</sup>. Professor Niklas Bruun har också uttryckt samma syn avseende tolkningen av EG-domstolens rättspraxis i en rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av Upphandlingskommittén.<sup>43</sup> NOU anser i likhet med Bruun att kommissionens hypotes om särskilda villkor saknar stöd i EG-domstolens rättspraxis i och med det franska skolmålet. EG-domstolen uttalar klart och tydligt i denna dom att villkoret i Beentjes utgjorde ett tilldelningskriterium och förkastade kommissionens tolkningslinje. Mot bakgrund av detta samt att det sannolikt under 2002 kommer ytterligare vägledning från EG-domstolen<sup>44</sup> riskerar kommissionens och regeringens tolkning av rättsläget att inte bestå. Det innebär i sin tur att NOU:s klausulexempel för närvarande bygger på en osäker grund.

Kommissionen har dock lagt förslag om att de kommande upphandlingsdirektiven skall kompletteras med en bestämmelse om möjlighet att beakta särskilda villkor i samband med offentlig upphandling. Detta omnämns också i den allmänna motiveringen till regeringens förslag om särskilda villkor.<sup>45</sup> I ljuset av direktivförslaget får klausulexemplet legitimitet – åtminstone när det väl antagits. NOU betraktar därför inte lagförslaget om särskilda villkor som en kodifiering av rättspraxis (*de lege lata*) utan snarare som ett nytt lagförslag (*de lege ferenda*).

<sup>40</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig.

<sup>41</sup> EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

<sup>42</sup> EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

<sup>43</sup> SOU 2001:31, bilaga 3, sid. 450.

<sup>44</sup> EG-domstolens mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsinki kaupunki och HKL-Bussiliikenne. Generaladvokatens förslag till avgörande i målet lämnades den 13 december 2001.

<sup>45</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 45.

### 7.3.2 Ange som uteslutningsgrund i nationell lagstiftning

Användningsområdet för särskilda villkor framstår för NOU som ganska begränsat och användningen av klausulerna komplicerad. NOU vill därför påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av särskilda villkor. Kommissionen anser nämligen att det är "... upp till medlemsstaterna att definiera begreppet [allvarligt fel i yrkesutövningen] i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området".<sup>46</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn in i nationell lagstiftning på sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande "allvarligt fel i yrkesutövningen"<sup>47</sup>. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

### 7.3.4 Information och utbildning om användning av antidiskrimineringsklausuler

Antidiskrimineringsklausuler är till sin karaktär något nytt för de allra flesta kommuner, landsting och statliga myndigheter. NOU:s bedömning är att dessa klausuler riskerar att bli ett slag i luften om de inte kombineras med information och utbildning om klausulernas tillämpning och uppföljning. NOU vill därför understryka vikten av att resurser satsas på utbildning och information omkring användningen av antidiskrimineringsklausuler. Den som skall ansvara för sådan utbildning och information måste behärska såväl upphandlings- som antidiskrimineringslagstiftningen. Behovet av råd och stöd får betraktas som stort, vilket innebär att den eller de myndigheter som skall ansvara för sådan verksamhet behöver resursförstärkningar.

---

<sup>46</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>47</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.



REGERINGEN

Regeringsbeslut

2002-01-17

Fi2002/422

Finansdepartementet

Nämnden för offentlig upphandling  
 Box 2012  
 103 11 STOCKHOLM

Nämnden för offentlig upphandling	
Int. 2002-01-23	
Dat. ....	

### Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i upphandlingskontrakt

#### Regeringsbeslut

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling.

Klausulerna skall utgöra exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud. Klausulerna skall vara förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och EG-fördragets bestämmelser.

NOU skall utföra uppdraget i samråd med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. NOU skall också samråda med Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv och Svensk Handel.

NOU skall redovisa uppdraget senast den 29 april 2002.

#### Ärendet

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (skr. 2000/2001:59)*. Regeringen angav att den kommer att arbeta med inriktning mot att de möjligheter att använda

Postadress  
103 33 STOCKHOLM  
h-8116 0-55

Telefonväxel  
08-403 10 00

E-post: [registret@finans.gov.se](mailto:registret@finans.gov.se)  
 X400: S=Registret@O-Flnncas.F=Ministry

Postadress  
Drottninggatan 21

Telefax  
08-21 72 66

Telek  
117 43 FINANS S

antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling som kan finnas verkligen utnyttjas. Upphandlingskommittén har i sitt slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) behandlat möjligheterna att ställa krav på antidiskriminering inom offentlig upphandling. Regeringen har vidare angett i budgetpropositionen för 2002 att den har ambitionen att i den kommande upphandlingspropositionen föreslå att antidiskrimineringsklausuler införs fr.o.m. den 1 juli 2002 (prop. 2001/2002:1, utg.omr. 8, avsnitt 3.5.1).

Vid statlig upphandling bör målet vara att personer med funktionshinder skall ha möjlighet att använda samma varor och tjänster som andra. Tillgänglighet och användbarhet bör därför beaktas. Detta fastställer regering och riksdag i den nationella handlingsplanen för handikappolitiken *Från patient till medborgare* (prop. 1999/2000:79, bet. 1999/2000:SoU14, rskr. 1999/2000:240).

I syfte att underlätta för upphandlande enheter att införa antidiskrimineringsvillkor i upphandlingsverksamheten bör NOU ta fram exempel på villkor att införa i kontrakten som är förenliga med reglerna om offentlig upphandling. Det torde också vara till gagn för leverantörerna i anbudsgivningen att villkoren har likartad utformning i olika upphandlingar.

Antidiskrimineringsklausuler kan utgöra skilda slag av åtaganden från leverantören. Det kan exempelvis gälla generella åtaganden att följa gällande lagar mot diskriminering, var till olika rättsföljder anges i avtalen för det fall överträdelser ändå skulle ske, t. ex. en rätt för den upphandlande enheten till hävning av avtalet. Det kan också gälla att leverantören har upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen eller en plan för etnisk mångfald på arbetsplatsen i enlighet med de krav jämställdhetslagen (1991:433) respektive lagen (1991:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet ställer. Det kan även avse krav att leverantören utser en ansvarig för uppföljning av frågor rörande jämställdhet mellan kvinnor och män och etnisk mångfald enligt lagarna.

På regeringens vägnar

Bosse Ringholm

Rickard Falkendal

Kopia till:

Justitiedepartementet,  
Utrikesdepartementet,  
Socialdepartementet,  
Näringsdepartementet,



Jönställdhetsombudsmannen,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering,  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
Handikappombudsmannen,  
Svenska kommunförbundet,  
Landsstingsförbundet,  
LO,  
TCO,  
SACO,  
Svenskt Näringsliv,  
Svensk Handel.



REGERINGEN

Regeringsbeslut

2002-03-27

Fi2002/422

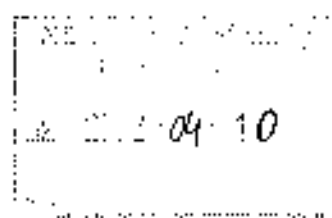
(delvis)

Finansdepartementet

Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012

103 11 STOCKHOLM



### Tilläggsuppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra vissa konsekvensbedömningar

#### Ärendet

Regeringen gav den 17 januari 2002 Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i uppdrag att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling. Uppdraget skall redovisas den 29 april 2002. Uppdraget bör kompletteras med ett tilläggsuppdrag avseende en konsekvensanalys.

#### Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt NOU att göra en konsekvensanalys av användningen av de antidiskrimineringsklausuler som avses med det tidigare uppdraget.

Tilläggsuppdraget avser en analys av de ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenser för små företag som användningen av de av NOU framtagna exemplen på antidiskrimineringsklausuler kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Analysen skall beaktas vid framtagandet av exemplen på klausuler.

Uppdraget skall utföras i samråd med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. NOU skall också samråda med Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv, Svensk Handel och Näringslivets nämnd för regelgranskning (NNR).

NOU skall redovisa tilläggsuppdraget senast den 29 april 2002.

Postadress  
103 33 STOCKHOLM  
ANSÖK: C-GR

Telefonväxel  
08-425 10 00

E-post: [registrator@finance.ministry.se](mailto:registrator@finance.ministry.se)  
#00: S=Registrator; O=Rikssen; P=Ministry;

Besöksadress  
Draktningsgatan 23

Telefax  
08-21 73 06

Telex  
137 43 21WAB S

På regeringens vägnar

  
Bosse Ringholm

  
Rickard Falkenberg

**Kopia till:**

Justitiedepartementet,  
Utrikesdepartementet,  
Socialdepartementet,  
Näringsdepartementet,  
Jämställdhetsombudsmannen,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering,  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
Handikappombudsmannen,  
Svenska kommunförbundet,  
Landsstingsförbundet,  
LO,  
TCO,  
SACO,  
Svenskt Näringsliv,  
Svensk Handel,  
Näringslivets nämnd för regelgranskning (NNR).

## **Rättsläget beträffande antidiskrimineringsklausuler**

### **EG-domstolens dom i Beentjesmålet**

#### ***Villkor i upphandlingskontrakt att anställa långtidsarbetslösa***

Den rättsliga grunden för antidiskrimineringsklausuler anses vara EG-domstolens omdebatterade dom i det s.k. Beentjesmålet<sup>1</sup>. Frågan av intresse i detta rättsfall är om det äldre byggdirektivet<sup>2</sup> tillåter att ett anbud förkastas av den anledning att anbudsgivaren är oförmögen att anställa långtidsarbetslösa personer.

EG-domstolen konstaterar att direktiven inte är uttömmande utan att medlemsländerna – inom ramen för gemenskapsrätten – är fria att upprätthålla eller anta materiella eller formella bestämmelser att användas i samband med offentliga byggkontrakt under förutsättning att de överensstämmer med alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten framförallt bestämmelserna som har sin grund i fördragsprinciperna om fri etableringsrätt och rätten att tillhandahålla tjänster.<sup>3</sup>

Vidare hade en sådan uteslutningsgrund, dvs. krav att anställa långtidsarbetslösa, inte att göra med de tilldelningskriterier som refereras till i artikel 29<sup>4</sup> i direktivet.<sup>5</sup> EG-domstolen uttalar att ett villkor att anställa långtidsarbetslösa personer är ett ”tillkommande särskilt villkor” (”additional specific condition”) som måste omnämnas i annonsen så att leverantörer görs medvetna om villkorets existens.<sup>6</sup>

#### ***Krav på leverantören (kvalificeringskrav)***

EG-domstolen påtalar att det aktuella villkoret inte hade att göra med kontrollen av en leverantörs lämplighet beträffande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk förmåga och kapacitet.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

<sup>2</sup> Direktiv 71/305/EEG.

<sup>3</sup> Punkt 20.

<sup>4</sup> Artikel 29 (1) anger ”Criteria for the award of contracts

1. The criteria on which the authorities awarding contracts shall base the award of contract shall be: - either the lowest price only; - or, when the award is made to the most economically advantageous tender, various criteria according to the contract: e.g. price, period for completion, running costs, profitability, technical merit.”

<sup>5</sup> Punkt 28.

<sup>6</sup> Punkt 36.

<sup>7</sup> Punkt 28.

## EG-domstolens dom i det franska skolmålet

### **Tilldelningskriterium**

Kommissionens tolkning av Beentjesdomen uteslöt möjligheten att använda kravet att anställa långtidsarbetslösa som ett kriterium för tilldelning av upphandlingskontrakt.<sup>8</sup> Enligt NOU:s tolkning avvisas detta synsätt av EG-domstolen i domen i det s.k. franska skolmålet.<sup>9</sup>

I det franska skolmålet konstaterar domstolen att bestämmelsen om utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet *inte utesluter all möjlighet* för de upphandlande enheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslöshet. Detta gäller under förutsättning att villkoret är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och under förutsättning att villkoret uttryckligen anges i upphandlingsannonsen.<sup>10</sup>

Därefter konstaterar EG-domstolen att det i Beentjesmålet tvistiga villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa utgjorde en grund för att utesluta anbudsgivare och därför endast kunde utgöra ett tilldelningskriterium.<sup>11</sup> NOU tolkar detta uttalande på så sätt att domstolen med begreppet ”tillkommande särskilt kriterium”<sup>12</sup>, som myntades i Beentjes, avser ett s.k. tilldelningskriterium<sup>13</sup>. Detta kriterium är ”tillkommande” på grund av att det inte finns uppräknat bland de tilldelningskriterier som nämns i artikel 29<sup>14</sup> i det äldre byggdirektivet.

Andra avgöranden från EG-domstolen synes dock begränsa det utrymme som medlemsstaterna kan ha för ”icke-ekonomiska hänsyn” i samband med offentlig upphandling.<sup>15</sup>

EG-domstolen kan inom kort komma att närmare uttala sig om möjligheterna att som utvärderingskriterium – vid bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – beakta ”icke-ekonomiska hänsyn”.<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> Grönbok om Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden (27 november 1996), sid. 38.

<sup>9</sup> EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

<sup>10</sup> Punkterna 50 och 51.

<sup>11</sup> Punkt 52.

<sup>12</sup> Översättning av engelskans ”additional specific condition”.

<sup>13</sup> Termen utvärderingskriterium kan också användas.

<sup>14</sup> Följande kriterier nämns i artikeln: pris, leveranstid, driftkostnader, lönsamhet (”profitability”) och tekniska egenskaper.

<sup>15</sup> Se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-380/98, punkt 17 ”... syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska...” Se för ett likande resonemang EG-domstolens domar i mål C-44/99, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkt 33 samt i mål C-360/96 BFI Holding, punkt 41.

## De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och antidiskrimineringsklausuler

**Icke-diskrimineringsprincipen** – Inom EG-fördragets tillämpningsområde skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.<sup>17</sup> I upphandlingssammanhang innebär det framförallt förbud mot inskränkningar i den fria etableringsrätten<sup>18</sup>, begränsningar i leverantörernas frihet att tillhandahålla varor och tjänster<sup>19</sup> samt inskränkningar i arbetskraftens fria rörlighet<sup>20</sup>. Icke-diskrimineringsprincipen gäller vid all offentlig upphandling.<sup>21</sup> Krav och kriterier får inte ha någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsländer. Sådan effekt har villkor som är svårare att efterleva för företag från övriga medlemsländer än för svenska företag. Om ett krav är diskriminerande eller inte kan variera mellan olika typer av upphandlingar. Det är därför viktigt att beakta icke-diskrimineringsprincipen i samband med varje enskild upphandling.

**Likabehandlingsprincipen** är en grundläggande gemenskapsrättslig princip som vid offentlig upphandling, enligt EG-domstolens praxis, betyder likabehandling av såväl faktiska som potentiella anbudsgivare.<sup>22</sup> Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga anbudsgivare skall, såvitt det ankommer på den upphandlande enheten, ges lika förutsättningar att uppfylla krav i samband med offentlig upphandling. Krav och kriterier i samband med offentlig upphandling får inte utformas med utgångspunkt i att endast en viss leverantör skall kunna antas. Valet av leverantör skall ske på objektiva grunder.

**Transparensprincipen eller principen om öppenhet och förutsebarhet** tjänar framförallt till att säkerställa likabehandling av anbudsgivarna. Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen skall präglas av öppenhet och förutsebarhet i sådan omfattning att anbudsgivare har en reell möjlighet att ta tillvara sina rättigheter. För att uppfylla målet för direktiven, nämligen att säkra utvecklingen av en effektiv konkurrens på området för upphandling, skall de kriterier och villkor som gäller för varje anbud offentliggöras på ett ändamålsenligt sätt av de upphandlande enheterna.<sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> EG-domstolens mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsinki kaupunki och HKL-Bussiliikenne. Generaladvokatens förslag till avgörande i målet lämnades den 13 december 2001.

<sup>17</sup> Artikel 12 i EG-fördraget.

<sup>18</sup> Artikel 43 i EG-fördraget.

<sup>19</sup> Artiklarna 28 och 29 i EG-fördraget.

<sup>20</sup> Artikel 39 i EG-fördraget.

<sup>21</sup> Jämför t.ex. med EG-domstolens dom i mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spottrup Boligselskab.

<sup>22</sup> EG-domstolens domar i målen C-243/89 Kommissionen mot Danmark, C-87/94 Kommissionen mot Belgien, T-203/96 Ebassy Limousines & Services, T-19/95 Adia Interim m.fl.

<sup>23</sup> Beentjes, punkt 21.

**Proportionalitetsprincipen** hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis<sup>24</sup> till gemenskapens allmänna principer, och nationella myndigheter måste<sup>25</sup>, när de tillämpar gemenskapsrätten följa denna princip även om de har en vidsträckt bedömningsfrihet<sup>26</sup>. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas.<sup>27</sup>

**Principen om ömsesidigt erkännande** innebär att svenska upphandlande myndigheter skall godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU-länder, om produkterna är jämförbara med dem som Sverige godkänner från inhemska producenter. Tillämpningen av denna princip innebär att en upphandlande enhet skall godta tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg, betyg och kvalifikationer från en annan medlemsstat som erkänns som likvärdiga med svenska motsvarigheter. För närvarande är det oklart hur denna princip inverkar på användningen av antidiskrimineringsklausuler.<sup>28</sup>

## Lagen om offentlig upphandling

### Ny bestämmelse

Regeringen föreslår att det i LOU införs en bestämmelse som påtalar möjligheten att använda särskilda villkor för hur uppdrag skall genomföras. Dessa villkor skall anges i annonsen vid upphandling över tröskelvärdena samt i annonsen *eller* förfrågningsunderlaget vid upphandling under tröskelvärdena.<sup>29</sup>

Lagförslaget bygger på kommissionens tolkning av den ovan refererade gemenskapsrättsliga praxisen och kommissionens förslag till ändring av upphandlingsdirektiven. De särskilda villkoren för kontraktets utförande skall således vara förenliga med ickediskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt EG-fördragets bestämmelser om den inre marknaden.

### Affärsmässighetsbegreppet

Enligt propositionen innehåller huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och utan ovidkommande hänsyn ” ... inte några strängare krav på hur en upphandling skall genomföras än vad som följer av EG-rätten. Det är således möjligt att ta sociala och

<sup>24</sup> EG-domstolens dom i mål C-265/87, Schröder, punkt 21.

<sup>25</sup> EG-domstolens dom i mål C-127/92, punkt 27.

<sup>26</sup> EG-domstolens dom i de förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, Testa et al., punkt 21.

<sup>27</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (Bryssel den 12.4.2000), sid.19.

<sup>28</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, sid.19 f.

<sup>29</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 9 och 12.

## BILAGA 3

arbetsmarknadspolitiska respektive miljöhänsyn i den utsträckning det är möjligt enligt det EG-rättsliga regelverket.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 35 ff.



## **Kort om antidiskrimineringslagarna och diskrimineringsombudsmännen**

### **Vilka antidiskrimineringslagar omfattar NOU:s antidiskrimineringsklausul?**

NOU:s antidiskrimineringsklausul omfattar följande lagar:

- Jämställdhetslagen (1991:433) (JämL);
- Lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (FUDA);
- Lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (EDA) och
- Lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (HomOL).

Därutöver finns ytterligare antidiskrimineringslagstiftning, t.ex. lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan och 16 kap. 9 § brottsbalken om förbud mot olaga diskriminering i näringsverksamhet. Denna lagstiftning ingår dock inte i NOU:s antidiskrimineringsklausul (se rapporten, avsnitt 3.1).

### **Gemensamt innehåll i de arbetsrättsliga antidiskrimineringslagarna**

Gemensamt för innehållet i de antidiskrimineringslagar som ingår i NOU:s klausul är att de innehåller förbud för arbetsgivare att direkt eller indirekt diskriminera eller trakassera arbetssökanden eller arbetstagare utifrån de olika skyddsaspekterna i respektive antidiskrimineringslag. Förbuden mot diskriminering gäller under hela anställningsprocessen, vid befordran, arbetsledning och uppsägning, för lön och andra anställningsvillkor. Brott mot diskrimineringsförbuden kan leda till skadestånd för arbetsgivaren. Enligt antidiskrimineringslagarna föreligger också en skadeståndssanktionerad utrednings- och åtgärdsskyldighet för arbetsgivaren vid trakasserier.

Vidare innehåller EDA-lagen, FUDA-lagen samt HomOL ett skadeståndssanktionerat förbud mot repressalier.

I ärenden som gäller anmälningar om diskriminering strävar diskrimineringsombudsmännen i första hand efter frivilliga överenskommelser mellan anmälare och arbetsgivare. Möjligheten finns att föra tvisten till arbetsdomstolen.

### **Jämställdhetslagen**

## BILAGA 4

Jämställdhetslagen är en arbetsrättslig lag som främjar kvinnors och mäns lika rätt i arbetslivet.

Jämställdhetslagen har två huvuddelar: förbud mot diskriminering på grund av kön och krav att alla arbetsgivare bedriver aktivt jämställdhetsarbete.

Kravet på aktivt jämställdhetsarbete innebär att alla arbetsgivare i samverkan med arbetstagarna ska bedriva ett målinriktat arbete för att främja jämställdheten på arbetsplatsen. Det gäller arbetsförhållanden, möjlighet att förena föräldraskap och arbete, kompetensutveckling, rekrytering och lönesättning samt insatser för att förhindra sexuella trakasserier.

Arbetsgivare med minst tio anställda ska varje år upprätta en jämställdhetsplan med en kartläggning av arbetsplatsen, mätbara mål för ökad jämställdhet, konkreta åtgärder som leder dit samt en utvärdering av hur åtgärder har genomförts under det gångna året. Arbetsgivaren ska även upprätta en handlingsplan för jämställda löner. En arbetsgivare som inte följer föreskrifterna för aktivt jämställdhetsarbete kan vitesföreläggas. En framställan om vitesföreläggande görs till jämställdhetsnämnden.<sup>1</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. funktionshinder (EDA)**

EDA-lagen består i likhet med jämställdhetslagen av två avsnitt. Det ena avsnittet består av krav på arbetsgivaren att vidta aktiva åtgärder för etnisk mångfald. Det andra avsnittet består av regler om förbud mot etnisk diskriminering i enskilda fall. Med etnisk tillhörighet avses i denna lag att någon tillhör en grupp av personer som har samma ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse.

Arbetsgivare skall bedriva ett målinriktat arbete för att främja etnisk mångfald i arbetslivet genom att själv ta initiativ till åtgärder, arbeta planmässigt, t.ex. genom att utarbeta och genomföra en mångfaldsplan samt genom att sätta klara och mätbara mål. Arbetsgivaren skall genomföra en eller flera konkreta åtgärder beträffande arbetsförhållanden, etniska trakasserier och rekrytering.<sup>2</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. funktionshinder (FUDA)**

FUDA-lagen ska motverka att arbetsgivare diskriminerar funktionshindrade i arbetslivet. Den innehåller ovan nämnda diskrimineringsförbud.

Med funktionshinder menas begränsningar av en persons fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga funktionsförmåga. Funktionshindren skall vara

<sup>1</sup> Information från Jämställdhetsombudsmannen, mars 2002.

<sup>2</sup> Information från Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, mars 2002.

## BILAGA 4

varaktiga. De kan bero på en sjukdom eller skada som fanns vid födseln, har uppstått senare i livet eller förväntas uppstå.

En arbetsgivare kan vara skyldig att ge människor med funktionshinder liknande förutsättningar som andra på arbetsplatsen. Det kallas stöd- och anpassningsåtgärder.

Exempel på sådana åtgärder är:

- att ta bort trösklar på kontoret för en rullstolsburen person
- att förstärka belysningen för en synskadad person
- att erbjuda en person med reumatism flexibel arbetstid

Detta gäller när arbetsgivaren anställer, befordrar eller utbildar personal. Att genomföra personalutbildning i en lokal utan hörselslinga, om en anställd är hörselskadad, kan vara ett exempel på diskriminering.<sup>3</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. sexuell läggning (HomOL)**

HomOL stadgar, som nämnts ovan, ett förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering i arbetslivet p.g.a. sexuell läggning samt mot repressalier. Med sexuell läggning avses en persons homo-, bi- eller heterosexuallitet.

## **Råd och stöd från antidiskrimineringsombudsmännen**

### **Diskrimineringsombudsmännen**

De myndigheter som ansvarar för frågor om antidiskriminering är främst:

- Jämställdhetsombudsmannen (JämO)
- Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO)
- Handikappombudsmannen (HO)
- Ombudsmannen mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning (HomO)

JämO ansvarar för tillsynen över jämställdhetslagen, DO över EDA-lagen, HO över FUDA-lagen samt HomO över HomOL.

### **Råd och stöd från diskrimineringsombudsmännen**

Diskriminering är ett brott mot principen om likabehandling som i sin tur är en grundläggande mänsklig rättighet. Diskrimineringsombudsmännen har en allmän informations- och rådgivningsskyldighet beträffande respektive antidiskrimineringslagstiftning. Det innebär bl.a. att ombudsmännen kan uttala sig i frågan om en behandling är acceptabel enligt

---

<sup>3</sup> Handikappombudsmannens hemsida [www.ho.se](http://www.ho.se), 2002-04-30.

likabehandlingsprincipen. Ombudsmännen har dock inte någon möjlighet att besluta om antidiskrimineringsklausulen efterlevs i det enskilda fallet. Vidare saknar ombudsmännen möjligheter att ge råd och stöd beträffande upphandlingsfrågor i allmänhet utan endast i frågor som rör antidiskrimineringslagstiftningen.<sup>4</sup>

Ombudsmännen främsta roll beträffande råd och stöd till leverantörer och upphandlande enheter om antidiskrimineringslagstiftningen efterlevnad och uppföljning av antidiskrimineringsklausulerna, är att informera och utbilda ”utbildare”. Med utbildare avses de organisationer som ligger närmast till hands för att ha en rådgivande och stödjande funktion i detta sammanhang som t.ex. antidiskrimineringsansvariga inom kommun, landsting, länsstyrelser och statliga myndigheter samt olika intresse- och branschorganisationer.

## Kontaktuppgifter

### Jämställdhetsombudsmannen (JämO)

Box 3397, 103 68 STOCKHOLM

tfn 08-440 10 60

e-post: [info@jamombud.se](mailto:info@jamombud.se)

[www.jamombud.se](http://www.jamombud.se)

### Handikappombudsmannen (HO)

Box 491 32, 100 29 STOCKHOLM

tfn 08-20 17 70

e-post [info@ho.se](mailto:info@ho.se)

[www.ho.se](http://www.ho.se)

### Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO)

Katarina Bangata 79, 116 42 STOCKHOLM

tfn 08-556 09 500

e-post [mail@do.se](mailto:mail@do.se)

[www.do.se](http://www.do.se)

### Ombudsmannen mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning (HomO)

Katarina Bangata 79, 116 42 STOCKHOLM

tfn 08 - 55 60 95 25

e-post: [homo@homo.se](mailto:homo@homo.se)

[www.homo.se](http://www.homo.se)

---

<sup>4</sup> Inom ramen för Tillgänglighetscentret, som är en del av Handikappombudsmannen, pågår ett projekt om hur de upphandlande enheterna kan ställa krav på tillgänglighet och användbarhet för människor med funktionshinder vid upphandling av varor och tjänster. Projektet syftar till att ta fram ett verktyg för upphandlande enheter som ska kunna användas för att driva på utvecklingen mot ett tillgängligare samhälle.

**FRÅGOR MED ANLEDNING AV NOU:s EXEMPEL PÅ  
ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSUL**

1. I hur många offentliga tjänste-, bygg- eller  
anläggningsentreprenadupphandlingar deltar ert företag per år?

- Inga (om ni kryssar här behöver ni inte besvara ytterligare frågor)
- 1-2 upphandlingar per år
- 2-10 upphandlingar per år.
- Annat (ange ungefärligt antal): \_\_\_\_\_ upphandlingar per år.

2. Skulle ert företag avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där  
NOU:s klausulexempel (bilaga 1) tillämpas?

- Ja (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 3 och 7)
- Nej
- Vet ej

3. Om ni svarat ja på fråga 2 vad är ert skäl för detta?

- Ökad administrativ/ekonomisk börda.
  - Ökad rättsosäkerhet.
  - Annan orsak: \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_

Enligt NOU:s klausulexempel är leverantören skyldig att, vid vite, på begäran av den upphandlande enheten *skriftligen redovisa* vilka åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelsen att under kontraktstiden följa antidiskrimineringslagarna. Det innebär att ni skall redogöra för de åtgärder – utifrån lagarnas förpliktelser – som ert företag vidtar för att undvika att direkt eller indirekt diskriminera arbetssökanden eller anställda p.g.a. kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Information om lagarnas innehåll hittar ni på diskrimineringsombudsmännens gemensamma webbplats

[www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

4. Hur lång tid bedömer ni att ert företag får lägga ner på att skriftligen besvara **en** sådan begäran som beskrivs i ovanstående ruta?

**Svar:** \_\_\_\_\_ timmar per begäran.

5. Hur mycket bedömer ni ert företags genomsnittliga kostnad per timme vara för att ta fram ovan begärda dokumentation?

**Svar:** \_\_\_\_\_ kronor per timme.

6. Har företaget egen kompetens att utforma dokumentation som syftar till att upplysa den upphandlande enheten om hur företaget följer de svenska antidiskrimineringslagarna?

- Ja
- Nej

7. Anser ni att NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom er bransch?

- Nej
- Ja
- Vet ej

8. Övriga synpunkter: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**TACK FÖR ER MEDVERKAN!**

Enkäten är besvarad av: \_\_\_\_\_

på företaget: \_\_\_\_\_

Telefonnummer: \_\_\_\_\_

E-post: \_\_\_\_\_

### **NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i upphandlingskontrakt**

**§ 1** Leverantören skall vid utförande av uppdraget i Sverige följa gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

**§ 2** Den upphandlande enheten får under uppdragstiden begära att leverantören inom viss tid, dock minst en vecka från enhetens begäran, skriftligen redovisar de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1.

**§ 3** Vite skall utgå med (x)<sup>1</sup> procent av ett prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Är det uppenbart att leverantören följer § 1 skall dock inget vite utgå.

Vite skall utgå om (x)<sup>2</sup> procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår till den dag då tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (y)<sup>3</sup> procent av kontraktets värde.

Vitet förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

**§ 3 gäller endast om antal veckor och procentsatser angivits. Se fotnoterna!**

**§ 4** Den upphandlande enheten har rätt att häva kontraktet om förpliktelserna i § 1 har överträtts på ett väsentligt sätt. Innan den upphandlande enheten häver kontraktet skall leverantören ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad av § 1.

<sup>1</sup> Omfattningen av engångsvitet får ställas i relation till det beräknade kontraktetsbeloppet. Det innebär att den upphandlande enheten får göra en bedömning i varje enskilt fall. NOU kommer sannolikt att rekommendera att den upphandlande enheten lägger sig på ca 5 % av ett prisbasbelopp.

<sup>2</sup> NOU rekommenderar 0,2 %.

<sup>3</sup> NOU rekommenderar 3 %.

- 5 §** Tvist mellan leverantören och den upphandlande enheten om tillämpningen av §§ 1-4 skall avgöras med tillämpning av svensk rätt av allmän domstol där den upphandlande enheten har sitt säte.
- § 6** Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
tfn +46-8-556 095 25.  
Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)



## Enkät om förväntad användning av antidiskrimineringsklausul

1. Är det sannolikt att ni kommer att använda NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul (se bilaga 1) vid era tjänste-, bygg- eller anläggningsupphandlingar? Rådfråga gärna era beslutsfattare.

- Ja
- Nej (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 2).
- Nej, vi avser att använda egna antidiskrimineringsklausuler (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 2).
- Vet inte

2. Har ni stämt av svaret i fråga 1 med era beslutsfattare?

- Ja
- Nej

3. Vid hur många tjänste-, bygg- och anläggningsupphandlingar per år bedömer ni att NOU:s antidiskrimineringsklausul kommer att användas?

- Högst 10 upphandlingar per år.
- Mellan 10 och 30 upphandlingar per år.
- Mellan 30 och 50 upphandlingar per år.
- Annat antal: \_\_\_\_\_ upphandlingar per år.

4. Hur många små företag med högst 20 anställda bedömer ni att er kommun/landsting/statliga myndighet kommer att teckna kontrakt med innehållande NOU:s antidiskrimineringsklausul?

- Inga.
- 1-10 avtal per år.
- 10-30 avtal per år.
- Annat antal: \_\_\_\_\_ avtal per år.
- Vet ej.

5. NOU:s antidiskrimineringsklausul innehåller en möjlighet för den upphandlande enheten att begära att leverantören skriftligen redovisar för vilka åtgärder han vidtagit med anledningen av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. Hur ofta bedömer ni att denna möjlighet till uppföljning och kontroll kommer utnyttjas?

- Endast vid misstanke om att leverantören överträder sina förpliktelser enligt klausulen.
- En gång under varje kontrakts löptid.
- Annat: \_\_\_\_\_

6. Övriga synpunkter eller förslag: \_\_\_\_\_

Enkäten är besvarad av: \_\_\_\_\_

Namnet på er kommun/landsting/statliga myndighet:

\_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-post: \_\_\_\_\_

## **NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i upphandlingskontrakt**

**§ 1** Leverantören skall vid utförande av uppdraget i Sverige följa gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

**§ 2** Den upphandlande enheten får under uppdragstiden begära att leverantören inom viss tid, dock minst en vecka från enhetens begäran, skriftligen redovisar de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1.

**§ 3** Vite skall utgå med (x)<sup>1</sup> procent av ett prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Är det uppenbart att leverantören följer § 1 skall dock inget vite utgå.

Vite skall utgå om (x)<sup>2</sup> procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår till den dag då tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (y)<sup>3</sup> procent av kontraktets värde.

Vitet förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

**§ 3 gäller endast om antal veckor och procentsatser angivits. Se fotnoterna!**

**§ 4** Den upphandlande enheten har rätt att häva kontraktet om förpliktelserna i § 1 har överträtts på ett väsentligt sätt. Innan den upphandlande enheten häver kontraktet skall leverantören ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad av § 1.

<sup>1</sup> Omfattningen av engångsvitet får ställas i relation till det beräknade kontraktsbeloppet. Det innebär att den upphandlande enheten får göra en bedömning i varje enskilt fall. NOU kommer sannolikt att rekommendera att den upphandlande enheten lägger sig på ca 5 % av ett prisbasbelopp.

<sup>2</sup> NOU rekommenderar 0,2 %.

<sup>3</sup> NOU rekommenderar 3 %.

- 5 §** Tvist mellan leverantören och den upphandlande enheten om tillämpningen av §§ 1-4 skall avgöras med tillämpning av svensk rätt av allmän domstol där den upphandlande enheten har sitt säte.
- § 6** Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
tfn +46-8-556 095 25.  
Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

Datum  
2000-11-27  
Ert datum  
2000-07-06

Vår beteckning  
2000/0231-28  
Er beteckning  
Fi2000/2554

Regeringen  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport från Nämnden för offentlig upphandling avseende uppdraget från regeringen att verka för utveckling av allmänt tillgängliga elektroniska databaser

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2000-07-06) kartlagt befintliga elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), vidtagit åtgärder som syftar till utveckling av nya databaser och spridit information om dessa. Uppdraget redovisas i den bifogade rapporten.

Beslut om utformning av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 november 2000. Vid nämndsammanträdet deltog kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kammarrättsassessorn Charlotte Hedberg, upphandlingsexperten Lisbeth Johnson och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredraget förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

## INNEHÅLL

<b>1. Sammanfattning</b>	<b>2</b>
<b>2. Inledning</b>	<b>3</b>
2.1 Uppdragets omfattning	3
2.2 Metod	3
<b>3. Lagändringarna</b>	<b>4</b>
3.1 Annonsering vid förenklad upphandling och vid formgivningstävling	4
3.2 Annonsering vid urvalsupphandling	5
3.3 Databaser för annonsering – ingen statlig uppgift	5
<b>4. Annonsera i en "elektronisk databas som är allmänt tillgänglig"</b>	<b>6</b>
4.1 Annonsering i en elektronisk databas	6
4.2 Begreppet "allmänt tillgänglig"	6
<b>5. Kartläggning av elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar</b>	<b>8</b>
5.1 Vad har kartlagts	8
5.2 Kartläggningen	9
<b>6. Åtgärder som syftar till att nya databaser utvecklas</b>	<b>13</b>
6.1 Allmänt	13
6.2 Elektroniska databaser under utveckling	14
<b>7. Sprida information om allmänt tillgängliga elektroniska databaser</b>	<b>15</b>
7.1 Vidtagna åtgärder	15
7.2 Förslag till informationsåtgärder	15
<b>8. Synpunkter på annonseringsbestämmelserna</b>	<b>16</b>
8.1 Upphandlande enheter och deras inköpare	16
8.2 Leverantörer och leverantörsföreträdare	17
8.3 Leverantörer av elektroniska databaser som annonserar offentliga upphandlingar	18
8.4 Synpunkter från samrådsorganisationerna	18
Ordlista	19
Bilaga 1 Regeringsuppdraget	
Bilaga 2 Uppgifter i annons och ansökningsinbjudan	
Bilaga 3 TED och SIMAP - EU:s projekt för elektroniska annonsering	

## 1. Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen uppgår enligt Upphandlingskommitténs beräkningar till omkring 400 miljarder kronor per år. Det motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster (BNP) i Sverige. Omkring 200 000 upphandlingar görs varje år. I denna summa ingår inte direktupphandlingar, dvs. när upphandlingens värde är lågt eller då "synnerliga skäl" föreligger. Det stora flertalet av de 200 000 upphandlingarna är förenklade upphandlingar som styrs av bestämmelserna i 6 kap. LOU. Resten – ca 3 500 – utgörs av upphandlingar över tröskelvärdena, dvs. sådana upphandlingar som omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv.<sup>1</sup> NOU har gjort bedömningen att 20 procent av det totala värdet av den offentliga upphandlingen avser direktivstyrda upphandlingar och att resten styrs av 6 kap. LOU.<sup>2</sup>

Regeringens uppdrag till NOU (bilaga 1) har sin grund i proposition 1999/2000:128 som antogs den 15 november 2000 av riksdagen<sup>3</sup>. Från och med den 1 januari 2001<sup>4</sup> införs en annonseringsplikt avseende förenklade upphandlingar och formgivningstävlingar, som i och med lagändringen får tillämpas vid upphandling som understiger tröskelvärdena. Förenklade upphandlingar och formgivningstävlingar skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens.

Från årskiftet får s.k. urvalsupphandling tillämpas vid sådan upphandling som omfattas av bestämmelserna i 6 kap. LOU. Vid urvalsupphandling har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud. Därefter bjuder den upphandlande enheten in vissa av sökandena att lämna anbud. Den upphandlande enhetens ansökningsinbjudan skall annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

NOU har i enlighet med regeringsuppdraget kartlagt allmänt tillgängliga elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar. Kartläggningen bygger på NOU:s tidigare kännedom om olika annonsdatabaser. Vidare har NOU genom, bl.a. annonser på sin hemsida fått kontakt med några ytterligare databasleverantörer.

I syfte att verka för uppkomsten av nya elektroniska databaser har NOU bl.a. hållit ett informationsmöte med samtliga kända leverantörer av databaser som annonserar offentliga upphandlingar över respektive under tröskelvärdena. Flera av dessa företag har visat intresse för den "nya" annonsmarknaden. Under

---

<sup>1</sup>SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, sid. 54.

<sup>2</sup>NOU info mars -98.

<sup>3</sup>Ändringarna kungörs i SFS 2000:877.

<sup>4</sup>Under en övergångsperiod om ett halvår (t.o.m. 30 juni 2001) får dock den upphandlande enheten möjlighet att välja om en förenklad upphandling skall genomföras genom annons eller skrivelse, dvs. i enlighet med de bestämmelser som gällde före årsskiftet.

uppdragstiden har vissa begränsade informationsåtgärder vidtagits. NOU har till exempel informerat om regeringsuppdraget och lagförslagen vid olika konferenser, i NOU:s nyhetsbrev och på NOU:s hemsida. NOU lämnar i rapporten förslag på hur myndighetens hemsida skall kunna användas i syfte att i framtiden sprida information om allmänt tillgängliga elektroniska databaser. Det förutsätter dock att resurser ges till detta.

Under uppdragstiden har NOU haft flera kontakter med företrädare för upphandlande enheter, branschorganisationer, enskilda leverantörer, inköpare och databasleverantörer. Regeringens förslag om annonsering i elektroniska databaser, som sedermera antagits av riksdagen, har föranlett en intensiv debatt som NOU väljer att redovisa för regeringen.

## 2. Inledning

### 2.1 Uppdragets omfattning

NOU har avgränsat uppdraget till att avse en kartläggning av elektroniska databaser vilka annonserar upphandlingar som görs enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. NOU har kartlagt vissa uppgifter om databasleverantörerna i syfte att underlätta de upphandlande enheternas bedömning av databasernas "allmänna tillgänglighet".

NOU beskriver kortfattat de åtgärder som vidtagits under uppdragstiden i syfte att utveckla nya elektroniska databaser. Som en utvecklingsåtgärd redovisar NOU namnen på de privata och offentliga aktörer som i samtal med NOU påtalat att de har mer eller mindre långtgående planer på att ge sig in på annonsmarknaden för förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar.

NOU ger därefter förslag på olika sätt att sprida information om allmänt tillgängliga elektroniska databaser. Vidare beskrivs kortfattat de informationsåtgärder som vidtagits under uppdragstiden.

Utöver regeringsuppdraget redovisar NOU olika synpunkter på lagändringarna som under uppdragstiden framförts av olika aktörer inom den offentliga upphandlingen.

### 2.2 Metod

NOU har utgått från sin övergripande kunskap om vilka databasleverantörer som finns på upphandlingsområdet. Genom sökningar på Internet har ytterligare databaser kunnat identifieras. Vidare har annonser på NOU:s hemsida lett till flera tips om och kontakter med databasleverantörer.

I arbetet med uppdraget har NOU skriftligen och vid olika möten samrått med Landstingsförbundet, Svenska Kommunförbundet, Kommerskollegium,



Kammarkollegiet, Industriförbundet, Företagarnas Riksorganisation, SAF samt olika databasleverantörer.

Information om databasleverantörerna och deras tjänster har insamlats från hemsidor och genom telefonkontakter. NOU har i samarbete med databasleverantörerna tagit fram de uppgifter som kartlagts.

### 3. Lagändringarna

#### 3.1 Annonsering vid förenklad upphandling och vid formgivningstävling

Den första januari 2001 träder den lagändring (SFS 2000:877) som föreslås i proposition 1999/2000:128 i kraft.<sup>5</sup> En upphandlande enhet som använder förenklad upphandling skall – utom i vissa särskilda fall – annonsera upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annonsera på annat sätt som leder till effektiv konkurrens.<sup>6</sup> Det innebär att en annonseringsplikt införs i 6 kap. LOU avseende förenklade upphandlingar. Syftet med den utökade annonseringsplikten är enligt regeringen, att öka möjligheterna för små och medelstora företag att delta i den offentliga upphandlingen. Därigenom antas en ökad konkurrens leda till besparingar för de upphandlande enheterna. Lagändringarna innebär dock inte ett krav på att annonsering *skall* ske i en elektronisk databas. Ett sådant krav skulle enligt regeringens mening vara alltför långtgående när det gäller vanliga förenklade upphandlingar. Annonsering får även ske på annat sätt under förutsättning att det leder till effektiv konkurrens.<sup>7</sup> Det kan enligt NOU:s bedömning vara i rikstäckande dagstidningar, branschtidningar eller andra tidskrifter. Enligt propositionen är det dock i allmänhet inte tillräckligt att den upphandlande enheten annonserar på sin egen hemsida, i en lokaltidning eller på kommunens anslagstavla.<sup>8</sup>

Enligt regeringens förslag skall formgivningstävlingar (motsvarande bestämmelserna i 5 kap. 28, 30-33 §§) även kunna tillämpas vid upphandling av arkitekttjänster m.m.<sup>9</sup> som understiger tröskelvärdena. Formgivningstävlingar skall liksom förenklade upphandlingar annonseras i en elektronisk databas eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Under en övergångsperiod om ett halvår (t.o.m. 30 juni 2001) får dock den upphandlande enheten möjlighet att välja om en förenklad upphandling skall genomföras genom annons eller skrivelse, dvs. i enlighet med de bestämmelser som gällde före årsskiftet.

<sup>6</sup> Prop. 1999/2000:128, sid. 24 f.

<sup>7</sup> A.a., sid. 24 f.

<sup>8</sup> A.a., sid. 26.

<sup>9</sup> De tjänster som få bli föremål för formgivningstävlingar är beskrivna under avdelning A grupp 13 i bilagan till LOU. Utöver arkitekttjänster omfattas även ingenjörs- och konstruktörstjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur samt anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster.

<sup>10</sup> Prop. 1999/2000:128, sid. 32 f.

### 3.2 Annonsering vid urvalsupphandling

Från och med den första januari 2001 får upphandlande enheter tillämpa ett nytt upphandlingsförfarande – urvalsupphandling – vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster<sup>11</sup> under tröskelvärdena samt B-tjänster<sup>12</sup> och försvarsprodukter m.m. oavsett värde. Enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU innebär urvalsupphandling "upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud". Vid urvalsupphandling skall den upphandlande enheten annonsera en s.k. ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Med ansökningsinbjudan avses att den upphandlande enheten bjuder in intresserade leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. Enligt 6 kap. 2 c § LOU skall det framgå av inbjudan hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och den dag då ansökan senast skall ha inkommit. Den upphandlande enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att ge möjlighet att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås. Ansökningstiden skall enligt propositionen vara minst 10 dagar fr.o.m. den dag då enhetens ansökningsinbjudan publicerades. Den upphandlande enheten gör därefter ett urval genom kvalificering av de leverantörer som lämnat in ansökan, innan enheten bjuder in till anbudsgivning.<sup>13</sup>

### 3.3 Databaser för annonsering – ingen statlig uppgift

Att driva elektroniska databaserna för annonsering bör enligt regeringens förslag och riksdagens beslut inte vara en statlig uppgift. De anser att marknadskrafterna får utveckla system som är attraktiva för de upphandlande enheterna och leverantörerna.<sup>14</sup>

Upphandlingskommittén föreslog att tillsynsmyndigheten skall godkänna de elektroniska databaserna. Regeringen anser inte att det finns ett tillräckligt stort behov av detta. Det är enligt regeringen, svårt att fastställa objektiva kriterier för ett sådant godkännande. Det påpekas att de upphandlande enheterna har eller i de flesta fall bör ha starka skäl för att välja en databas som är tillgänglig för så många tänkbara leverantörer som möjligt, och därmed är allmänt tillgänglig, utifrån enhetens intresse av en effektiv konkurrens och möjligheterna att uppnå förmånliga inköpsvillkor.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Med A-tjänster avses sådana tjänster som listas i avdelning A i bilagan till LOU.

<sup>12</sup> Med B-tjänster avses sådana tjänster som listas i avdelning B i bilagan till LOU.

<sup>13</sup> Prop. 1999/2000:128, sid. 10 och 23 ff.

<sup>14</sup> Prop. 1999/2000:128, sid. 26 och 2000/01:FIU8, sid. 12.

<sup>15</sup> Prop. 1999/2000:128, sid. 26.

## 4. Annonsera i en "elektronisk databas som är allmänt tillgänglig"

### 4.1 Annonsering i en elektronisk databas

I 6 kap. 2 a § LOU står följande att läsa "Vid förenklad upphandling skall den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens ...". Enligt 6 kap. 2 c § LOU skall den upphandlande enheten vid urvalsupphandling "... publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig ...". I propositionen talas om elektronisk annonsering som ett sätt att *offentliggöra* de upphandlingar som är förestående. Vidare påtalas vikten av ökad öppenhet för främjandet av små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.<sup>16</sup> NOU tolkar dessa uttalanden som att det krävs att annonserna skall kunna sökas i den elektroniska databas som den upphandlande enheten använder för annonsering. Sådana databasleverantörer som endast erbjuder möjlighet för leverantören att prenumerera på vissa bestämda upphandlingar kan därmed inte anses uppfylla regeringens krav på allmän tillgänglighet. Detsamma gäller för de databaser som endast förmedlar namn på tänkbara leverantörer till den upphandlande enhet som är intresserad av en viss tjänst eller vara.

Det saknas en legaldefinition av begreppet elektronisk databas. En databas utgör enligt allmänt språkbruk en samling uppgifter, ett register över uppgifter. NOU gör tolkningen att med "elektronisk databas" kan avses alltifrån en webbsida där data om offentliga upphandlingar publiceras till mera avancerade elektroniska register över upphandlingsannonser där upphandlingsinformationen ordnats enligt ett särskilt system.

### 4.2 Begreppet "allmänt tillgänglig"

#### 4.2.1 Regeringens definition

Med begreppet allmänt tillgänglig menas enligt proposition 1999/2000:128 att "... annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla."<sup>17</sup> I propositionen står också att läsa att "Upphandlande enheter har eller bör i de flesta fall ha starka skäl att välja en databas som är tillgänglig för så många tänkbara leverantörer som möjligt, och därmed är allmänt tillgänglig, utifrån enhetens intresse av en effektiv konkurrens och möjligheterna att uppnå förmånliga inköpsvillkor."<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> A.a., sid. 25 f.

<sup>17</sup> A.a., sid. 26.

<sup>18</sup> A.a., sid. 26.

#### 4.2.2 NOU:s tolkning av begreppet "allmänt tillgänglig"

Till regeringens definition av begreppet "allmänt tillgänglig" vill NOU tillägga att valet av annonseringssätt och databas skall återspegla ett aktivt utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Det följer av huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU.

Det tyckas råda en nyansskillnad mellan att "utnyttja befintlig konkurrens" och "uppnå effektiv konkurrens". Det senare som ingår i regeringens definition av begreppet "allmänt tillgänglig", förefaller ställa högre krav på att effektiv konkurrens faktiskt uppnås i den enskilda upphandlingen. NOU betvivlar dock att regeringens definition skall tolkas så att den upphandlande enheten i samband med valet av annonsdatabas på något sätt skall försäkra sig om att ett minsta antal anbud lämnas vid alla typer av upphandlingar. Detta är uppenbarligen inte möjligt. Den upphandlande enheten skall dock låta bli att annonsera i sådana databaser som inte har någon spridning bland tänkbara leverantörer (jämför med prop. "Upphandlande enheter har eller bör i de flesta fall ha starka skäl att välja en databas som är tillgänglig för *så många tänkbara leverantörer* [egen kursiv] som möjligt, och därmed är allmänt tillgänglig..."<sup>19</sup>). Valet av databas får NOU utgå från marknaden för den vara eller tjänst som skall upphandlas. NOU anser att åtminstone följande omständigheter bör beaktas;

- att databasleverantören erbjuder sina tjänster till åtminstone de leverantörer inom den bransch som kan förväntas vara intresserade av att lämna anbud i den aktuella upphandlingen,
- att den elektroniska databasen är internetbaserad,
- att leverantörens kostnad för att söka i databasen är rimlig,
- att den upphandlande enhetens kostnad för annonsering i databasen är rimlig,
- att den teknik som används i databasen är tillgänglig till en rimlig kostnad, t.ex. krav på vanlig Internet browser och e-postprogram får anses ligga inom rimlighetens ramar,
- att databasen är sökbar på åtminstone den vara eller tjänst som upphandlas och den enhet som upphandlar,
- att annonsen respektive ansökningsinbjudan utan onödigt dröjsmål publiceras i databasen<sup>20</sup> och
- att annonsen respektive ansökningsinbjudan publiceras i databasen under hela anbuds- eller ansökningstiden.

#### 4.2.3 Annonsering på upphandlande enhetens egna hemsida

Regeringen anger i propositionen att det i allmänhet inte kan anses tillräckligt att annonsera på den egna hemsidan. Det föreligger dock inget hinder mot att göra

---

<sup>19</sup> A.a., sid. 26.

<sup>20</sup> Leverantören skall enligt prop. 1999/2000:128, sid. 24 vid urvalsupphandling ges minst 10 dagar, från det att ansökningsinbjudan publicerades, att ansöka om att få lämna anbud. Enligt 6 kap. 5 § skall "...anbudsgivare ges skäligen till att lämna anbud."

detta som ett komplement till annonsering i en elektronisk databas under förutsättning att likabehandlingsprincipen beaktas. För att inte bryta mot denna princip bör publicering på enhetens egen hemsida inte ske förrän annonsen eller ansökningsinbjudan avsänts för publicering i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Vidare bör samma information erbjudas alla leverantörer oavsett om de känner till den upphandlande enhetens hemsida eller inte. För att inte onödigt tynga annonsen i den allmänt tillgängliga databasen kan i annonsen finnas en länk eller en referens till den upphandlande enhetens hemsida.

#### 4.2.4 Annonser och ansökningsinbjudan

NOU anser att den information som ges i upphandlingsannonserna skall vara tillräcklig för att en leverantör skall kunna göra en bedömning om han vid förenklad upphandling skall begära ut anbudshandlingarna. En annons bör dock inte vara alltför detaljerad eller omfattande om databasen saknar användarvänliga sökverktyg. Vill den upphandlande enheten lämna mer utförlig information om upphandlingen kan detta ske t.ex. genom en länk i annonsen till enhetens hemsida. NOU ger i bilaga 2 förslag på uppgifter som bör framgå av annonsen vid förenklad upphandling och ansökningsinbjudan vid urvalsupphandling.

### 5. NOU:s kartläggning av elektroniska databaser som annonserar förenklade upphandlingar

#### 5.1 Vad har kartlagts

Den information som inhämtats vid kartläggningen av befintliga databaser är den som bedömts vara av störst intresse för de upphandlande enheterna vid deras val av en allmänt tillgänglig elektronisk databas. De företag som kartlagts är på intet sätt godkända eller auktoriserade av NOU som varande "allmänt tillgängliga". Den bedömningen faller på de upphandlande enheterna att göra i den enskilda upphandlingen. Kartläggningen gör heller inte anspråk på att vara uttömmande.

Utöver databasleverantörens namn, postadress, webbadress, e-post, telefon och telefax har följande information inhämtats.

**Beskrivning av tjänsten:** Under denna punkt anges den tjänst som databasleverantören erbjuder den upphandlande enheten och leverantören. Med *annonseringstjänst* avses att den upphandlande enheten kan annonsera sina upphandlingar i den ifrågavarande databasen. Med *söktjänst* menas att databasleverantören erbjuder leverantörer m.fl. att på egen hand göra mer eller mindre avancerade sökningar i databasen. Databasleverantörer erbjuder även i stor utsträckning olika former av *prenumerations tjänster* vilket innebär att kunden kontaktas per e-post, fax eller dylikt när upphandlingar inkommit som passar kundens önskemål. Här redovisas också vilka upphandlingar som annonseras i databasen, dvs. om det rör sig om såväl privata som offentliga upphandlingar och om databasen omfattar offentliga upphandlingar över respektive under

tröskelvärdena. EU:s databas för offentliga upphandlingar TED och EU-projektet SIMAP beskrivs närmare i bilaga 3.

**Branshinriktning:** Under denna punkt anges om databasleverantörens tjänster riktar sig till alla upphandlande enheter och leverantörer vid samtliga upphandlingar eller om den inriktar sig på en viss bransch eller vissa upphandlande enheter.

**Priser:** Här anges cirkapriser exklusive moms för de annons-, sök- respektive prenumerationstjänster som databasleverantören erbjuder.

**Speciella krav på programvara:** Här anges om speciell programvara, dvs. om något annat behövs än en vanlig PC med Internet browser och e-postprogram, för att tillgodogöra sig de annons-, sök- respektive prenumerationstjänster som databasleverantören erbjuder.

## 5.2 Kartläggningen

De elektroniska databaser som har kartlagts under denna rubrik är i drift och annonserar mer än ett fåtal upphandlingar per månad. Databaserna anges i bokstavsordning.

**Namn:** API Online  
**Postadress:** Box 5137,  
426 05 Västra Frölunda  
**Webbadress:** www.api.se  
**E-post:** info@api.se  
**Telefon:** 031-69 01 80  
**Telefax:** 031-69 03 70 alt. 69 34 80

**1. Beskrivning av tjänsten:** API erbjuder sök- och prenumerationstjänster avseende offentliga upphandlingar över tröskelvärdena och förenklade upphandlingar som annonserats i TED respektive API:s databas. Annonsering av förenklade upphandlingar kan göras på API:s hemsida. FöretagsFakta Information & Ekonomi i Klippan AB använder sig av samma databas.

**2. Branshinriktning:** Databasen är öppen för alla typer av upphandlande enheter och leverantörer.

### 3. Priser

a) för annonsering i databasen: Gratis  
b) för att söka i databasen: Gratis  
c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: 5 900 kr/år

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

---

Datum  
2000-11-27

Vår beteckning  
2000/0231-28

**Namn:** Anbudsjournalen (AJ)  
**Postadress:** Box 406  
791 28 Falun  
**Webbaddress:** [www.ajour.se](http://www.ajour.se)  
**E-post:** info@ajour.se  
**Telefon:** 023-652 00  
**Telefax:** 023-652 05

**1. Beskrivning av tjänsten:** AJ erbjuder sök- och prenumerationstjänster avseende offentliga upphandlingar över tröskelvärdena och förenklade upphandlingar som annonserats i TED respektive AJ:s databas Ajour. I Ajour kan den upphandlande enheten annonsera alla typer av offentliga upphandlingar. AJ korrekturläser uppgifterna i upphandlingsannonserna innan de publiceras i TED eller Ajour. Databasen Ajour har varit i drift sedan 1995. AJ samarbetar med och ägs av ProTender AB.

**2. Branshinriktning:** Databasen är öppen för alla typer av upphandlande enheter och leverantörer.

### 3. Priser

- a) för annonsering i databasen: Gratis  
b) för att söka i databasen: 1200-5 400 kr/år  
c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: 4 400 kr/år

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

**Namn:** Euro Business Link (EBL)  
**Postadress:** Bankgränd 1  
824 43 Hudiksvall  
**Webbaddress:** [www.ebl.se](http://www.ebl.se)  
**E-post:** info@ebl.se  
**Telefon:** 0650-767 00  
**Telefax:** 0650-101 72

**1. Beskrivning av tjänsten:** EBL erbjuder sök- och prenumerationstjänster avseende offentliga upphandlingar över tröskelvärdena och förenklade upphandlingar som annonserats i TED respektive EBL:s databas. I EBL:s databas kan den upphandlande enheten annonsera alla typer av offentliga upphandlingar. Databasen har varit i drift sedan 1994.

**2. Branshinriktning:** Databasen är öppen för alla typer av upphandlande enheter och leverantörer.

### 3. Priser

- a) för annonsering i databasen: Gratis  
b) för att söka i databasen: 1 395 kr/år

**c) för att prenumerera på upphandlingsannonser:** 6 000 kr/år

**4. Speciella krav på programvara:** Nej

**Namn:** FöretagsFakta Information & Ekonomi AB

**Postadress:** FöretagsFakta Information & Ekonomi AB

Box 104

264 31 Klippan

**Webbadress:** www.anbud.foretagsfakta.se

**E-post:** info@foretagsfakta.se

**Telefon:** 020-33 16 00

**Telefax:** 0435-77 91 28

**1. Beskrivning av tjänsten:** FöretagsFakta erbjuder sök- och prenumerationstjänster avseende offentliga upphandlingar över tröskelvärdena och förenklade upphandlingar som annonserats i TED respektive FöretagsFaktas databas. Annonsering av förenklade upphandlingar kan göras på FöretagsFaktas hemsida. FöretagsFaktas databas har varit i drift sedan 1994. FöretagsFakta Information & Ekonomi i Klippan AB och API Online använder sig av samma databas.

**2. Branshinriktning:** Databasen är öppen för alla typer av upphandlande enheter och leverantörer.

### 3. Priser

**a) för annonsering:** Gratis

**b) för att söka i databasen:** Gratis

**c) för att prenumerera på upphandlingsannonser:** 5 900 kr/år.

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

**Namn:** InformationsGruppen AB/SverigeBygger

**Postadress:** Box 1200

824 15 Hudiksvall

**Webbadress:** www.sverigebygger.nu

**E-post:** vd@infogruppen.se

**Telefon:** 0650-151 50

**Telefax:** 0650-945 10

**1. Beskrivning av tjänsten:** InformationsGruppen erbjuder annonserings-, sök- och prenumerationstjänster avseende offentliga och privata upphandlingar oavsett värde. InformationsGruppen tar varken emot eller förmedlar TED-annonser. Databasen har varit tillgänglig sedan 1985 och funnits på internet sedan 1998.

**2. Branshinriktning:** Byggmarknaden



Datum  
2000-11-27Vår beteckning  
2000/0231-28**3. Priser**

- a) för annonsering i databasen: Gratis  
b) för att söka i databasen: Gratis  
c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: 4 000-60 000 kr/år<sup>21</sup>
- 4. Krav på särskild programvara:** Nej
- 

**Namn:** Landstingsförbundets webbplats**Postadress:** Box 704 91  
107 26 Stockholm**Webbaddress:** www.lf.se**E-post:** [landstingsforbundet@lf.se](mailto:landstingsforbundet@lf.se)**Telefon:** 08-702 43 00**Telefax:** 08-702 45 90

**1. Beskrivning av tjänsten:** Landstingsförbundet erbjuder på en vanlig webbsida annonserings- och söktjänster avseende upphandlingar som görs enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. Tjänsten erbjuds under en försöksperiod fr.o.m. den 1 november 2000 fram till den 1 januari 2001 då den avses vara i full drift.

**2. Branschriktning:** Databasens annonseringstjänst är öppen för landsting, landstingsägda bolag och Landstingsförbundet. Söktjänsten är öppen för samtliga leverantörer.

**3. Priser**

- a) för annonsering i databasen: Gratis  
b) för att söka i databasen: Gratis  
c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: Tjänsten saknas.

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

---

**Namn:** OPIC**Postadress:** Storgatan 24  
582 23 Linköping**Webbaddress:** www.opic.com**E-post:** info@opic.com**Telefon:** 013-31 20 30**Telefax:** 013-31 24 90

**1. Beskrivning av tjänsten:** OPIC erbjuder sök- och prenumerationstjänster tillsammans med andra stödtjänster avseende de svenska offentliga upphandlingar över och under tröskelvärdena som finns i OPIC:s databas. I OPIC:s databas kan den upphandlande enheten annonsera alla typer av upphandlingar. Från och med

---

<sup>21</sup> I priset ingår, utöver annonsen, även annan information om upphandlingen.

2001-01-01 kan upphandlande enheter med en blankett annonsera i såväl TED som i OPIC:s databas. Databasen har varit i drift sedan 1994.

**2. Branschriktning:** Databasen är öppen för alla typer av upphandlande enheter och leverantörer.

**3. Priser**

- |   |                               |
|---|-------------------------------|
| a) för annonsering i databasen:                 | Gratis                        |
| b) för att söka i databasen:                    | Gratis                        |
| c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: | från 1950 kr/år <sup>22</sup> |

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

**Namn:** VVS Slussen  
**Postadress:** Ynglingagatan 5  
 113 47 Stockholm  
**Webbadress:** www.vvs-slussen.com  
**E-post:** sales@vvs-slussen.com  
**Telefon:** 08-33 99 70  
**Telefax:** 08-34 70 60

**1. Beskrivning av tjänsten:** VVS Slussen erbjuder annonserings-, sök- och prenumerationstjänster avseende privata och offentliga upphandlingar oavsett värde. VVS Slussen tar varken emot eller förmedlar TED-annonser. Databasen har varit i drift sedan 1998.

**2. Branschriktning:** VVS-, inneklimat- och energiföretag.

**3. Priser**

- |   |             |
|---|-------------|
| a) för annonsering i databasen:                 | Gratis      |
| b) för att söka i databasen:                    | Gratis      |
| c) för att prenumerera på upphandlingsannonser: | 3 500 kr/år |

**4. Krav på särskild programvara:** Nej

**6. Åtgärder som syftar till att nya databaser utvecklas**

**6.1 Allmänt**

NOU har inom ramen för regeringsuppdraget vidtagit vissa avgränsade åtgärder för att väcka olika företags/organisationers intresse för den "nya" annonsmarknaden. Genom annonsering på NOU:s hemsida har flera kontakter skapats med olika databasleverantörer. Många av dessa har redan byggt upp och etablerat en annons- eller förmedlingstjänst för säljare och köpare på den privata

<sup>22</sup> I priset ingår även en kopia av förfrågningsunderlaget.

marknaden. Dessa databasleverantörer har ofta nischat in sig på en viss marknad, t.ex. transporttjänster, byggvaror, inredningsarkitektur.

NOU har under uppdragstiden hållit ett möte med de databasleverantörer som idag erbjuder annons-, sök- eller prenumerationstjänster avseende offentlig upphandling. Flera av dessa leverantörer som hittills enbart har förmedlat annonser för upphandlingar över tröskelvärdena, visade intresse för den nya annonsmarknaden.

Vidare har NOU haft kontakter med upphandlande enheter som har mer eller mindre långtgående planer på att starta upp annonsdatabaser för den egna verksamhetens upphandlingar.

## **6.2 Elektroniska databaser under utveckling**

### **6.2.1 Inledning**

I sin uppgift att verka för utveckling av nya databaser har NOU kartlagt sådana databasleverantörer som är relativt nyetablerade på annonseringsmarknaden eller som endast annonserar ett fåtal upphandlingar per månad. Vidare har även kartlagts sådana databasleverantörer som har mer eller mindre långtgående planer på att starta upp en tjänst som helt eller delvis innefattar annonsering av förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar.

### **6.2.2 Verksamhet i mindre skala**

Företaget Roaming Factory erbjuder annonserings- och söktjänster på sin webbsida e-avrop ([www.e-avrop.com](http://www.e-avrop.com)) avseende förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar. Annonseringen är ett komplement till andra tjänster som Roaming Factory erbjuder sina kunder. På webbsidan annonseras ett fåtal upphandlingar.

Även Västra Sveriges Upphandlings AB (VUAB) erbjuder på sin webbsida ([www.vuab.se](http://www.vuab.se)) annonserings- och söktjänster som komplement till andra tjänster. För närvarande annonseras ett fåtal privata och offentliga upphandlingar på VUAB:s hemsida.

### **6.2.3 Kommersiella aktörer med planer avseende annonsering av urvalsupphandlingar och förenklade upphandlingar**

NOU har i sitt arbete med regeringsuppdraget också haft kontakter med en mängd databasleverantörer som idag annonserar och förmedlar offentliga respektive privata upphandlingar. Flera av dem har mer eller mindre långtgående planer på att utveckla sina annonserings-, sök- och prenumerationstjänster till att även omfatta förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar. Som exempel kan nämnas:

Achillevs ([www.achillevs.se](http://www.achillevs.se)),  
Byggfakta ([www.byggfakta.se](http://www.byggfakta.se)),  
Designmarket ([www.designmarket.com](http://www.designmarket.com)),  
EU-supply.com svenska AB ([www.eu-supply.com](http://www.eu-supply.com)),  
Electronic Euromarket/Comfirm.com AB ([www.e-euromarket.com](http://www.e-euromarket.com)),  
KompetensKronoberg ([www.kompetenskronoberg.com](http://www.kompetenskronoberg.com)),  
ProTender ([www.protender.com](http://www.protender.com)),  
Reflections AB ([www.reflections.se](http://www.reflections.se))  
Svenska Handelshuset ([www.svenskahandelshuset.se](http://www.svenskahandelshuset.se)) och  
Waytrack ([www.waytrack.com](http://www.waytrack.com)).

#### **6.2.4 Offentliga aktörer med planer avseende annonsering av urvalsupphandlingar och förenklade upphandlingar**

Tio kommuner i södra Stockholmsområdet har inlett ett projekt med avsikten att skapa en "allmänt tillgänglig" elektronisk databas. Dessa kommuner har uppdragit åt en gemensam stiftelse (Södertörns utvecklingscenter) att bygga en databas som i första skall ta emot annonser avseende förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar samt erbjuda sök- och prenumerationsmöjligheter. Databasen avses vara i drift under första halvåret 2001.

### **7. Sprida information om allmänt tillgängliga elektroniska databaser**

#### **7.1 Vidtagna åtgärder**

För att sprida information om de databaser som annonserar upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU har NOU under uppdragstidens informerat om regeringsuppdraget på myndighetens hemsida och i nyhetsbrevet *NOU info oktober -00*. Vidare har NOU dagligen per telefon informerat och svarat på frågor om regeringens förslag om utökad annonsering och regeringsuppdraget m.m. NOU har deltagit i olika konferenser och spridit motsvarande information. Vidare har möten hållits med företrädare för olika branschorganisationer, inköpare m.fl.

#### **7.2 Förslag till informationsåtgärder**

##### **7.2.1 Lista över databaser som annonserar offentliga upphandlingar**

Under förutsättning att extra resurser tillskjuts kan NOU åta sig att tillhandahålla och uppdatera en lista med information om elektroniska databaser som annonserar offentliga upphandlingar. Informationen bör vara av den art att de upphandlande enheterna på ett kortfattat sätt ges hjälp med bedömningen av databasens allmänna tillgänglighet (jämför med kartläggningen). NOU har inte för avsikt att auktorisera databaser (jämför prop. 1999/2000:128) men bör ges möjlighet att utesluta leverantörer som är föremål för sådana omständigheter som är uteslutningsgrundande vid offentlig upphandling (jämför med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU).

### 7.2.2 Åtgärder för att sprida information om elektroniska databaser

NOU kan till exempel vidta en eller flera av följande informationsåtgärder beroende på vilka resurser som tillskjuts:

- Ovan föreslagna lista kan genom olika tekniska lösningar spridas via NOU:s hemsida. Ett sätt att öka spridningen av listan är att be olika intressenter länka till NOU:s hemsida. Det kan t.ex. vara Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, kommuner, landsting, statliga myndigheter, Industriförbundet, Sveriges Arbetsgivareförening, Företagarnas Riksorganisation, Sveriges Offentliga Inköpare, Sverige Direkt, Smelink, Gränslösa Affärer, Euro Info Center, Näringsdepartementets "Företagarportal".
- Varje utgåva av NOU:s nyhetsbrev kan innehålla en uppdaterad lista över elektroniska databaser som är allmänt tillgängliga.
- Listan kan annonseras i branschtidningar och sådana tidningar som sprids inom den offentliga sektorn.
- Informationsåtgärder som riktas till upphandlingsnätverk för leverantörer och inköpare, t.ex. Gränslösa Affärer och Sveriges Offentliga Inköpare.
- NOU kan delta i konferenser, seminarier samt mässor och hålla föredrag m.m. om elektronisk annonsering.
- Sprida nyheter om allmänt tillgängliga elektroniska databaser genom en grupp av kontaktpersoner i branschorganisationer, kommuner, stat och landsting samt inköparorganisationer.

NOU gör bedömningen att myndigheten behöver en resursförstärkning i storleksordningen en miljon kronor per år (inkl. personalkostnader) för att kunna utföra i huvudsak de åtgärder som föreslagits ovan.

## 8. Synpunkter på annonseringsbestämmelserna

### 8.1 Upphandlande enheter och deras inköpare

Under uppdragstiden har NOU tagit emot olika synpunkter på lagförslagen – sedermera lagändringarna – avseende annonsering i elektroniska databaser. Både företrädare för upphandlande enheter och inköpare har framfört kritik mot lagändringarna och önskemål om att upphandlingarna på ett enklare sätt skall kunna annonseras och sökas. Inköpare och företrädare för upphandlande enheter som NOU varit i kontakt med, har uttryckt att de helst vill slippa behöva välja bland olika elektroniska databaser vid annonsering av förenklade upphandlingar

och urvalsupphandlingar. De tycker att det är svårt att avgöra om en databas är "allmänt tillgänglig" och om effektiv konkurrens uppnås genom att annonsera i densamma. Ett vanligt önskemål är att annonsering av förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar skall ske i en enda eller ett fåtal elektroniska databaser som en eller ett fåtal aktörer inom den offentliga sektorn är huvudmän för. Inom landstingssektorn har idén redan realiserats genom Landstingsförbundets webbsida där landstingen, de landstingsägda bolagen och Landstingsförbundet har överenskommit om att annonsera förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar.

Inköpare och inköparrepresentanter har framfört att även de mest "kända" databasleverantörerna är relativt okända för en stor del av leverantörerna. En enda databas eller ett fåtal sektorsvisa databaser har betydligt större möjligheter att slå igenom än ett flertal små kommersiella databaser.

## 8.2 Leverantörer och leverantörsföreträdare

Från leverantörshåll kritiserar lagändringen som kostsam framförallt för de små och medelstora företag vilkas deltagande i offentlig upphandling lagändringen avser att främja. Leverantörer som NOU varit i kontakt med, har framfört att småföretagaren kan få kännbara utgifter för att bevaka de affärsmöjligheter som berör honom eller henne. Det är sannolikt att leverantören måste betala för sök- och prenumerationstjänster till flera kommersiella databasleverantörer för att få en heltäckande bild av den offentliga marknaden. Det har framförts att kravet på "allmän tillgänglighet" måste anses innebära att leverantörer kostnadsfritt kan söka bland upphandlingsannonser i de olika databaserna. Att behöva uppsöka flera databasleverantörer ses också som ett hinder mot små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.

Från leverantörshåll har också framförts önskemål om begränsning av antalet databaser som annonserar förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar. Några leverantörer som NOU haft kontakt med skulle helst se en enda databas som drivs av staten.

Det har också framförts förslag på hur informationen i de olika kommersiella databaserna skulle kunna göras mera homogen. Som exempel kan nämnas ett system där det krävs av databasleverantören, för att dennes databas skall anses vara "allmänt tillgänglig", att alla inkomna upphandlingsannonser vidarebefordras till övriga "allmänt tillgängliga" databasleverantörer. På så sätt skulle det inte spela någon roll vilken databasleverantör som leverantören vänder sig till. En ytterligare idé som framförts är att annonsering på den upphandlande enhetens egna hemsida borde vara tillåtet under förutsättning att de olika kommersiella databasleverantörerna fritt får ta, bearbeta och sälja upphandlingsinformation till intresserade leverantörer. En tredje modell som föreslagits är att alla annonser om förenklade upphandlingar skickas osorterade till en enda privat eller offentligt ägd databas som enskilda personer och företag har fri tillgång till. Det skall således vara fritt att söka och skapa sökprofiler för eget bruk alternativt sälja sådana

tjänster. För att ett sådant system skall vara så nära en marknadslösning som möjligt, krävs att den centrala databasen inte säljer några sök- eller prenumerationstjänster utan enbart ägnar sig åt annonsering av "osorterad" upphandlingsinformation.

Flera leverantörsföreträdare har i kontakter med NOU förordat regeringens förslag och ställer sig negativa till ett förstatligande av annonseringen av offentliga upphandlingar. De betvivlar att det sker en positiv utveckling av sök- och prenumerationstjänster m.m. om *en* databasleverantör får monopol på marknaden. Det framhålls att leverantörerna är beroende av de kommersiella databasleverantörernas stödtjänster.

### **8.3 Leverantörer av elektroniska databaser som annonserar offentliga upphandlingar**

De flesta leverantörer av annonsdatabaser är helt naturligt positiva till lagändringen och negativa till olika förslag om en enda databas i det allmännas regi. Ett av argumenten är att den svenska annonsmarknaden med dess privata aktörer utvecklats på ett för Europa unikt sätt. I de länder där staten i någon mening tagit ett operativt ansvar har utvecklingen inte kommit längre än i Sverige. Det framhålls att kostnaderna för annonserings-, sök- respektive prenumerationstjänster inte erbjuds till lägre kostnader för parterna i något annat europeiskt land.

Någon ifrågasätter utvecklingsutsikterna för annonsmarknaden och den offentliga upphandlingen om *en* elektronisk databas skulle ges monopolställning. Att föra verksamhet från den privata marknaden till den offentliga kritiserar starkt. Dessutom påtalas att flera av de privata aktörerna har investerat miljontals kronor i sitt arbete med annonsering av förenklade upphandlingar.

Inte alla databasleverantörer förordar regeringens förslag. NOU har erfarit att det även finns databasleverantörer som gärna ser en enda elektronisk databas som förmedlar "osorterat" annonsmaterial till de kommersiella databasleverantörerna. Dessa aktörer skulle i sin tur förädla och sälja sök- och prenumerationstjänster samt eventuellt andra stödtjänster till upphandlande enheter och leverantörer.

### **8.4 Synpunkter från samrådsorganisationerna**

I samråd med de organisationer som angivits i regeringsuppdraget har bl.a. följande synpunkter framkommit.

Kommerskollegium är tveksam till en enda databas i statlig regi. Skulle sådana idéer trots allt vinna gehör påtalar kollegiet att det krävs såväl ekonomiska resurser i miljonklassen som kompetensförstärkning på datasidan. Kollegiet föreslår att det bör undersökas om en statlig databas kan bygga på TED:s tekniska lösningar. Orsaken härtill är att de flesta kommersiella aktörerna redan har anpassat sina system till TED. Förslaget borde enligt Kommerskollegium vara

resursbesparande. Beträffande NOU:s förslag med anledning av regeringsuppdraget vill kollegiet se ett samarbete mellan NOU och projektet "Gränslösa affärer".

Kammarkollegiet anser att annonsering på den upphandlande enhetens egen hemsida skall vara likställd med annonsering i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Idag finns enligt Kammarkollegiet tillräckligt avancerade sökmotorer på internet för att en leverantör utan att anlita en särskild databas skall kunna finna lämpliga upphandlingar. Det krävs dock att annonsen på hemsidan innehåller åtminstone den information som NOU anger i bilaga 2. Inget hindrar dock att den upphandlande enheten lägger ut hela förfrågningsunderlaget på hemsidan. Att hämta information är på detta sätt kostnadsfritt för leverantörerna. Att utesluta annonsering på hemsidan som ett fullvärdigt alternativ vore enligt Kammarkollegiet en begränsning av möjligheterna för en myndighet att effektivt kommunicera med marknaden. De upphandlande enheter som inte vill använda sin hemsida kan naturligtvis vända sig till de kommersiella aktörerna på marknaden.

### Ordlista

EU - Europeiska Unionen

NOU- Nämnden för offentlig upphandling

LOU - Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

TED - Tender Electronic Daily

SIMAP - Système d'information pour les Marchés Publics





REGERINGEN

Finansdepartementet

Bilaga 1

Regeringsbeslut

2000-07-06

Nämnden för offentlig

Box 2012

103 11 STOCKHOLM

Nämnden för offentlig  
upphandling

Fi2000/255A  
Ink. 2000-07-14

2000/231-28

### Uppdrag åt Nämnden för offentlig upphandling att verka för utveckling av allmänt tillgängliga elektroniska databaser

#### Ärendet

Regeringen har i proposition 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället föreslagit bl.a. att en ny upphandlingsform, urvalsupphandling, skall införas och att en upphandlande enhet vid sådan upphandling alltid skall annonsera sin ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Med allmänt tillgänglig avses att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera i den uppnår effektiv konkurrens.

#### Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling att verka för utveckling av allmänt tillgängliga elektroniska databaser för annonsering av upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Uppdraget omfattar såväl kartläggning av befintliga elektroniska databaser som åtgärder som syftar till att det utvecklas nya sådana databaser som är allmänt tillgängliga. Nämnden skall sprida information om dessa.

Nämnden skall samråda med Kammarkollegiet, Kommerskollegium, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, Industriförbundet och Företagarnas Riksorganisation.

En sammanfattande redovisning av uppdraget skall lämnas till regeringen senast den 15 november 2000.

På regeringens vägnar

*Lena Hjelm-Wallén*  
Lena Hjelm-Wallén

*Charlotte Hedberg*  
Charlotte Hedberg

Kopia till  
Justitiedepartementet  
Utrikesdepartementet  
Näringsdepartementet  
Kammarkollegiet  
Kommerskollegium  
Nämnden för offentlig upphandling  
Svenska Kommunförbundet  
Landstingsförbundet  
Industriförbundet  
Företagarnas Riksorganisation

## Bilaga 2

# Uppgifter i annons och ansökningsinbjudan

## Annonsen vid förenklad upphandling

Bland annat följande uppgifter bör enligt NOU framgå av annonsen vid förenklad upphandling:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Var förfrågningsunderlag och ytterligare information kan erhållas (eventuell länk).
- Beskrivning av det som upphandlas (vilken vara, tjänst eller byggentreprenad).
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Sista datum för beställning av förfrågningsunderlag.
- Sista datum för mottagande av anbud.

## Ansökningsinbjudan vid urvalsupphandlingar

Ansökningsinbjudan skall innehålla sådan information som möjliggör för leverantören att bedöma om han skall ansöka om att få lämna anbud. I regeringens proposition 1999/2000:128, sid. 10 (6 kap. 2 c §) anges vilka uppgifter som skall framgå av ansökningsinbjudan:

- Hur ansökan får lämnas (skriftligt, muntligt eller elektroniskt med skriftlig bekräftelse eller bekräftelse på annat sätt).
- Sista datum för mottagande av ansökan.

Utöver dessa uppgifter bör även följande uppgifter framgå av inbjudan:

- Den upphandlande enhetens namn, postadress, e-postadress, telefonnummer, fax och kontaktperson.
- Var ansökan skall skickas.
- Beskrivning av det som skall upphandlas (varan, tjänsten eller byggentreprenaden).
- Vilka krav som gäller för att få lämna anbud (jämför t.ex. med 6 kap. 9 och 10 §§ LOU).
- På vilket sätt leverantören kan lämna upplysningar om att han uppfyller ställda krav.
- Den upphandlande enhetens egna referens eller diarienummer.
- Leveranstid eller avtalsperiod.
- Avtalets omfattning.
- Övrig information, t.ex. angivande av antalet leverantörer som skall få lämna anbud.

## Bilaga 3

# TED och SIMAP - EU:s projekt för elektronisk annonsering

## Om Tender Electronic Daily (TED)

Alla offentliga upphandlingar som överstiger de olika tröskelvärdena i LOU, måste annonseras ut i Tillägg till Europeiska gemenskapernas officiella tidning, EGT-S. Den publiceras sedan den 1 juli 1998 enbart på cd-rom, men alla annonser läggs även automatiskt in i databasen TED ([www.ted.europa.eu.int/ojs/html/index2.htm](http://www.ted.europa.eu.int/ojs/html/index2.htm)). Alla som är intresserade kan kostnadsfritt söka i TED. Det krävs dock en relativt ny browser. Sökningen kan vara ganska besvärlig. TED tillhandahåller information om;

- Bygg- och anläggningsupphandlingar samt varu- och tjänstepphandlingar inom den klassiska sektorn och försörjningssektorerna i EU:s olika medlemsstater;
- EU-institutionernas offentliga upphandlingar;
- Upphandlingar för Europeiska utvecklingsfondens räkning;
- Upphandling från central- och östeuropeiska länder inom PHARE<sup>1</sup> och TACIS<sup>2</sup>;
- Upphandling av projekt som finansieras av Europeiska investeringsbanken (EIB), Europeiska centralbanken och Europeiska banken för återuppbyggnad och utveckling (EBRD);
- Upphandling av kontrakt för Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (Norge, Island och Liechtenstein);
- Schweiz upphandlingar inom ramen för GPA-avtalet (Government Procurement Agreement), Världshandelsorganisationen (WTO).<sup>3</sup>

Storleken på kontraktsbeloppen, då en anbudsinfordran skall offentliggöras inom hela EU, fastställs i EU-direktiven och införlivas i svensk lagstiftning genom - Förordningen om tröskelvärden (SFS 2000:63) enligt lagen om offentlig upphandling.

---

<sup>1</sup> PHARE-programmet är EU:s ekonomiska instrument för att hjälpa central och östeuropeiska stater i deras övergång från ekonomiskt och politiskt centraliserat styre till en decentraliserad marknadsekonomi och ett demokratiskt samhälle samt främja integrationen med Västeuropa och resten av världen. De länder som omfattas är; Albanien, Bosnien, Bulgarien, Estland, Herzegovina, Makedonien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slovakien, Slovenien, Tjeckien och Ungern.

<sup>2</sup> TACIS-programmet är EU:s instrument för att ge teknisk stöd till Armenien, Vitryssland, Georgien, Kazakstan, Kyrgyzstan, Moldavien, Mongoliet, Ryssland, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraina och Uzbekistan i deras övergång till marknadsekonomi och demokrati.

<sup>3</sup> Information från TED:s hemsida ([www.ted.europa.eu.int/ojs/html/index2.htm](http://www.ted.europa.eu.int/ojs/html/index2.htm)).

Typ av kontrakt	ECU	SEK
Bygg- och anläggningskontrakt	5 000 000	43 900 000
Varu- och tjänstekontrakt Statliga myndigheter	130 000 SDR	1 223 000
Varu- och tjänstekontrakt Försörjningssektorerna exkl. telesektorn.	400 000	3 512 000
Varu- och tjänstekontrakt inom sektorn för telekommunikationer	600 000	5 268 000
Varu- och tjänstekontrakt övriga upphandlande enheter	200 000	1 756 000

Office for official Publications of the European Communities har meddelat att databasen TED inte är öppen för annonsering av upphandlingar under tröskelvärdena.

## Om SIMAP-projektet

Système d'information pour les Marchés Publics (SIMAP) (<http://simap.eu.int/>) är ett pilotprojekt som syftar till att ge leverantörer tillgång till anbudsmöjligheter m.m. avseende upphandlingar som inte omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv. Det rör sig om upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde samt upphandling av försvarsprodukter m.m. Dessa upphandlingar regleras i Sverige genom 6 kap. LOU. Till SIMAP-projektet har olika europeiska databaser knutits. Genom ett sökverktyg på SIMAP:s hemsida kan intresserade leverantörer m.fl. söka i de olika europeiska elektroniska databaserna efter upphandlingar som understiger tröskelvärdena.

# *Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag*

## FÖRORD

Denna rapport beskriver NOU:s tillsynsprojekt över bolag som under 1997 till minst hälften var kommun- eller landstingsägda. Projektet har varit ett fortsatt led i NOU:s tillsynsverksamhet, där myndigheten har för avsikt att systematiskt granska och följa upp utvecklingen av offentlig upphandling inom de organisationer som skall följa LOU. Några av de bolag som redovisas kan naturligtvis numera ha upphört eller sålts och ett flertal bolag kan ha tillkommit sedan 1997.

Påfallande många bolag har haft dålig kunskap om regelverket. Nästan en femtedel av bolagen, vilka först svarade att de inte ansåg att de omfattades av LOU, har under tillsynsprojektets gång ändrat sina beslut. Detta har ofta skett efter det att NOU förklarat lagstiftningen och gett sin tolkning av LOU. På så sätt har projektet bidragit till att öka kunskapen om reglerna om offentlig upphandling bland upphandlande enheter, men också bidragit till ökad regelefterlevnad.

En exemplar av denna slutrapport skickas till alla de bolag som kontaktats i anledning av projektet, samt till samtliga kommuner och landsting. Rapporten återfinns även på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). I projektet har deltagit jur.kand. Andrea Sundstrand (projektledare), jur. kand. Linda Dahlström och jur. kand. Charlotte Haag.

Stockholm i juni 2000

Margareta Hentze  
Kanslichef

ISBN 91-38-317-42

Gotab 33223, Stockholm 2000



# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

	<b>Förord</b>	<b>1</b>
	<b>Sammanfattande slutsatser avseende NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag</b>	<b>5</b>
<b>1</b>	<b>Slutrapport avseende NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag</b>	<b>10</b>
1.1	NOU och LOU	10
1.2	Syftet med tillsynsprojektet	10
1.3	NOU:s enkät	11
1.3.1	Begränsningar	12
1.3.2	Övriga metoder för presentation av resultaten	13
1.4	Fortsatt tillsyn	14
<b>2</b>	<b>Är bolagen upphandlande enheter ?</b>	<b>15</b>
2.1	NOU:s slutsats	15
2.2	Redovisning av enkätsvaren	16
2.3	Upphandlande enhet inom den klassiska sektorn	17
2.3.1	Behov i det allmännas intresse	18
2.3.2	Industriell eller kommersiell karaktär	18
2.3.3	Ägande, tillsyn eller styrelsrepresentation	20
2.4	Upphandlande enhet inom försörjningssektorerna	20
2.5	Upphandlande enhet inom flera sektorer	21
<b>3</b>	<b>Omfattningen av bolagens upphandlingar</b>	<b>22</b>
3.1	NOU:s slutsats	22
3.2	Redovisning av enkätsvaren	23
3.3	Tvingande lagstiftning	24
3.4	Ramavtal	24
<b>4</b>	<b>Annonsering i Europeiska Gemenskapernas Officiella Tidning (EGT)</b>	<b>26</b>
4.1	NOU:s slutsats	26
4.2	Redovisning av enkätsvaren	27
4.3	Annonseringsreglerna	27
<b>5</b>	<b>Central inköpsfunktion samt upphandlingskompetens</b>	<b>29</b>
5.1	NOU:s slutsats	29
5.2	Redovisning av enkätsvaren	30
5.3	Effektiv upphandlingsorganisation	30
5.4	Kunskap om LOU?	31
5.5	NOU:s information	31
<b>6</b>	<b>Dokumenterad upphandlings-/inköspolicy</b>	<b>32</b>
6.1	NOU:s slutsats	32
6.2	Redovisning av enkätsvaren	33
6.3	Upphandlings-/inköspolicy	33
<b>7</b>	<b>Fastställda riktlinjer för direktupphandling</b>	<b>34</b>
7.1	NOU:s slutsats	34
7.2	Redovisning av enkätsvaren	35
7.3	Riktlinjer för direktupphandling	35
7.4	Direktupphandling	36
7.4.1	Lågt värde	37
7.4.2	Synnerliga skäl	37

<b>8</b>	<b>Kontroller utöver ordinarie revision</b>	<b>38</b>
8.1	NOU:s slutsats	38
8.2	Redovisning av enkätsvaren	39
8.3	Ordinarie revision	39
<b>9</b>	<b>Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)</b>	<b>40</b>
9.1	Allmänt om LOU	40
9.2	Upphandling över tröskelvärdena	40
9.3	Upphandling enligt 6 kap. LOU	41
9.4	Sanktioner i LOU	41
<b>10</b>	<b>Nämnden för offentlig upphandling (NOU)</b>	<b>42</b>
<b>11</b>	<b>BILAGOR</b>	<b>43</b>
	1. NOU:s enkät inklusive bilaga.	
	2. Skrivelse till kommunstyrelser och landsting, daterad den 3 december 1998.	
	3. Skrivelse till bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter, daterad den 4 april 1999.	
	4. Skrivelse till kommun- och landstingsstyrelser, daterad den 6 juni 1999.	
	5. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter.	
	6. Bolag som inte besvarat fråga 1-3 i enkäten.	
	6A. Lista över kommunstyrelser som inte besvarat NOU:s brev, daterat 99-06-14	
	7. Kommun- och landstingsägda bolag som inte besvarat NOU:s enkät.	
	8. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de är upphandlande enheter inom den klassiska sektorn.	
	9. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för försörjningssektorerna i LOU.	
	10. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för både försörjningssektorerna och den klassiska sektorn.	
	11. Bolag som inte längre är kommun- eller landstingsägda eller som under 1997 var vilande.	
	12. Kommun- och landstingsägda bolag som angivit att de uteslutande bedriver elhandel eller tjänsteexport.	

## **Sammanfattande slutsatser avseende NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag**

Som ett led i sin tillsynsverksamhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) övergripande utrett hur de kommun- och landstingsägda bolagen tillämpar lagstiftningen om offentlig upphandling. Orsaken till att kommun- och landstingsägda bolag valdes för tillsyn var bl.a. att NOU i en tidigare utredning avseende effekter av LOU kunnat konstatera att regelefterlevnaden var särskilt låg i kommun- och landstingsägda bolag. Samma utredning kunde även konstatera att de bolag som följde LOU kunde påvisa stora besparingseffekter.

NOU har valt att granska kommun- och landstingsägda bolag som under 1997 till minst hälften ägdes av en eller flera kommuner eller landsting, vilket var 1.274 bolag. Orsaken till begränsningen är att bolag med en mindre andel kommun- eller landstingsägande sällan omfattas av LOU vad avser den s.k. klassiska sektorn. Den gjorda begränsningen innebär också att ett flertal bolag inom de s.k. försörjningssektorerna inte omfattas av tillsynsprojektet, trots att de omfattas av reglerna i LOU.

Trots sin lagstadgade skyldighet att ge NOU begärd information, hade vid utgången av den ursprungliga svarstiden endast drygt hälften av bolagen inkommit med svar. Efter ett flertal påminnelser, bl.a. direkt till kommun- och landstingsstyrelser, hade 48 bolag fortfarande inte ett år efter slutdatum besvarat NOU:s enkät (bilaga 7). Drygt en fjärdedel av bolagen har dessutom endast besvarat vissa av de ställda frågorna.

I rapporten redovisas svaren från 1.103 bolag. NOU har därvid exkluderat de bolag som efter 1997 sålts, likviderats eller som under 1997 varit vilande (med vissa undantag, se 1.3.1. Begränsningar) samt sådana bolag som enligt NOU:s mening inte omfattas av LOU.

I juni 1999 tillskrev NOU de kommun- och landstingsstyrelser vilka ägde bolag som fortfarande inte besvarat enkäten och bolag vilka i motsats till NOU hävdade att de inte omfattades av LOU. NOU begärde bl.a. att de skulle meddela NOU sin ståndpunkt avseende om bolagen omfattades av LOU eller inte. 26 av kommunstyrelserna lämnade aldrig det begärda yttrandet till NOU (bilaga 6A).

### ***Upphandlande enhet***

Av bolagen svarade 95 procent att de är upphandlande enheter. Det bör dock uppmärksammas att så många som 19 procent av bolagen ändrade uppfattning under tillsynsprojektets gång. Anledningen var i flera fall att bolagen efter diskussion med NOU, där NOU klargjort innebörden av berörda regler i LOU, insett att deras tidigare beslut inte varit förenligt med gällande lagstiftning.

Fortfarande hävdar emellertid nära fem procent av bolagen (bilaga 5) att de, i motsats till NOU:s uppfattning, inte omfattas av LOU. Flertalet anger som skäl för att de inte omfattas av LOU att de bedriver verksamhet av

kommersiell eller industriell karaktär. Detta synes vara en feltolkning av begreppet upphandlande enhet i 1 kap. 6 § LOU, eftersom uttrycket ”kommersiell och industriell karaktär” där syftar på det *behov* i det allmännas intresse som bolaget skall täcka och *inte på den faktiska verksamhet* som bolaget bedriver eller i vilken miljö detta sker. Det har således ingen avgörande betydelse om ett bolag arbetar på en konkurrensutsatt marknad. Kommunallagen (1990:900) (KL) tillåter inte att kommun- eller landstingsägda bolag bedriver näringsverksamhet i vinstsyfte. Enligt uppgift förekommer det, trots förbudet, att sådana bolag drivs i vinstsyfte, vilket givetvis komplicerar tolkningsläget. NOU har heller inte funnit att de övriga skäl som bolagen angivit, t.ex. just att de arbetar på en konkurrensutsatt marknad, undantar dem från LOU:s tillämpningsområde. Enligt NOU:s uppfattning synes endast de kommun- och landstingsägda bolag vilka uteslutande bedriver elhandel eller som uteslutande bedriver tjänsteexport vara undantagna (se 2.3.2 Industriell eller kommersiell karaktär).

Nästan vart femte bolag anser sig vara upphandlande enhet inom *både* den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. NOU bedömer att så många som *en tredjedel* av dessa bolag kan ha missuppfattat bestämmelserna i LOU. Det är naturligtvis av stor vikt att bolag som tillhör den klassiska sektorn inte tillämpar de liberalare reglerna för försörjningssektorerna i 4 kap. LOU.

#### ***Omfattningen av bolagens inköp***

Under 1997 köpte de kommun- och landstingsägda bolag som besvarat frågan (934 stycken) varor och tjänster för *48,6 miljarder kr*. Det sammanlagda antalet förenklade upphandlingar som genomfördes under 1997 var enligt enkätsvaren drygt *30.000*. Antalet upphandlingar över tröskelvärdena uppgick till *634*.

Hälften av bolagen har uppgett att de avropar från annan juridisk persons ramavtal i större eller mindre mängd. NOU vill här påpeka att en upphandlande enhet endast kan avropa från ett sådant avtal om upphandlingen skett enligt LOU och enheten själv är en part i avtalet. Det är således som regel inte möjligt att ”hänga på” ett redan upphandlat ramavtal.

#### ***Upphandling i konkurrens?***

Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 255 bolag inte överhuvudtaget avslutade någon upphandling som föregicks av anbudsförfarande under det aktuella året. Även om alla de bolag som avropar mer än hälften av sitt totala inköpsbelopp på andra upphandlande enheters avtal räknas bort (totalt 36 bolag) och således i denna del inte behövt genomföra egna upphandlingar, återstår *219 bolag*, dvs. *en femtedel av samtliga bolag*. Det är ytterst oroande att dessa bolag, av vilka inget uppgett att det under 1997 varit vilande, redovisar att de inte gjort en enda anskaffning med anbudsförfarande under ett helt år och heller inte i större utsträckning avropat på annan juridisk persons ramavtal. Dessa bolag borde rimligen ha gjort anskaffningar av varor eller tjänster som förutsätter upphandling med anbudsförfarande i konkurrens, särskilt som *det sammanlagda inköpsbeloppet för 1997* för dessa 219 bolag *uppgick till närmare 4,5 mdr kr*.

### ***Annonsering av upphandlingar***

Reglerna om annonsering är några av EG:s upphandlingsdirektivs och LOU:s mest centrala regler, eftersom de stadfäster den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om transparens, dvs. förutsebarhet och öppenhet. Vid upphandling över tröskelvärdena skall upphandlingen som huvudregel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Syftet är att alla intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden skall ges samma möjlighet att delta i det kommande anbudsförfarandet. Den ökade konkurrens som uppstår genom öppenhet bidrar till att den offentliga sektorn erhåller bättre varor och tjänster till lägre pris.

Fyra procent av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar bolagets upphandlingar över tröskelvärdena och en procent uppger att de "ofta" annonserar. *Femton procent* av bolagen (43 stycken) som har annonseringsskyldighet uppger att de *inte annonserar upphandlingar över tröskelvärdena*. Även om dessa bolag antalsmässigt är relativt få är det otillfredsställande att inte samtliga offentliga upphandlingar över tröskelvärdena kommer till allmänhetens kännedom så att alla leverantörer ges tillfälle att delta. Om bolagen inte uppfyller sina annonseringsskyldigheter innebär detta dels brott mot LOU och dels att Sverige som nation bryter mot EG:s regelverk.

Efterannonseringen är av avgörande betydelse för leverantörernas rättsäkerhet och bidrar även till leverantörsutveckling. Den statistik som ligger till grund för olika överväganden och beslut avseende offentlig upphandling hos bl.a. EU:s ministerråd, bygger dessutom på genomförd efterannonsering. Ändå har *sju procent* av bolagen uppgivit att de *inte efterannonserar* upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive upphandlingar av B-tjänster. Av de tillfrågade bolagen inom den klassiska sektorn har fem procent uppgivit att de inte efterannonserar B-tjänster.

### ***Central inköpsfunktion samt upphandlingskompetens***

NOU har i sin rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998) kunnat konstatera att en centralt organiserad upphandling normalt medför effektivitetsfördelar och är en bättre garant för regelefterlevnaden framför en mer decentraliserad. Av dem som i den rapporten svarade att samordningen ökat ansåg tre fjärdedelar att de därmed fått bättre kontroll på enhetens samlade upphandling.

Endast en dryg femtedel av bolagen har uppgivit att de har en central inköpsfunktion. Det bör samtidigt framhållas dels att många bolag uppges sakna egen personal, dels att många bolag under 1997 i stor utsträckning avropade på annan juridisk persons ramavtal och av dessa skäl inte haft anledning att bygga upp eller vidmakthålla en central funktion.

Att ha kunskap om de grundläggande principerna och reglerna vad gäller offentlig upphandling är en förutsättning för att kunna genomföra en god affär och samtidigt respektera leverantörernas rättigheter. Drygt 80 procent av bolagen har glädjande nog svarat att samtliga förenklade upphandlingar och upphandlingar över tröskelvärdena genomförs av personal med kunskap om LOU. Emellertid har åtta procent angett att detta sker "sällan" eller

”aldrig”, vilket är oacceptabelt. Det är viktigt att de upphandlande enheterna fortlöpande informerar sig om förändringar och nyheter på upphandlingsområdet, såsom ny lagstiftning, nya avgöranden från svenska domstolar och från EG-domstolen samt beslut och tolkningar från NOU.

Två tredjedelar av bolagen har uppgivit att all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, har tillgång till NOU:s information. Övriga bolag har genom tillsynsprojektet blivit uppmärksammade på att NOU:s information kan bidra till en effektivare upphandling.

### ***Upphandlings-/inköspolicy***

NOU:s ovan nämnda rapport avseende LOU:s effekter visar att de enheter som hade ökat sin samordning av upphandlingen hade uppnått positiva effekter i större utsträckning än enheter med svag styrning och kontroll. Den interna samordningen hade t.ex. bestått i utarbetande av riktlinjer, handböcker, information och/eller utbildning.

Utarbetandet av en upphandlings-/inköspolicy bidrar enligt NOU:s mening verksamt till att effektivisera organisationers upphandling. Särskilt i sådana upphandlande enheter vars upphandling görs decentraliserat ställs stora krav på att upphandlande personal har vissa fastlagda riktlinjer för att göra effektiva upphandlingar och för att inte begå lagbrott.

42 procent av bolagen har uppgett att de inte har någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy. Med tanke på de positiva effekter som kan uppnås, rekommenderar NOU därför dessa, i synnerhet sådana med decentraliserad upphandling, att utarbeta och fastställa en upphandlings-/inköspolicy.

### ***Direktupphandling***

LOU stadgar att en upphandlande enhet vid behov skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. NOU har rekommenderat upphandlande enheter att som beloppsgränser tillämpa ett basbelopp vid upphandling av varor och enklare tjänster och två basbelopp vid kvalificerade tjänster. Nästan 60 procent av bolagen har också svarat att de har fastställt riktlinjer. Majoriteten av dessa bolag tillämpar de av NOU rekommenderade basbeloppsgränserna.

Ett fåtal bolag har angett direktupphandlingsbelopp från 200.000 kr och däröver. Dessa belopp kan enligt NOU:s bedömning inte anses vara låga värden utan bör rimligen utgöra ett brott mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

Så många som *en tredjedel av bolagen* svarade emellertid att de inte har några riktlinjer alls. Att samtliga dessa bolag inte skulle ha genomfört någon direktupphandling under hela 1997 förefaller osannolikt. NOU finner det mycket otillfredsställande att så många bolag inte har fastställt några riktlinjer för den direktupphandling som ändå rimligen sker. Det är NOU:s uppfattning att om direktupphandling tillämpas så föreligger också ett behov av att fastställa riktlinjer.

Den ovan nämnda Upphandlingskommittén anser att i princip alla, med vissa angivna undantag, upphandlande enheter har ett behov av att fastställa riktlinjer. Kommittén har därför föreslagit en skärpning av ordalydelsen i 6 kap. 2 § LOU, vilken i dag stadgar att den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Den föreslagna lydelsen innebär att den upphandlande enheten skall, *om det inte är uppenbart onödigt*, fastställa sådana riktlinjer.

### **Revision**

Det är *inte* ett självklart inslag i löpande revision att kontrollera hur reglerna i LOU efterlevs, vilket kanske inte alltid står klart för bolagsledningarna. Andelen var trots allt större än vad NOU hade förväntat. Tyvärr har emellertid nästan *60 procent* av bolagen uppgett att ingen ytterligare kontroll sker.

NOU anser det angeläget att kommun- och landstingsägda bolag genomför de kontroller utöver befintliga revisionsinsatser som är erforderliga för att säkerställa att den offentliga upphandlingen sköts enligt regelverket.

### **NOU:s framtida tillsynsmöjligheter**

NOU uppmärksammade 1999-09-08 regeringen i en skrivelse på myndighetens brist på befogenheter att för varje bolag få slutligt fastställt huruvida bolaget omfattas av LOU eller ej. Regeringen har i sin tur överlämnat NOU:s skrivelse till Upphandlingskommittén (Fi 1998:08).

Upphandlingskommittén, vilken påbörjade sitt arbete i juni 1988, lade den 14 december 1999 fram ett delbetänkande, ”Effektivare offentlig upphandling”, SOU 1999:139. I betänkandet föreslås att den framtida tillsynsmyndigheten skall få tillgång till olika rättsmedel, bl.a. talerätt i domstol avseende *vitesföreläggande* och *marknadsskadeavgift*. Förslaget innehöll även en rätt för den framtida tillsynsmyndigheten att förena ett föreläggande för upphandlande enheter om att tillhandahålla myndigheten de upplysningar som är nödvändiga för tillsynen med *vite*. Upphandlingskommitténs arbete kommer att avslutas i december 2000 med ett slutbetänkande.

I proposition 1999/2000:128, Offentlig upphandling i informationsområdet, daterad 29 maj 2000, vilken delvis bygger på ovan nämnda delbetänkande, lämnar regeringen dock inga förslag avseende sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten. Regeringen anser att frågan om sanktionsmöjligheter måste övervägas ytterligare och avser att återkomma avseende frågan så snart som möjligt.

# 1 Slutrapport avseende NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag

## 1.1 NOU och LOU

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) är en statlig myndighet som består av en nämnd och ett kansli<sup>1</sup>. Det är kansliet som sköter den löpande verksamheten och svarar för kontakten med upphandlande enheter, andra organisationer och enskilda.

NOU har bl.a. till uppgift att utöva tillsyn över efterlevnaden av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)<sup>2</sup> (omtryckt genom SFS 1997:1068 med senaste ändringen beslutad genom SFS 1999:309). NOU skall även verka för en effektiv offentlig upphandling.

I 7 kap. 9 § 2 st. LOU stadgas att NOU vid sin tillsyn har rätt att inhämta alla nödvändiga uppgifter från upphandlande enheter. I 7 kap. 10 § LOU stadgas att en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

## 1.2 Syftet med tillsynsprojektet

NOU inledde under 1996 en utredning avseende LOU:s effekter på offentlig upphandling. Rapporten ”Effekter av lagen om offentlig upphandling” presenterades i januari 1998<sup>3</sup>. Syftet var bl.a. att resultatet av utredningen skulle ligga till grund för inriktningen av de tillsynsinsatser som NOU borde göra för att åstadkomma en bättre efterlevnad av LOU och uppnå en effektivare upphandling.

Under våren 1998 inledde NOU arbetet med en kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling. På uppdrag av Upphandlingskommittén (Fi 1998:08) fördjupade NOU kartläggningen som även omfattade rättsfall från förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar. Syftet har varit att granska upphandlingsbeteenden som kan eller bör ha betydelse för den framtida tillsynsmyndighetens verksamhet eller föranleda överväganden om nödvändig lagstiftning. Rapporten ”Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling” överlämnades till Upphandlingskommittén<sup>4</sup> på försommaren 1999.

NOU begärde under 1998 att regeringen skulle meddela NOU vilka bolag med statligt ägande som omfattades av LOU. NOU fick då ett regeringsuppdrag att utreda de statliga bolagens tillämpning av lagstiftningen. I december 1998 presenterade NOU resultaten av utredningen i rapporten ”Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU”<sup>5</sup>. Under november 1999 erhöll NOU ett uppdrag av

---

<sup>1</sup> Se även kapitel 10.

<sup>2</sup> Se även kapitel 9.

<sup>3</sup> Rapporten återfinns på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se).

<sup>4</sup> Rapporten återfinns på NOU:s hemsida, se not 3.

<sup>5</sup> Rapporten återfinns på NOU:s hemsida, se not 3.



regeringen om att utföra en fördjupad granskning av vissa av de statliga bolagen. Den fördjupade granskningen presenterades den 1 februari år 2000.

Som ett led i sin tillsynsverksamhet ansåg NOU att det var viktigt att även utreda hur de kommun- och landstingsägda bolagen tillämpar lagstiftningen om offentlig upphandling. En av orsakerna att just kommun- och landstingsägda bolag valdes för fördjupad tillsyn, var att NOU i ovan nämnda utredning avseende effekter av LOU, kunnat konstatera att de bolag som följt LOU kunde påvisa stora besparingseffekter. Samma utredning kunde även konstatera att regelefterlevnaden bland kommun- och landstingsägda bolag var särskilt låg. Av de 103 bolag som tillfrågades i denna utredning svarade endast en fjärdedel att de följde alla regler i LOU (elva procent av bolagen lämnade överhuvudtaget inget svar).

NOU har valt att granska kommun- och landstingsägda bolag som under 1997 till minst hälften ägdes av en eller flera kommuner eller landsting.<sup>6</sup>

### 1.3 NOU:s enkät

Tillsynsprojektet omfattar 1.274 bolag. Projektet, som påbörjades i slutet av 1998, har genomförts i form av en enkät, se bilaga 1. Till enkäten bifogades ett missiv, daterat 28 oktober 1998, vari tydligt framgick att enkäten var ett led i NOU:s tillsynsverksamhet och att LOU stadgar en uppgiftsskyldighet för upphandlande enheter. Trots detta hade *vid svarstidens utgång*, den 17 november 1998, *endast drygt hälften av bolagen inkommit med svar*. NOU gick då ut med både skriftliga och muntliga påminnelser till de bolag som inte besvarat enkäten i tid. I december 1998 tillskrev NOU kommunstyrelsen och landstingsstyrelsen i de kommuner och i ett landsting som ägde fler än tre bolag som inte besvarat enkäten, se bilaga 2. I skrivelsen uppmanades styrelserna att tillse att bolagen uppfyllde sitt lagstiftade åtagande. Detta föranledde 79 av 101 bolag att inkomma med enkätsvar.

I mars 1999 publicerade NOU en första delrapport i tillsynsprojektet, ”Delrapport om NOU:s tillsynsprojekt över upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (99-03-24) dnr 248/98-29”<sup>7</sup>.

I april 1999 tillskrev NOU de 253 bolag som uppgivit att de inte omfattades av LOU, men där NOU bedömde att bolagen inte hade hållbara argument för sina ställningstaganden, se bilaga 3. Detta föranledde 166 bolag att ändra sina tidigare uppgifter till NOU och meddela att de nu omfattas av LOU.

I början av sommaren 1999 hade emellertid fortfarande 140 bolag överhuvudtaget inte besvarat enkäten. 87 bolag ansåg fortfarande inte att de omfattades av LOU, i motsats till NOU:s uppfattning. NOU tillskrev därför i juni de 144 kommun- och landstingsstyrelser vilka ägde bolag som fortfarande inte besvarat enkäten och bolag som i motsats till NOU ansåg att de inte omfattades av LOU, se bilaga 4. NOU uppmanade de aktuella kommun- och landstingsstyrelserna att såsom majoritetsägare tillse att de

<sup>6</sup> Se vidare avsnitt 1.3.1 avseende gjorda begränsningar.

<sup>7</sup> Rapporten återfinns på NOU:s hemsida, se not 3.

bolag som fortfarande inte besvarat enkäten nu gjorde det. NOU begärde även att styrelserna delgav NOU sin uppfattning om tillämpligheten av LOU avseende de egna bolag som i motsats till NOU hävdade att de inte omfattades av LOU. *26 kommuner lämnade aldrig det begärda yttrandet till NOU*, se bilaga 6A.

NOU:s skrivelse resulterade dock i att 37 bolag, vilka tidigare uppgivit att de inte omfattades av NOU, meddelade att de ändrat uppfattning. Även 92 bolag, vilka tidigare inte alls besvarat enkäten, inkom efter NOU:s skrivelse med enkätsvar.

Tre bolag har senare tillförts listan över dem som, i motsats till NOU:s uppfattning, inte anser sig omfattas av LOU, antingen därför att de i ett sent skede ändrat sina tidigare uppgifter eller p.g.a. att NOU efter ytterligare kontroller av inkomna enkätsvar har ansett att bolagen bör omfattas av LOU. Kvarstår gör därmed *53 kommun- eller landstingsägda bolag, som i motsats till NOU:s uppfattning hävdar att de inte omfattas av LOU*, se bilaga 5. Fyra bolag därutöver har inte svarat på fråga 1-3 i enkäten om de omfattas av LOU eller ej, se bilaga 6.

Vid den ursprungliga svarstidens slut i november 1998 hade, som ovan redovisats, endast drygt hälften av bolagen inkommit med enkätsvar till NOU. Effekten av NOU:s skrivelse i december 1998 och i juni 1999 blev att totalt 171 bolag, vilka tidigare inte besvarat enkäten, inkom med enkätsvar. Kvarstår gör emellertid *48 bolag* som ett år efter slutdatum *fortfarande inte besvarade NOU:s enkät*, se bilaga 7. Det kan inte uteslutas att en del av dessa under 1997 varit vilande eller senare försållts eller avvecklats. NOU har upprepade gånger förgäves bett både bolagen och de kommun- och landstingsstyrelser vilka äger bolagen att till NOU lämna uppgifter om bolagen varit vilande eller senare försållts eller avvecklats. I brist på annan information får NOU utgå ifrån att dessa bolag avsiktligt underlåtit att lämna begärda uppgifter till NOU, vilket kan föranleda NOU att vidtaga individuella tillsynsåtgärder framdeles.

Av de bolag som besvarat NOU:s enkät har *märkbart många (309) underlåtit att svara på flertalet av enkätens frågor*. Någorlunda fullständiga svar har därmed inkommit från endast 750 bolag. Därutöver har flertalet (44) av de 53 bolag som angivit att de, i motsats till NOU:s uppfattning, inte anser att de omfattas av LOU, endast besvarat fråga 1-3 i enkäten. Detta förklarar delvis varför andelen bolag som inte besvarat övriga frågor i redovisningarna nedan är ovanligt hög.

### **1.3.1 Begränsningar**

NOU har valt att granska bolag som under 1997 till minst hälften ägdes av en eller flera kommuner eller landsting. Orsaken till begränsningen är att bolag med en mindre andel kommun- eller landstingsägande sällan omfattas av LOU vad avser den s.k. klassiska sektorn. Den gjorda begränsningen innebär därmed att ett flertal bolag inom de s.k. försörjningssektorerna inte omfattas av tillsynsprojektet, trots att de omfattas av reglerna i LOU.

Från den ursprungliga listan över 1.274 kommun- och landstingsägda bolag har NOU under utredningens gång i största möjliga mån lyft ut sådana bolag som uppgivit att de senare avvecklats (17 stycken) eller sålts (39 stycken). Anledningen har varit att ägarna skulle ställas inför mycket svåra problem att ta fram uppgifter och statistik för sådana bolag. Dessutom omfattas dessa bolag i de flesta fallen inte längre av NOU:s tillsyn. Ett fåtal av dessa bolag har emellertid besvarat frågorna. Dessa bolag och de av dem lämnade uppgifterna ingår i NOU:s rapport. NOU har även i största möjliga mån lyft ut sådana bolag som uppgivit att de under 1997 inte bedrev någon verksamhet (38 bolag). Ett fåtal sådana bolag har även de fyllt i blanketten och besvarat frågorna. Även dessa bolag och de av dem lämnade uppgifterna ingår i NOU:s rapport. De bolag som inte längre är kommun- eller landstingsägda eller som under 1997 varit vilande redovisas i bilaga 11.

Vidare har NOU lyft ut sådana bolag som enligt NOU:s mening inte skall omfattas av LOU, oavsett om de besvarat enkäten eller ej. Sådana bolag är dels bolag som uppgivit att deras verksamhet uteslutande är handel med el (27 stycken) och dels bolag som uppgivit att de uteslutande sysslar med tjänsteexport (2 stycken), se vidare avsnitt 2.3.2. Bolagen redovisas i bilaga 12.

Efter 1997 har en mängd nya kommun- eller landstingsägda bolag bildats, antingen genom köp eller genom nybildning. Dessa bolag ingår naturligtvis inte i tillsynsprojektet.

Av återstående 1.151 bolag är det som ovan angivits 48 stycken som i dag fortfarande inte besvarat NOU:s enkät (bilaga 7). NOU har valt att lyfta bort även dessa bolag ur redovisningen nedan, eftersom antalet som inte besvarat enkäten blir detsamma i varje avsnitt.

Antalet bolag som besvarat enkäten och som enligt NOU:s uppfattning omfattas av LOU och vilkas svar sålunda redovisas i rapporten uppgår till 1.103 stycken.

### **1.3.2 Övriga metoder för presentation av resultaten**

Nedan redovisas i olika avsnitt de svar NOU erhållit. Under varje avsnitt redovisas även NOU:s slutsatser grundade på de aktuella svaren. Frågorna i enkäten redovisas under följande avsnitt:

<b>avsnitt 2</b>	svaren på frågorna 1-3
<b>avsnitt 3</b>	svaren på frågorna 8-10, 14
<b>avsnitt 4</b>	svaren på frågorna 11-13
<b>avsnitt 5</b>	svaren på frågorna 15-17
<b>avsnitt 6</b>	svaren på fråga 4
<b>avsnitt 7</b>	svaren på frågorna 5-7
<b>avsnitt 8</b>	svaren på fråga 18

De procentuppgifter som angetts i de olika kapitlen har, med undantag för avsnitt 2, angetts avrundade till närmaste heltal. Antalet bolag har angetts inom parentes efter varje procenttal.

De tillfrågade bolagen har svarat på olika sätt på NOU:s enkät och/eller skrivelser. En del av de bolag som anser att de inte omfattas av LOU har endast besvarat fråga 1-3 (om de anser att bolaget är en upphandlande enhet eller ej) i enkäten. Andra av dessa bolag har svarat nej på fråga 1-3, men ändå besvarat övriga frågor. I bägge fallen har de bolag som enligt NOU:s mening inte skall omfattas av LOU helt sorterats bort. I de fall NOU anser att bolagen skall omfattas av LOU har svaren emellertid tagits med i redovisningen.

Efter NOU:s skrivelser i april och juni 1999 har 204 bolag som tidigare inte ansåg sig omfattas av LOU ändrat ståndpunkt. I samband med dessa skrivelser skickade NOU ut nya enkäter. Några bolag inkom då med nya enkätsvar. Dessa svar har införts i materialet. Andra bolag lämnade dock endast besked om att de ändrat ståndpunkt. I de fallen har NOU ändrat svaret på fråga 1-3 i respektive bolags tidigare enkätsvar.

I vissa fall har kommun- och landstingsstyrelser angett att de tillsammans med bolagets ledning kommit fram till att bolaget skall omfattas av LOU. I de fall bolaget inte skickat in något nytt enkätsvar har NOU endast ändrat på svaren på fråga 1-3 i respektive bolags tidigare enkätsvar.

Flera kommun- och landstingsstyrelser, som besvarat NOU:s skrivelse från juni 1999, har svarat att de *inte* stöder sina bolag i deras uppfattningar att de ej omfattas av LOU. Eftersom NOU trots detta inte erhållit vare sig nytt enkätsvar från bolagen eller ens ett bekräftande på att de ändrat sin ståndpunkt (enligt bestämmelserna i LOU är varje bolag själv ansvarigt för sitt beslut om det omfattas av LOU eller ej), redovisas dessa bolag fortfarande som att de anser sig inte omfattas av reglerna i LOU.

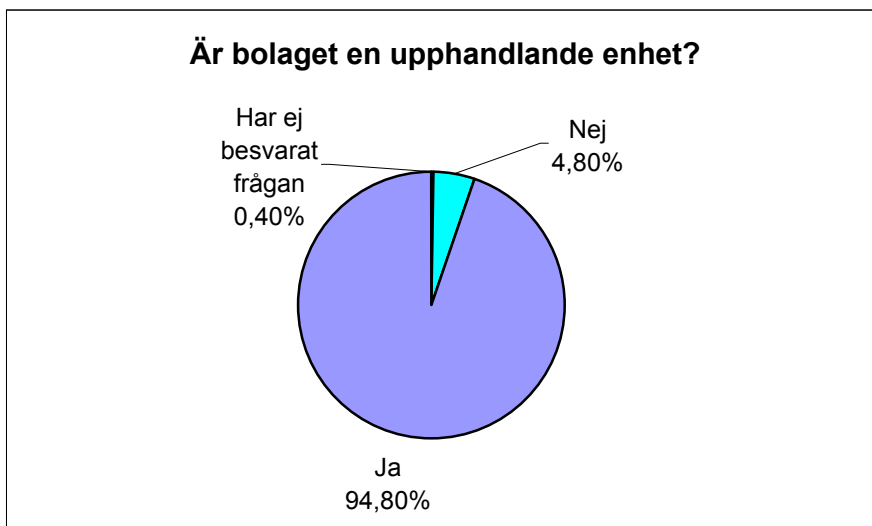
I ett flertal fall har bolag och/eller kommunstyrelser begärt NOU:s hjälp att fastställa huruvida ett särskilt bolag skall omfattas av LOU eller ej. NOU har emellertid i projektet inte haft möjlighet att i någon större omfattning bistå kommunstyrelser eller enskilda bolag med detta.

#### **1.4 Fortsatt tillsyn**

Ett flertal av de regelavvikelser som upptäckts i utredningen kan framdeles komma att bli föremål för särskilda tillsynsåtgärder. Det gäller framförallt bolag som enligt NOU:s bedömning synes vara upphandlande enheter men hävdats motsatsen.

Bolag som ingått i projektet och kommuner och landsting erhåller en kopia av slutrapporten.

## 2 Är bolagen upphandlande enheter ?



### 2.1 NOU:s slutsats

Av bolagen har 95 procent svarat att *de är upphandlande enheter*. NOU finner detta mycket tillfredsställande, särskilt som 19 procent av bolagen ändrat uppfattning under tillsynsprojektets gång. Anledningen har i flera fall varit att bolagen efter diskussion med NOU, där NOU redogjort för reglerna i LOU, insett att deras tidigare beslut inte varit förenligt med gällande lagstiftning.

Fortfarande hävdar emellertid nära fem procent av bolagen att de, *i motsats till NOU:s uppfattning, inte omfattas av LOU*. Flertalet anger som skäl för att de inte omfattas av LOU att de bedriver verksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. Detta synes vara en feltolkning av begreppet upphandlande enhet i 1 kap. 6 § LOU, eftersom uttrycket ”kommersiell och industriell karaktär” där syftar på det *behov* i det allmännas intresse som bolaget skall täcka och *inte på den faktiska verksamhet* som bolaget bedriver eller i vilken miljö detta sker. Det har således ingen avgörande betydelse om ett bolag arbetar på en konkurrensutsatt marknad. Detta tydliggjordes genom en lagändring av LOU, SFS 1997:1068, vilken trädde i kraft den 1 januari 1998. Kommunallagen (1990:900) tillåter inte att kommun- eller landstingsägda bolag driver näringsverksamhet i vinstsyfte. Därmed utesluts möjligheten för de flesta bolag att hävda att de fyller ett behov i det allmännas intresse som är av kommersiell eller industriell karaktär. NOU har heller inte funnit att de övriga skäl som bolagen angivit undantar dem från LOU:s tillämpningsområde. Enligt NOU:s uppfattning synes endast de kommun- och landstingsägda bolag, vilka uteslutande bedriver elhandel (27 stycken) eller som uteslutande bedriver tjänsteexport (två stycken) vara undantagna från LOU.

Nästan vart femte bolag anser sig vara upphandlande enhet inom *både* den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. NOU bedömer att så många som *en tredjedel* av dessa bolag kan ha missuppfattat bestämmelserna i LOU. Det är av väsentlig betydelse att bolag som tillhör den klassiska sektorn inte följer reglerna för försörjningssektorerna.

## 2.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 2 redovisas svaren från frågorna 1-3 i NOU:s enkät (bilaga 1).

### **Bolaget omfattas av LOU:**

	%	antal bolag
Ja	95	1.046
Nej	5	53
Inte besvarat frågan	0,4	4

*94,8 % (1.046) av bolagen har svarat att de är upphandlande enheter och omfattas av reglerna i LOU. 19 % (204) av bolagen, vilka i ett tidigare skede av tillsynsprojektet angett att de inte omfattas av LOU, har ändrat sina beslut och inkommit med nya uppgifter till NOU.*

*56,2 % (620) av bolagen har angett att de omfattas av reglerna i den klassiska sektorn och 20,1 % (222) av bolagen har angett att de tillhör försörjningssektorn. 18,5 % (204) av bolagen har emellertid angett att de tillhör både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Av dessa 204 bolag är det 68 som NOU, baserat på de uppgifter bolagen lämnat, anser rimligen endast borde tillhöra den klassiska sektorn. Exempelvis har 26 bostadsbolag och 17 fastighetsbolag angett att de förutom att tillhöra den klassiska sektorn även tillhör försörjningssektorn. Enligt NOU:s uppskattning bör 62,4 % (688) av bolagen omfattas av den klassiska sektorn. Motsvarande siffra för försörjningssektorn blir då 32,4 % (358).*

*0,4 % (4) av bolagen har inte besvarat frågorna 1-3 i NOU:s enkät huruvida de omfattas av LOU eller ej (bilaga 1).*

*4,8 % (53) av bolagen anser att de inte omfattas av LOU. Av dessa har 53 % (28) angett att de inte anser att de omfattas av LOU, eftersom de bedriver en industriell och/eller kommersiell verksamhet. Resterande bolag har antingen inte angett någon grund alls eller endast hänvisat till att deras verksamhet inte omfattas av LOU.*

*Endast 31 av de 58 kommun- och landstingsstyrelser som tillskrevs och som ägde bolag vilka ansåg att de inte omfattades av LOU, har lämnat det begärda yttrandet till NOU. Fem kommunstyrelser instämmer med sina bolag i deras uppfattningar att de inte omfattas av LOU i motsats till NOU:s uppfattning, se bilaga 5. Beträffande två bolag uppger de kommunstyrelser som äger bolagen i sina svar att bolagen inte omfattas av LOU, i motsats till vad bolagen själva uppgivit till NOU. I bägge fallen har bolagen efter kommunstyrelsens skrivelse meddelat NOU att de anser sig vara upphandlande enheter.*

De bolag som anser att de omfattas av reglerna för den klassiska sektorn i LOU redovisas i bilaga 8. De bolag som anser att de omfattas av reglerna för försörjningssektorerna redovisas i bilaga 9. Bolag som anser att de omfattas av reglerna för både försörjningssektorerna och för den klassiska sektorn redovisas i bilaga 10.

## 2.3 Upphandlande enhet inom den klassiska sektorn

De organisationer som omfattas av LOU kallas för upphandlande enheter. LOU skiljer mellan upphandlande enheter inom den *klassiska sektorn* och inom *försörjningssektorerna* (*vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna*)<sup>8</sup>.

Varje organisation är själv ansvarig för sitt beslut huruvida organisationen omfattas av LOU eller inte. En anbudsgivare som vill ansöka om överprövning eller föra talan om skadestånd med anledning av fel som begåtts vid en upphandling, kan inte föra talan mot någon annan organisation än just den som utfört upphandlingen, 7 kap. 1, 2 och 6 §§ LOU. Ett kommun- eller landstingsägt bolag kan därför inte frånhända sig beslutet till ägaren. En kommun eller ett landsting kan å andra sidan inte heller formellt sett, enligt reglerna i aktiebolagslagen (1975:1385), fatta beslut åt ett av dem ägt bolag. Såsom majoritetsägare kan en kommun eller ett landsting endast påverka de beslut som fattas av bolaget genom sin representation i styrelsen, tillsyn eller genom ägardirektiv som antas av bolagsstämman. Fullmäktige skall dock ges tillfälle att yttra sig ”innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas” (3 kap. 17 § Kommunallagen (1991:900) (KL)).

I 1 kap. 6 § LOU definieras begreppet upphandlande enhet inom den klassiska sektorn på följande sätt:

"Termen "upphandlande enhet" 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

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."

Det bör, enligt NOU:s tolkning av EG-domstolens dom i Beentjes-målet<sup>9</sup>, rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av LOU och EG:s direktivregler för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster och bevara den fria konkurrensen måste därvid tillmätas stor betydelse.

Ett kommun- och landstingsägt bolag är att anse som upphandlande enhet inom den klassiska sektorn om det:

- har inrättats för att täcka *behov i det allmännas intresse och behovet* inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person, samt
- uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelsrepresentation.

<sup>8</sup> Se 1 kap. 6 § och 4 kap. 1 § LOU.

<sup>9</sup> C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

### 2.3.1 Behov i det allmännas intresse

Behov i det allmännas intresse är för kommun- och landstingsägda bolags del de behov som kommunen eller landstinget väljer att själva tillgodose eller avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på, av skäl som har samband med allmänintresset. Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas.

Utgångspunkten för bedömningen av vad som är tillåten verksamhet för kommunala och landstingsägda bolag är allmänintresset. Syftet med den näringsverksamhet som kommunerna och landstingen får bedriva skall vara att betjäna de egna medlemmarna. Den skall bäras upp av ett allmänt, samhälleligt intresse och verksamheten skall gå ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna.<sup>10</sup>

De kommunala och landstingsägda bolagen kan, enligt NOU:s uppfattning, med stöd av förarbetena till KL sägas uppfylla rekvisitet i 1 kap. 6 § LOU om att de skall ha inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse.

### 2.3.2 Industriell eller kommersiell karaktär

#### *Kommersiell karaktär*

Kommuner och landsting får enligt 2 kap. 7 § KL:

"...driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget."

Förbudet innebär att en kommun eller ett landsting inte får inlåta sig på företag som har till syfte att ge kommunen eller landstinget en ekonomisk vinst. 2 kap. 7 § KL ställer däremot inte upp något absolut vinstförbud. Bedömningen av i vilken mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas ligger inom ramen för självkostnadsprincipen. Regeln i 2 kap. 7 § KL uttrycker dock att syftet med verksamheten i huvudsak inte får vara att bereda vinst.<sup>11</sup>

Att viss verksamhet kan vara undantagen från den kommunala självkostnadsprincipen innebär inte att verksamheten också är undantagen från förbudet att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte. Självkostnadsprincipen och kravet på att näringsverksamhet skall bedrivas utan vinstsyfte är inte identiska. Syftet bakom förbudet mot kommunal verksamhet i vinstsyfte är att sätta en gräns mellan kommunal och privat näringsverksamhet. Ett exempel på kommunal verksamhet som är undantagen från självkostnadsprincipen, men inte från kravet på att näringsverksamheten drivs utan vinstsyfte, kan vara de kommunala bostadsbolagen<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Prop. 1990/91:117, sid. 33

<sup>11</sup> Prop. 1990/91:117, sid. 33 f. och 151.

<sup>12</sup> Se Curt Riberdahls artikel i Juridisk Tidskrift 98-99 nr 4, sid. 1046 ff.



Att ett kommunalt eller landstingsägt bolag i sin verksamhet är utsatt för konkurrens undantar naturligtvis inte heller bolaget från förbudet i KL att bedriva näringsverksamhet med vinstsyfte.

I övergångsbestämmelserna, punkt 5, till KL stadgas att kommuner och landsting har en övergångsperiod på ett år från lagens ikraftträdande, dvs. till 1993-01-01, att tillse att de nya reglerna i 3 kap. 16 och 17 §§ KL tillämpas också på sådana bolag till vilka en kommun eller ett landsting har överlämnat en angelägenhet före KL:s ikraftträdande.

Eftersom kommun- och landstingsägda bolag enligt 2 kap. 7 § KL inte får bedriva näringsverksamhet i vinstsyfte kan dessa bolag inte anses täcka ett behov av "kommersiell karaktär" i sin verksamhet.

### ***Industriell karaktär***

14 bolag har i sina svar till NOU hävdats att de inte omfattas av LOU på grund av att de har en industriell karaktär. I prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling anges på sid. 64: "Genom att enheten inte skall vara av industriell eller kommersiell karaktär undantas enheter som visserligen är i allmän ägo eller står under det allmännas bestämmande inflytande, men som bedriver verksamhet i vinstsyfte."

Som ovan redovisats stadgas det i propositionen till KL att utgångspunkten för de kommunala eller landstingsägda bolagens verksamhet skall vara att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna och att syftet med den näringsverksamhet som kommunerna och landstingen får bedriva skall vara att betjäna de egna medlemmarna.

I bägge nu nämnda fall förutsätts således att bolag med industriell verksamhet har ett annat huvudsyfte med verksamheten än att bedriva industriell verksamhet. Det står därmed klart att även kommun- och landstingsägda bolag med industriell verksamhet omfattas av LOU, eftersom det huvudsakliga syftet med bolagen är att tillhandahålla en viss typ av service eller vara till kommunmedlemmarna, inte att bedriva industriell verksamhet<sup>13</sup>.

### ***Undantag***

Två typer av kommunala bolag faller troligtvis utanför LOU:s tillämpningsområde. För det första undantas de s.k. *elhandelsbolagen*. I 7 kap. 1 och 2 §§ ellagen (1997:857) stadgas att kommunala bolag som endast köper och säljer el kan bedriva sådan verksamhet med vinstsyfte. I och med denna lag undantas sådana kommun- och landstingsägda bolag som uteslutande sysslar med elhandel från regeln i 2 kap. 7 § KL. Elhandelsbolag omfattas således enligt NOU:s mening inte av bestämmelserna i 1 kap. 6 § LOU (den s.k. klassiska sektorn). De bolag som endast bedriver elhandel bedriver heller inte sådan *verksamhet* att de kan sägas omfattas av reglerna i 4 kap. LOU (den s.k. försörjningssektorn). Observera dock att ett kommunalt bolag som både producerar, köper och

---

<sup>13</sup> Se även NOU:s skrivelse i ärende 1998/0172-28, "Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU (98-12-02)". Rapporten återfinns på NOU:s hemsida, se not 3.

säljer el omfattas av reglerna i 4 kap. LOU. Bestämmelserna i ellagen omfattar även kommunala bolag som distribuerar fjärrvärme eller naturgas. Dessa bolag omfattas emellertid på grund av sin typ av verksamhet av reglerna i försörjningssektorn<sup>14</sup>.

För det andra undantas bolag som uppgivit att de uteslutande sysslar med *tjänsteexport*. Enligt lagen (1986:753) om kommunal tjänsteexport får kommuner och landsting under vissa förutsättningar tillhandahålla kommunala tjänster för export. Med kommunala tjänster avses i lagen sådana nyttigheter i form av kunskaper och erfarenheter som finns i kommunernas och landstingens verksamhet. Lagen stadgar att kommunernas och landstingens medverkan kan ske med vinstsyfte. I och med denna lag undantas således kommun- och landstingsägda bolag som uteslutande sysslar med ovan nämnda verksamheter från regeln i 2 kap. 7 § KL. Av samma skäl som för elhandelsbolagen är det NOU:s mening att dessa bolag därmed inte heller omfattas av bestämmelserna i 1 kap. 6 § LOU (den klassiska sektorn), under förutsättning att bolagen inte bedriver annan verksamhet än den nu nämnda. I den mån bolagen även bedriver annan verksamhet, kan hela verksamheten omfattas av LOU<sup>15</sup>. Det är endast två bolag som till NOU hävdar att de inte skall omfattas av LOU på grund av ovan nämnda lag.

Vilka bolag som uppgivit att de uteslutande sysslar med elhandel eller tjänsteexport och därmed inte omfattats av LOU redovisas i bilaga 12.

### 2.3.3 Ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

Övriga villkor för att en organisation skall uppfylla kraven i 1 kap. 6 § LOU och därmed anses vara en upphandlande enhet är att den är en egen juridisk person och att en annan upphandlande enhet tillskjutit det huvudsakliga kapitalet eller att dess upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller tillsyn av en annan upphandlande enhet eller att dess styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av en annan upphandlande enhet. Med att en annan upphandlande enhet tillskjutit det huvudsakliga kapitalet skall med avseende på kommun- och landstingsägda bolag bl.a. förstås att kommunen eller landstinget, ensamt eller tillsammans med annan upphandlande enhet, äger mer än hälften av aktierna i bolaget.<sup>16</sup>

## 2.4 Upphandlande enhet inom försörjningssektorerna

Några av de bolag som ingår i NOU:s granskning omfattas av 4 kap. LOU och tillhör därmed försörjningssektorerna. Sådana bolag är de som bedriver någon av de i 4 kap. 1 § LOU beskrivna verksamheterna:

"1. drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med

<sup>14</sup> Se kapitel 2.4 nedan avseende bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU för definition av de verksamheter som omfattas av försörjningssektorn.

<sup>15</sup> C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. och Strohal Rotationsdruck GmbH

<sup>16</sup> Se prop. 1992/93:88, sid. 63 f.

- dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
  3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,
  4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster. "

En stor skillnad gentemot den klassiska sektorn är att en organisation som inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse och som i övrigt uppfyller de bestämmelser som finns i 1 kap. 6 § LOU, omfattas av reglerna i 4 kap. LOU *oavsett om det behov bolaget inrättats för är av industriell eller kommersiell karaktär*. En annan stor skillnad gentemot den klassiska sektorn är att även *privata bolag* som bedriver någon av de ovan nämnda verksamheterna med särskilt tillstånd (speciellt eller exklusivt) från en myndighet omfattas av reglerna i 4 kap. LOU<sup>17</sup>. Det är inte helt ovanligt att en kommun eller ett landsting äger mindre delar av sådana bolag. NOU vill därför klargöra att även dessa bolag skall tillämpa reglerna i LOU vid sin upphandling. Som exempel kan nämnas bolag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten till fasta nät och bolag som tillhandahåller flygplatser, hamnanläggningar och som driver järnvägs-, buss- eller tunnelbanenät.

## 2.5 Upphandlande enhet inom flera sektorer

Kommun- och landstingsägda bolag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna kan också ha verksamhet inom den klassiska sektorn. I sådant fall skall upphandling, som sker för annan verksamhet än vad som avses i 4 kap. 1 § LOU, ske i enlighet med något av 2, 3, 5 kap. LOU. Vid upphandling av B-tjänster och vid upphandling under tröskelvärdena m.m. tillämpas alltid 6 kap. LOU oavsett vilken sektor bolaget tillhör.

Bolag inom den klassiska sektorn bedriver endast i undantagsfall även verksamhet inom försörjningssektorerna. I det fallet får bolaget vid varje upphandling avgöra för vilken sektor upphandlingen görs. Omfattar upphandlingen varor eller tjänster som skall utnyttjas av bägge delarna av bolaget, bör, efter analog tillämpning av reglerna i LOU, överviktsprincipen gälla<sup>18</sup>. Den innebär att reglerna för den typ av vara eller tjänst som har det högsta ekonomiska värdet skall följas.

---

<sup>17</sup> Sådana bolag omfattas emellertid inte av detta tillsynsprojekt, se avsnitt 1.

<sup>18</sup> Se 5 kap. 3 § LOU.

### 3 Omfattningen av bolagens upphandlingar

#### Vilka olika typer av upphandlingar genomförde bolaget under 1997?

	Antal bolag
• Enbart förenklade upphandlingar	540
• Enbart upphandlingar över tröskelvärdena	22
• Både förenklade upphandlingar och upphandlingar över tröskelvärdena	101
• Inga upphandlingar med anbudsförfarande under 1997	255
• Avropar 100 % på andra organisationers avtal	21

#### 3.1 NOU:s slutsats

Under 1997 köpte de kommun- och landstingsägda bolag som besvarat frågan (934 stycken) varor och tjänster för *48,6 miljarder* kr. En femtedel av bolagen har uppgett att de endast upphandlat varor och tjänster medan ett fåtal har uppgett att de endast upphandlat bygg- och anläggningsentreprenader. Det sammanlagda antalet förenklade upphandlingar som genomfördes under 1997 var drygt *30.000*. Det totala antalet upphandlingar över tröskelvärdena uppgick till *634*.

Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 255 bolag inte överhuvudtaget avslutade någon upphandling som föregicks av anbudsförfarande under det aktuella året. Endast 16 av dessa 255 bolag har uppgett att de avropar allt som behövde anskaffas på någon annan juridisk persons ramavtal. Det återstår således 239 bolag som under 1997 inte anskaffat någon vara, tjänst eller bygg- och anläggningsarbete genom ett formbundet upphandlingsförfarande. Även om alla de bolag som avropar mer än hälften av sitt totala inköpsbelopp på andra upphandlande enheters avtal räknas bort (totalt 36 bolag) och således i denna del inte behövt genomföra egna upphandlingar, återstår *219 bolag*, dvs. *en femtedel av samtliga bolag*. Det är ytterst oroande att dessa bolag, av vilka inget uppgett att det under 1997 varit vilande, redovisar att de inte gjort en enda anskaffning med anbudsförfarande under ett helt år och heller inte i större utsträckning avropat på annan juridisk persons ramavtal. Dessa bolag borde rimligen ha gjort anskaffningar av varor eller tjänster som förutsätter anbudsförfarande i enlighet med LOU, *särskilt som det sammanlagda inköpsbeloppet för 1997 för dessa 219 bolag uppgick till närmare 4,5 mdr kr*.

Hälften av bolagen har uppgett att de avropar från annan juridisk persons ramavtal i större eller mindre mängd. NOU vill här påpeka att en upphandlande enhet endast kan avropa från ett sådant avtal om upphandling skett enligt LOU och enheten själv är en part i avtalet. Det är således som regel inte möjligt att ”hänga på” ett redan upphandlat ramavtal.

## 3.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 3 redovisas svaren från frågorna 8-10 och 14 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 8** lyder ”*Ange bolagets totala inköpsbelopp under 1997, om möjligt fördelat på varor och tjänster respektive bygg- och anläggningsentreprenader*”.

86 % (947) av bolagen har besvarat frågan. 1 % (13) har angett att de inte handlat något alls under 1997. Den totala inköpssumman för de övriga 934 bolagen uppgår till ca 48,6 miljarder kr.

1 % (13) av bolagen har angett att de endast upphandlat bygg- och anläggningsentreprenader medan 20 % (217) har angett att de endast upphandlat varor och tjänster.

14 % (156) av bolagen har inte besvarat frågan avseende bolagets totala inköpsbelopp.

**Fråga 9** lyder ”*Uppskattningsvis hur stor del av det totala inköpsbeloppet var, i procent, avrop på annan juridisk persons ramavtal?*”.

84 % (922) av bolagen har besvarat frågan. Bolagens svar fördelar sig enligt följande:

### Avrop på annans avtal:

	Antal bolag	% av 1.103 bolag
• 0	371	34
• <0-25%	379	35
• 26-50%	71	6
• 51-75 %	42	4
• 76-100%	59	5

21 bolag har uppgivit att de avropar 100 % av sin upphandling på annan juridisk persons ramavtal.

17 % (181) av bolagen har inte besvarat frågan.

**Fråga 10** lyder ”*Hur många upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster, avslutades under 1997?*”.

89 % (980) av bolagen har besvarat frågan. Av bolagen har 11 % (123) uppgivit att de har avslutat upphandlingar över tröskelvärdet under 1997 medan 78 % (857) har uppgivit motsatsen.

11 % (123) av bolagen har inte besvarat frågan.

Det totala antalet upphandlingar över tröskelvärdena uppgick till 634.

**Fråga 14** lyder ”*Ungefär hur många förenklade upphandlingar företog bolaget under 1997 (direktupphandlingar ska således inte inräknas)?*”.

58 % (641) av bolagen har uppgivit att de genomfört förenklade upphandlingar under 1997. Summan av de 641 bolagens genomförda förenklade upphandlingar är 30.438 stycken. 25 % (273) av bolagen har uppgivit att de inte genomfört några förenklade upphandlingar alls under 1997.

17 % (189) av bolagen har inte besvarat frågan.

### **3.3 Tvingande lagstiftning**

LOU är en tvingande lagstiftning. Det innebär att all offentlig upphandling (med vissa explicit angivna undantag) skall följa LOU. Något utrymme för en upphandlande enhet att, utöver de angivna undantagen, frånga LOU föreligger inte (observera att undantagen enligt EG-domstolens domar skall tillämpas restriktivt). En upphandlande enhet måste välja någon av de upphandlingsformer som anges i LOU vid all sin upphandling. LOU anger vid upphandling över tröskelvärdena tre upphandlingsformer, öppen upphandling, selektiv upphandling och förhandlad upphandling. Vid upphandling under tröskelvärdena, vid upphandling av B-tjänster oavsett värde och vid viss annan specialupphandling skall en upphandlande enhet använda förenklad upphandling. Endast om värdet av upphandlingen är lågt eller om synnerliga skäl föreligger får direktupphandling användas.

Om en upphandlande enhet väljer att inte följa de upphandlingsformer som anges i LOU, under förutsättning att inget i LOU angivet undantag är tillämpligt, innebär det att den upphandlande enheten bryter mot svensk lagstiftning och vid upphandling över tröskelvärdena även mot gemenskapsrätten. Följden kan bli att den upphandlande enheten krävs på skadestånd av en leverantör vid en svensk domstol och att Sverige kan bli stämd vid EG-domstolen för att den som medlemsstat inte uppfyller bestämmelserna i EG-direktiven om offentlig upphandling.

### **3.4 Ramavtal**

Med ramavtal, så som termen används i LOU, avses 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.” Ramavtal (eller avropsavtal) kan användas av en upphandlande enhet, men även vid inköpsamordning mellan flera upphandlande enheter. Upphandlingen genomförs vid en sådan samordning i praktiken ofta av en upphandlande enhet och de andra upphandlande enheterna som ingår i upphandlingen förbehålls rätten att avropa från avtalet. Någon möjlighet för andra upphandlande enheter att efter upphandlingen ”hänga på” avtalet föreligger som regel inte.

Vissa statliga myndigheter ingår ramavtal som inom den statliga inköpsamordningen är avsedda att användas av hela statsförvaltningen och

ibland också för kommuner och landsting. För att kunna delta i den statliga inköpssamordningen krävs att varje enskild kommun eller landsting och varje enskilt kommun- eller landstingsägt bolag före upphandlingen anmält sitt intresse till den upphandlingsansvariga myndigheten och senare är en part i avtalet.

Ett avrop från ett ramavtal är inte att anse som en upphandling. Detta gäller givetvis under förutsättning att det som avropas och den som avropar uttryckligen omfattas av avtalet och att villkoren är de som anges i avropsavtalet.

Den omständigheten att man ingått ett ramavtal med en leverantör innebär dock inte att man utan upphandling kan avropa andra varor eller tjänster än de som ingår i ramavtalet.

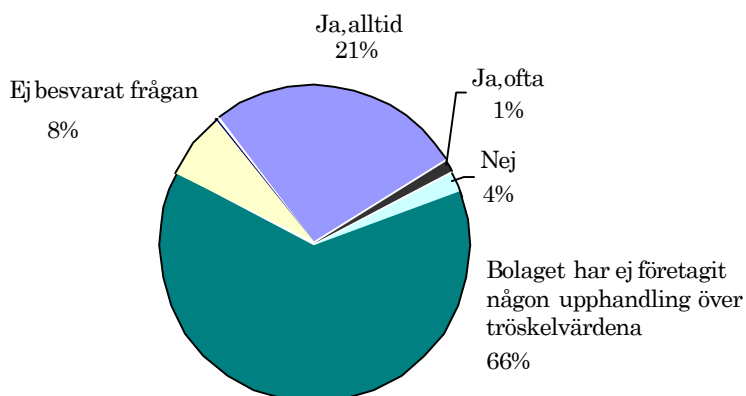
Det är NOU:s uppfattning att en upphandlande enhet bör ingå ramavtal beträffande produkter eller tjänster som upphandlas frekvent. Därigenom uppnås administrativa vinster och dessutom kan enheten ofta uppnå betydande kvantitetsrabatter.<sup>19</sup> Vidare utförs upphandlingen ofta av särskilt kompetent personal. Avtalen utgör därför ofta ett skydds nät för personer som avropar men själva saknar den nödvändiga kompetensen som erfordras för att nöjaktigt genomföra en regelrätt upphandling.

---

<sup>19</sup> Se NOU:s skrift ”Vägledning till 6 kap. LOU”, sid. 17 ff.

## 4 Annonsering i Europeiska Gemenskapernas Officiella Tidning (EGT)

**Annonseras bolagets upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas tidning ?**



### 4.1 NOU:s slutsats

Reglerna om annonsering är några av EG:s upphandlingsdirektivs och LOU:s mest centrala regler, eftersom de stadfäster den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om transparens, dvs. förutsebarhet och öppenhet. Vid upphandling över tröskelvärdena skall upphandlingen som huvudregel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Syftet är att intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden skall ges samma möjlighet att delta i det kommande anbudsförfarandet. Den ökade konkurrens som uppstår genom öppenheten bidrar till att den offentliga sektorn erhåller bättre varor och tjänster till lägre pris.

Fyra procent av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar bolagets upphandlingar över tröskelvärdena och en procent uppger att de "ofta" annonserar. Femton procent av bolagen (43 stycken) som har annonseringsskyldighet uppger att de *inte annonserar upphandlingar över tröskelvärdena*. Även om dessa bolag antalsmässigt är relativt få är det otillfredsställande att inte samtliga offentliga upphandlingar över tröskelvärdena kommer till allmänhetens kännedom så att alla leverantörer ges tillfälle att delta. Om bolagen inte uppfyller sina annonseringsskyldigheter innebär detta dels brott mot LOU och dels att Sverige bryter mot EG:s regelverk.

Efterannonseringen är av avgörande betydelse för leverantörernas rättsäkerhet och bidrar även till leverantörsutveckling. Den statistik som ligger till grund för olika överväganden och beslut avseende offentlig upphandling hos bl.a. EG:s ministerråd, bygger dessutom på genomförd efterannonsering. Ändå har sju procent av bolagen uppgivit att de inte efterannonserar upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive upphandlingar av B-tjänster. Av de tillfrågade bolagen inom den klassiska sektorn har fem procent uppgivit att de inte efterannonserar B-tjänster.



## 4.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 4 redovisas svaren från frågorna 11-13 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 11** lyder ”*Annonseras bolagets upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)?*”.

21 % (232) av bolagen uppger att deras upphandlingar alltid annonseras om inte något undantag är tillämpligt. 1 % (11) uppger att upphandlingarna ofta annonseras medan 4 % (43) anger att upphandlingar över tröskelvärdena inte annonseras. 66 % (730) har angett att bolaget inte företagit någon upphandling över tröskelvärdena under 1997.

8 % (87) av bolagen har inte besvarat frågan.

**Fråga 12** lyder ”*Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster i EGT?*”.

17 % (193) av bolagen har svarat ja medan 7 % (72) bolag har svarat nej. 67 % (743) har uppgett att de inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena.

9 % (95) av bolagen har inte besvarat frågan.

**Fråga 13** lyder ”*Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena i EGT?*”.

Frågan skulle endast besvaras av bolag inom den klassiska sektorn, totalt 620 bolag. Av de 620 bolagen har 4 % (28) svarat att de alltid efterannonserar ovan nämnda upphandlingar, 5 % (30) har svarat att de inte efterannonserar och 84 % (521) har uppgett att de inte företagit någon upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena.

7 % (41) av bolagen har inte besvarat frågan.

## 4.3 Annonseringsreglerna

Kravet på affärsmässighet, konkurrens, likabehandling och icke-diskriminering innebär bland annat att alla leverantörer i medlemsländerna skall ha lika chans att lämna anbud. Upphandlande enheter åläggs därför att annonsera sina upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Detta är en av upphandlingsdirektivens och LOU:s mest centrala regler, vilken möjliggör för intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden att delta i anbudsproceduren vid en offentlig upphandling. Om bolagen inte uppfyller sina annonseringsskyldigheter innebär detta dels brott mot LOU och dels att Sverige som nation bryter mot EG:s regelverk.

Vad gäller efterannonsering är den av avgörande betydelse för leverantörernas rättsäkerhet och bidrar även till leverantörsutveckling.

Den statistik som ligger till grund för olika beslut och överväganden avseende offentlig upphandling hos bl.a. EG:s ministerråd avseende offentlig upphandling bygger på genomförd efterannonsering. Av NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998) framgår att 57 procent av de leverantörer som besvarat frågan regelbundet eller sporadiskt läste annonser avseende resultat av upphandlingar i EGT. Det är därför av stor vikt att annonserna blir tillgängliga för leverantörerna.

Annonsering vid offentlig upphandling av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena är således som huvudregel obligatorisk. Annonsering skall ske som förhandsannonsering (mer begränsat), annonsering vid den faktiska upphandlingen och som efterannonsering. Även upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena skall som huvudregel efterannonseras.

Endast i vissa i LOU angivna undantagsfall kan en upphandlande enhet genomföra en upphandling över tröskelvärdena utan att annonsera själva upphandlingen.<sup>20</sup> Även i dessa fall skall dock som huvudregel en efterannonsering av den avslutade upphandlingen ske.

Observera att även upphandlingar som avbrutits eller på annat sätt inte fullföljts skall efterannonseras<sup>21</sup>.

I förordningen (SFS 1998:77) om annonser vid offentlig upphandling anges för de olika typerna av upphandling och för de olika sektorerna vilka uppgifter som skall finnas med i annonserna i EGT.

Vid all annonsering av offentliga upphandlingar över tröskelvärdena och vid efterannonsering av B-tjänster över tröskelvärdet bör CPV-kod (Common procurement vocabulary) anges.

Dagen för avsändande av en annons till EGT utgör startdag för upphandlingsprocessen. Dagen för avsändandet utgör även den tidpunkt från vilken beräkning skall ske av de olika tidsfrister som anges i LOU avseende lämnande av ansökningar och anbud m.m.

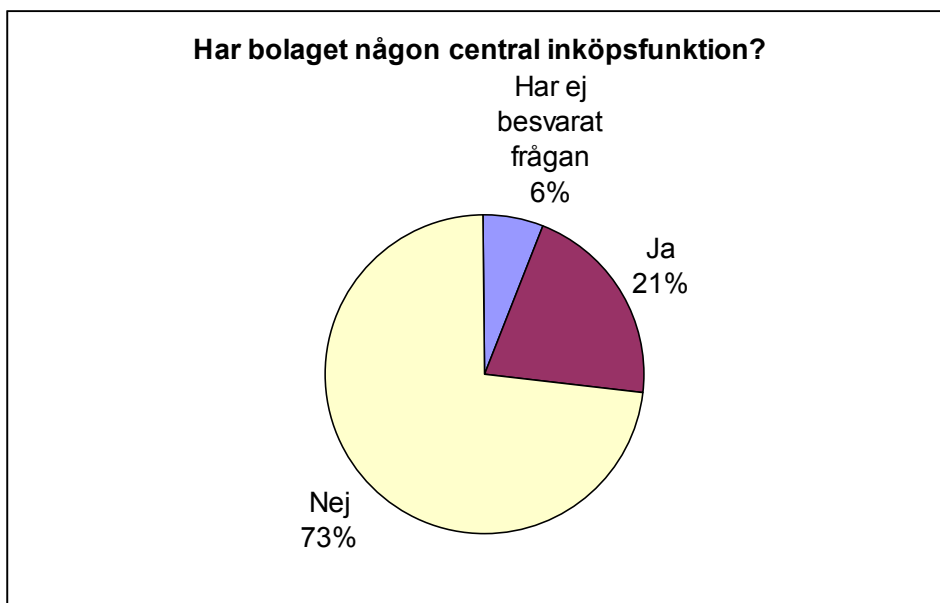
Annonseringen skall som huvudregel göras:

- på förhand (mer begränsat)
- vid anbudsinfördran
- i efterhand (resultatet av upphandlingen)

<sup>20</sup>Undantag: för varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15, 17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17, 19 §§ LOU. Undantagen från annonsering i försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

<sup>21</sup> Se bl.a. 2 kap. 7a § LOU.

## 5 Central inköpsfunktion samt upphandlingskompetens



### 5.1 NOU:s slutsats

NOU har i sin rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998) kunnat konstatera att en centralt organiserad upphandling normalt medför effektivitetsfördelar och är en bättre garant för regelefterlevnaden framför en mer decentraliserad. Av dem som i den rapporten svarade att samordningen ökat, ansåg tre fjärdedelar att de därmed fått bättre kontroll på enhetens samlade upphandling. Endast drygt en femtedel av bolagen har uppgivit att de har en central inköpsfunktion. Det bör framhållas dels att många bolag uppges sakna egen personal, dels att många bolag under 1997 avropade på annan juridisk persons ramavtal och av dessa skäl inte haft anledning att bygga upp eller vidmakthålla en central funktion.

Att ha kunskap om de grundläggande principerna och reglerna vad gäller offentlig upphandling är en förutsättning för att kunna genomföra en god affär och samtidigt respektera leverantörernas rättigheter. Drygt 80 procent av bolagen har glädjande nog svarat att alla förenklade upphandlingar och alla upphandlingar över tröskelvärdena genomförs av personal med kunskap om LOU. Emellertid har åtta procent angett att detta sker "sällan" eller "aldrig", vilket är oacceptabelt.

Det är viktigt att de upphandlande enheterna fortlöpande informerar sig om förändringar och nyheter på upphandlingsområdet, såsom ny lagstiftning, nya avgöranden från svenska domstolar och EG-domstolen samt beslut och tolkningar från NOU. Två tredjedelar av bolagen har uppgivit att all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, har tillgång till NOU:s information. NOU ser här ett tydligt tecken på att myndighetens arbete är känt för en majoritet av de upphandlande enheterna. Övriga bolag har genom tillsynsprojektet blivit uppmärksammade på att NOU:s information kan bidra till en effektivare upphandling.

## 5.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 5 redovisas svaren från frågorna 15-17 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 15** lyder ”*Har bolaget någon central inköpsfunktion?*”

21 % (229) av bolagen har svarat ja, medan 73 % (802) svarat nej.

6 % (72) av bolagen har inte besvarat frågan.

**Fråga 16** lyder ”*Genomförs alla förenklade upphandlingar och alla upphandlingar över tröskelvärdena av personal med kunskap om LOU?*”

89 % av bolagen har besvarat frågan. Svaren fördelar sig enligt följande:

	%	antal bolag
Ja, alltid	48	528
Ja, för det mesta	33	366
Sällan	4	43
Nej, aldrig	4	39

11 % (127) har inte besvarat frågan.

**Fråga 17** lyder ”*Har all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, tillgång till NOU:s information?*”

67 % (740) av bolagen har svarat ja, 24 % (267) har svarat nej.

9 % (96) av bolagen har inte besvarat frågan.

## 5.3 Effektiv upphandlingsorganisation

LOU ställer inga krav på hur upphandlande enheter skall organisera sin upphandlingsverksamhet. Däremot kan NOU, som skall verka för en effektiv offentlig upphandling, lämna rekommendationer. Ju mer omfattande, varierade och komplicerade upphandlingar en upphandlande enhet företar, desto större krav ställs på kompetens, organisation, rutiner och informationssystem. Med anledning av detta kan det många gånger vara en fördel att samla specialkompetens och resurser centralt.

Bolagen är den grupp av upphandlande enheter som enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998) hade den mest decentraliserade upphandlingen. Rapporten, som omfattar flertalet olika enhetstyper, dvs. inte bara kommun- och landstingsägda bolag, visar att de enheter som angivit att de gjort de största besparingarna p.g.a. LOU har mer centraliserad upphandling och inarbetade upphandlingsrutiner än övriga. Av dem som i den nämnda rapporten svarade att samordningen ökat, ansåg tre fjärdedelar att de därmed fått bättre kontroll på enhetens samlade upphandling. Djupintervjuer med två bolag, som hade likartad verksamhet men olika organisation, bekräftar detta. Bolaget med centralt organiserad upphandling visade tydliga positiva effekter och var mycket positivt till

LOU. Tillkomsten av LOU innebar att upphandlingen stramades upp. Den centrala styrningen ökade och acceptansen i organisationen för det nya regelverket var hög. Den positiva synen på upphandlingsfrågorna och lagens möjligheter hade också underbyggts från ledningshåll. Bolaget med decentraliserad upphandling hade inte uppnått några positiva effekter och var mer negativt till lagen. Attityden var snarare att LOU sågs som ett byråkratiskt hinder. Ansvarsfördelningen var dessutom oklar och upphandlingsfrågorna hade uppenbarligen inte rönt samma intresse som i det andra bolaget.

Enligt en annan undersökning<sup>22</sup>, som handlar om tillämpningen av LOU i Göteborgsregionens kommuner, är det också av betydelse för LOU:s tillämpning hur en organisation klarar av att förmedla information i olika riktningar och vilka kunskaper de som skall tillämpa lagen har. Enligt denna undersökning förekom brister på dessa områden främst bland de kommuner som hade en decentraliserad inköpsorganisation.

#### **5.4 Kunskap om LOU?**

LOU trädde i kraft den 1 januari 1994. De upphandlande enheterna har sedan dess haft stora möjligheter att informera sig om upphandlingsreglerna. En förutsättning för att offentliga upphandlingar görs i enlighet med gällande lagstiftning är att de hanteras av tjänstemän med gedigen kunskap om LOU. Även i de bolag där endast direktupphandlingar görs, bör dock finnas en grundläggande kunskap om reglerna, bl.a. för att en bedömning skall kunna göras i vilken utsträckning direktupphandling får ske.

#### **5.5 NOU:s information**

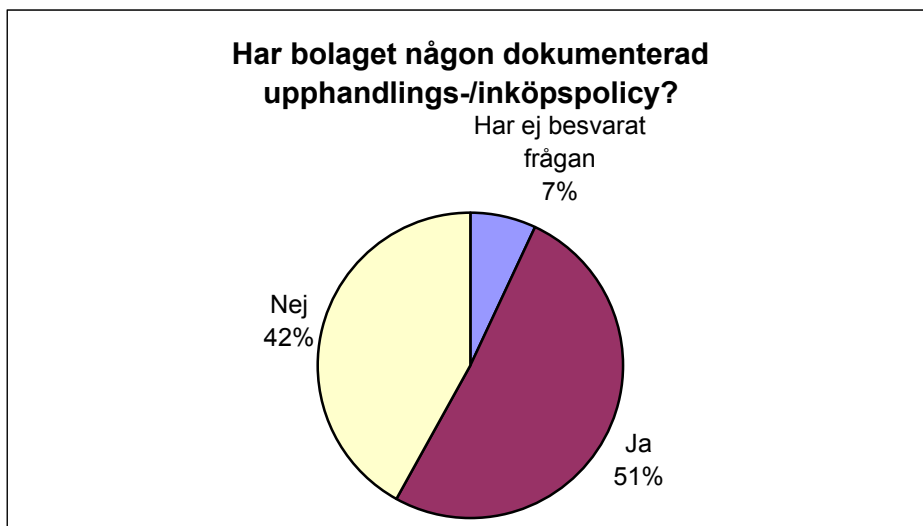
NOU<sup>23</sup> har sedan starten i mars 1993 gett ut ett nyhetsbrev, *NOU info*. I nyhetsbrevet, som utkommer fyra gånger per år, ger NOU sina tolkningar av/ kommentarer till hur reglerna i LOU bör tillämpas. I nyhetsbrevet redovisas även avgöranden från svenska domstolar och från EG-domstolen. Även de mest intressanta av NOU:s avgöranden refereras. Sedan ett par år har NOU en egen hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). Där kan upphandlande enheter och andra finna bl.a. *NOU info* och annan information om offentlig upphandling. Förutom den skrivna informationen har NOU även daglig telefonservice.

---

<sup>22</sup> Anders Lindgren, Göteborgs universitet.

<sup>23</sup> Se vidare i kapitel 10 om NOU.

## 6 Dokumenterad upphandlings-/inköspolicy



### 6.1 NOU:s slutsats

NOU:s rapport ”Effekter av lagen om offentlig upphandling” (1998) visar att upphandlande enheter som hade ökat sin samordning av upphandlingen uppnått positiva effekter i större utsträckning än enheter med svag styrning och kontroll. Den interna samordningen hade t.ex. bestått i utarbetande av riktlinjer, handböcker, information och/eller utbildning.

Utarbetandet av en upphandlings-/inköspolicy bidrar enligt NOU:s mening verksamt till att effektivisera organisationers upphandling. Särskilt i sådana upphandlande enheter vars upphandling görs decentraliserat ställs stora krav på att upphandlande personal har vissa fastlagda riktlinjer för att göra effektiva upphandlingar och för att förhindra lagbrott.

Upphandlings-/inköspolicyn kan lämpligen innehålla de grundläggande principerna för upphandling tillsammans med riktlinjer för en upphandlings olika skeden, intern samordning samt redogörelse för tillämpliga sekretessregler, jäv m.m.

42 procent av bolagen har uppgett att de inte har någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy. Med tanke på de positiva effekter som kan uppnås, rekommenderar NOU därför dessa, i synnerhet sådana med decentraliserad upphandling, att utarbeta och fastställa en upphandlings-/inköspolicy.

## 6.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 6 redovisas svaren från fråga 4 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 4** lyder ”*Har bolaget någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy?*”.

51 % (565) av bolagen har svarat ja, 42 % (465) har svarat nej. 7 % (73) av bolagen har inte besvarat frågan.

## 6.3 Upphandlings-/inköspolicy

I LOU återfinns inget krav på att upphandlande enheter skall ha en upphandlings-/inköspolicy, förutom kravet i 6 kap. 2 § 2 st. LOU på att upphandlande enheter vid behov skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling, se avsnitt 7 nedan.

Enligt NOU:s rapport ”Effekter av lagen om offentlig upphandling” (1998) hade upphandlande enheter som har ökat sin samordning av upphandlingen uppnått positiva effekter i större utsträckning än enheter med svag styrning och kontroll. Den interna samordningen hade t.ex. bestått i utarbetande av riktlinjer, handböcker, information och/eller utbildning. Sådana insatser hade ofta initierats i och med att LOU infördes.

En upphandlings-/inköspolicy kan innehålla t.ex. följande:

- mål för upphandlingsverksamheten,
- beskrivning av de grundläggande principerna enligt LOU om likabehandling, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande,
- riktlinjer för samverkan, samråd, inklusive regler för att tillämpa interna och externa ramavtal,
- riktlinjer för miljöhänsyn,
- riktlinjer om etik,
- beskrivning av ansvar och befogenheter,
- krav på kompetens för tjänstemän med ansvar för upphandling och inköp,
- information om sekretess- och jävsregler,
- riktlinjer för direktupphandling samt
- riktlinjer för dokumentation.

Vidare bör upphandlings-/inköspolicyn kompletteras med en dokumenterad rutinbeskrivning för upphandling och inköp. En sådan rutinbeskrivning skapar goda förutsättningar för att alla som upphandlar har en gemensam grundsyn och därtill goda kunskaper om de lagar och rutiner som gäller för upphandling.

## 7 Fastställda riktlinjer för direktupphandling



### 7.1 NOU:s slutsats

LOU stadgar att en upphandlande enhet vid behov skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Det är NOU:s uppfattning att om direktupphandling tillämpas så föreligger också ett behov av att fastställa riktlinjer. NOU har rekommenderat upphandlande enheter att använda ett basbelopp vid upphandling av varor och enklare tjänster och två basbelopp vid kvalificerade tjänster som direktupphandlingsgränser.

Nästan 60 procent av bolagen har också svarat att de har fastställt riktlinjer. Av dessa bolag har nästan 90 procent uppgett att det i deras riktlinjer ingår beloppsgränser. Majoriteten av dessa bolag tillämpar de av NOU rekommenderade basbeloppsgränserna. Ett fåtal bolag har dock angett direktupphandlingsbelopp från 200.000 kr och uppåt. Dessa belopp kan enligt NOU:s bedömning inte anses vara låga värden, utan bör rimligen utgöra ett brott mot huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

Så många som *en tredjedel av bolagen* svarade emellertid att de inte har några riktlinjer alls. Att samtliga dessa bolag inte skulle ha genomfört någon direktupphandling under hela 1997 förefaller osannolikt. NOU finner det mycket otillfredsställande att så många bolag inte har fastställt några riktlinjer för den direktupphandlingen som ändå rimligen sker.

Omkring hälften av bolagen har inte besvarat frågorna om vilka direktupphandlingsbelopp som gäller för varor och enklare tjänster respektive kvalificerade tjänster. Fler än 100 av dessa bolag har uppgett att de har fastställt riktlinjer för direktupphandling, dock utan att ange vilka beloppsgränser som tillämpas.



## 7.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 7 redovisas svaren från frågorna 5-7 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 5** lyder ”*Har bolaget fastställda riktlinjer för direktupphandling?*”.

59 % (649) av bolagen har svarat att de har fastställda riktlinjer, medan 34 % (378) av bolagen svarat nej.

7 % (76) av bolagen har inte besvarat frågan.

**Fråga 6** lyder ”*Ingår i dessa riktlinjer beloppsgränser?*”.

88 % (570) av de bolag som svarat ja på fråga 5 har svarat att de har beloppsgränser för direktupphandling i sin riktlinjer.

**Fråga 7** lyder ”*Om ni svarat ja på fråga 6, ange gränserna för: varor och enklare tjänster samt för kvalificerade tjänster.*”

Nästan samtliga bolag som har uppgivit att deras riktlinjer för direktupphandling innehåller beloppsgränser har också besvarat fråga 7 avseende beloppsgränser för *varor och enklare tjänster*. 65 % (372) av de 570 bolagen har svarat att de har ett basbelopp eller mindre som övre gräns för sådan direktupphandling. 33 % (190) av de 570 bolagen har angett att de har mer än ett basbelopp som gräns. De 10 bolag som angett de högsta värdena har angett belopp från 200.000 kr och uppåt.

91 % (518) av de 570 bolagen har besvarat frågan avseende direktupphandlingsbelopp för anskaffning av *kvalificerade tjänster*. 73% (418) av de 570 bolagen har angett att de har två basbelopp eller mindre som övre gräns för sådan direktupphandling. 17 % (100) av bolagen har angett att de har mer än två basbelopp som gräns för direktupphandling av kvalificerade tjänster. De 10 bolag som angett de högsta värdena har även här angett belopp från 200.000 kr och uppåt.

## 7.3 Riktlinjer för direktupphandling

I 6 kap. 2 § 2 st. LOU stadgas att en upphandlande enhet vid behov skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. För de enheter som använder direktupphandling är det viktigt att fastställa sådana riktlinjer för när direktupphandling får tillämpas och för vilka varor och tjänster. Enheten bör även fastställa inom vilka belopp direktupphandling får ske och vem som får besluta om sådan upphandling. Det är NOU:s uppfattning att om direktupphandling tillämpas så föreligger också ett behov av att fastställa riktlinjer.

Avgörande för vad som därvid är att anse som ett rimligt belopp bör göras med ledning av det som nämns nedan angående lågt värde (se 7.4.1). Ju högre belopp som fastställs för direktupphandling inom en enhet, desto större är naturligtvis behovet av att närmare reglera internt vilka formella krav som skall gälla i form av prisförfrågningar och jämförelser, skriftliga

anbud, motivering till val av leverantör o.s.v. Det kan ibland vara lämpligt att ha flera olika direktupphandlingsgränser för olika typer av upphandlingar. Det är även angeläget att sprida denna information inom enheten och samtidigt uppmana organisationen att utnyttja de eventuella ramavtal enheten har tecknat eller på annat sätt omfattas av. Vidare bör den upphandlande enhetens centrala inköpsenhet eller upphandlingsansvarige informera sig om vilka varor och tjänster som direktupphandlas av den upphandlande enheten och i vilken omfattning. Sådan information kan tjäna som underlag för beslut om enheten skall träffa nya ramavtal eller om den interna informationen skall förbättras avseende redan träffade ramavtal som inte utnyttjas<sup>24</sup>.

I sammanhanget kan även framhållas vikten av att föreskriva att beställningar och beställningserkännanden skall vara skriftliga, gärna på förtryckta blanketter. Beställningar bör alltid innehålla åtminstone:

- tydlig beskrivning av varan/tjänsten (ev. katalognummer);
- leveransvillkor (tid och plats, innefattande ex.vis våningsplan);
- pris och övriga kommersiella villkor; och
- eventuellt förbehåll om nyttjanderätt.

- Direktupphandling får endast användas när värdet av det som skall upphandlas är lågt eller om synnerliga skäl föreligger.
- En upphandlande enhet bör fastställa riktlinjer för när direktupphandling får användas.

## 7.4 Direktupphandling

Formen direktupphandling får bara användas i de fall som anges i 6 kap. LOU, nämligen endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. En upphandlande enhet som använder sig av direktupphandling bör fastställa riktlinjer för när och hur sådan upphandling får ske, se 7.3 ovan.

Direktupphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU. Innebörden av termen är densamma som i tidigare regelsystem för stat och kommun (4 § Upphandlingsförordningen (UF) och 7 § Upphandlingsreglementet (UR)).<sup>25</sup> I anvisningarna till UR 7 § framfördes att upphandlingsformen ”...är avsedd för sådana fall där administrationskostnaderna och tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte skulle stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde.” Definitionen skall dock *inte* utläsas så att något anbud inte bör/skall infordras. Det är tvärtom oftast lämpligt att begära skriftligt anbud även vid sådan upphandling utom vid mindre köp över disk. Direktupphandling innebär inte att avsteg får göras från affärsmässigheten. Dessutom bör den upphandlande enheten inhämta prisuppgifter från flera håll när så är möjligt för att göra prisjämförelse. En sådan prisjämförelse bör även dokumenteras.

<sup>24</sup> Se även avsnitt 3.4 avseende ramavtal.

<sup>25</sup> Prop. 1993/94:78 s. 22.

### 7.4.1 Lågt värde

Direktupphandling är främst avsedd för mindre upphandlingar "över disk", dvs. när ett normalt anbudsförfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek.

För en normal enhet kan ett basbelopp för varor och tjänster vara en lämplig övre beloppsgräns för att tillåta direktupphandling och för mer kvalificerade tjänster, t.ex. kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter två basbelopp. Exempel på sådana tjänster är konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

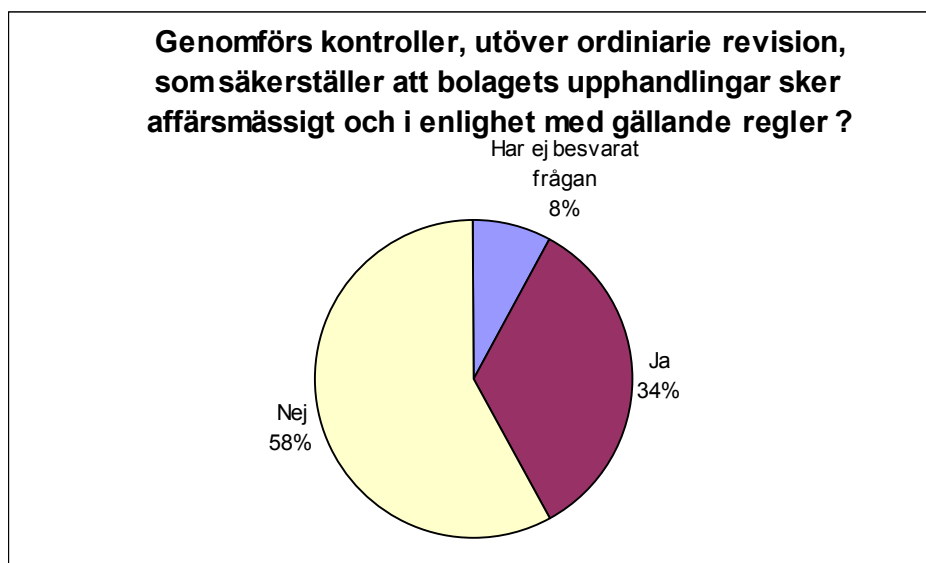
Det är viktigt att observera att direktupphandling endast avser enstaka upphandlingar under ett år. Om enheten vet att det kan bli fråga om upprepade upphandlingar, bör enheten upphandla enligt LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som t.ex. under ett år köper en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör ramavtal tecknas. NOU har i ett ärende (dnr 185/97-26) ansett att samma principer som används vid tröskelvärdesberäkningar bör tillämpas även för beräkningar av värdet när direktupphandling får användas. En upphandling får således inte delas upp i syfte att komma under gränserna för direktupphandling.

### 7.4.2 Synnerliga skäl

Synnerliga skäl för direktupphandling förutsätter oftast att det inträffat någonting som kan jämföras med en force majeure-liknande omständighet (t.ex. eldsvåda eller översvämning). För att exempelvis förhindra stora skador eller stora kostnader som skulle bli följden av ett utdraget upphandlingsförfarande kan enheten tillgripa direktupphandling. Det är främst fråga om nödsituationer och akuta och oförutsedda behov, exempelvis när ett tak blåser av ett hus eller att ett sjukhus elgenerator plötsligt går sönder. I anvisningarna till UR anfördes som exempel på brådskande och oförutsedda behov, där förhandlingsupphandling eller direktupphandling kunde vara tillämpliga, "... eldsvåda, översvämning eller annan katastrof."

En sådan undantagsregel får således inte användas som lösning av någon allmänt känslig situation som den upphandlande enheten råkat hamna i eller vid brådska, om brådskan beror på den upphandlande enheten, t.ex. på grund av bristande planering.

## 8 Kontroller utöver ordinarie revision



### 8.1 NOU:s slutsats

Det stadgas *inte* specifikt i den lagstiftning om revision som finns i dag att revisorerna i ett kommun- eller landstingsägt bolag skall kontrollera hur reglerna i LOU följs av bolaget. NOU antar att detta inte alltid står klart för bolagsledningarna.

NOU anser det angeläget att de kommun- och landstingsägda bolagen i allt större utsträckning genomför kontroller utöver befintliga revisionsinsatser för att säkerställa att den offentliga upphandlingen sköts enligt regelverket.

Riksdagen har fattat beslut om vissa lagändringar vilka kommer att leda till ökad samordning mellan den revision som återfinns i bolagen och den som finns i kommunerna och i landstingen. Förutsättningen för en effektivare kontroll synes öka med den nya lagstiftningen.

Endast en tredjedel av bolagen har uppgett att det i bolagen genomförs kontroller av upphandlingen, utöver ordinarie revision. Andelen var trots allt större än vad NOU hade förväntat. Tyvärr har emellertid nästan 60 procent av bolagen uppgett att ingen ytterligare kontroll sker.

## 8.2 Redovisning av enkätsvaren

I avsnitt 8 redovisas svaren från fråga 18 i NOU:s enkät (bilaga 1).

**Fråga 18** lyder ”Genomförs kontroller, utöver ordinarie revision som säkerställer att bolagets upphandlingar sker affärsmässigt och i enlighet med gällande regler?”.

34 % (374) av bolagen har svarat att de har kontroller utöver ordinarie revision, 58 % (638) svarade nej.

8 % (91) av bolagen har inte besvarat frågan.

## 8.3 Ordinarie revision

Reglerna om revision i kommunala bolag återfinns huvudsakligen i KL, aktiebolagslagen (1975:1385) och i lagen (1980:1103) om årsredovisningar m.m. i vissa företag. De förtroendevalda revisorerna granskar enligt reglerna i KL, i den omfattning som följer av god redovisningssed, all verksamhet som bedrivs inom nämndernas och fullmäktigeberedningarnas verksamhetsområde. Verksamhet som bedrivs i kommunala bolag ligger emellertid utanför de förtroendevalda revisorernas ansvar och befogenhet. De kommunala bolagen omfattas i stället av revision enligt aktiebolagslagen, vilken utförs av revisorer och lekmannarevisorer.

I syfte att stärka den kommunala revisionen har riksdagen beslutat om ändringar i ovan nämnda lagar<sup>26</sup>. Ändringarna innebär bl.a. att ökade möjligheter till informationsutbyte mellan de förtroendevalda revisorerna i kommunerna och landstingen och lekmannarevisorererna i de kommun- och landstingsägda bolagen införs.

De lekmannarevisorer som i dagsläget återfinns i de kommun- och landstingsägda bolagen skall i sina uppdrag även granska kommunnyttan av företagen. En lekmannarevisor i ett kommunalt bolag skall också bedöma utfallet av verksamheten, dvs. verksamhetens måluppfyllelse, ändamålsenlighet och resultat i förhållande till resursförbrukning och kommunens direktiv. Revisorerna bör vara särskilt uppmärksamma på den interna kontrollen i verksamhet där det finns risk för oegentligheter eller mutor, t.ex. vid upphandling<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Lag (1999:621) om ändring i kommunallagen (1991:900)

<sup>27</sup> Se Kommun- och Landstingsförbundets skrift ”God redovisningssed i kommunal verksamhet”, 1999.

## 9 Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

### 9.1 Allmänt om LOU

EG-direktiven om offentlig upphandling har införts som detaljerad sekundärlagstiftning för att göra bestämmelserna i EG-fördraget avseende fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital mer effektiva. EG:s grundläggande principer är icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principerna är tillämpliga på all offentlig upphandling, oavsett värde. I och med LOU har EG:s upphandlingsdirektiv införlivats med svensk rätt.

De anskaffningar som en upphandlande enhet företar omfattas av LOU och skall föregås av upphandling<sup>28</sup>. Denna huvudregel gäller såvida undantag inte särskilt angivits i lagen. LOU är ett förhållandevis komplicerat regelverk som dels innehåller direktivstyrda regler, dels nationella – icke direktivstyrda – regler. Lagens första kapitel (1-6 §§) omfattar båda dessa regeltyper medan de övriga kapitlens tillämpning beror på vad som upphandlas och till vilket värde.

Reglerna i LOU skiljer sig beroende på värdet av upphandlingen, där skiljelinjen bestäms genom s.k. tröskelvärden. Tröskelvärdena är angivna i den europeiska valutan ecu (european currency unit) eller i sdr (special drawing rights). Tröskelvärdena i nationell valuta räknas om vart annat år, och förs in i Sverige genom en förordning<sup>29</sup>.

Tröskelvärden fr.o.m. den 1 april 1998, exklusive mervärdesskatt:

- Byggtreprenader 43.214.000 kr
- Varor och tjänster inom klassiska sektorn 1.728.000 kr (1.157.000 kr för statliga myndigheter)
- Varor och tjänster inom försörjningssektorerna exkl. telesektorn 3.457.000 kr

### 9.2 Upphandling över tröskelvärdena

Följande kapitel i LOU reglerar upphandling *över de s.k. tröskelvärdena*:

- Kap. 2 reglerar upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn.
- Kap. 3 reglerar upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader inom den s.k. klassiska sektorn.
- Kap. 4 reglerar upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna.
- Kap. 5 reglerar upphandling av s.k. A-tjänster<sup>30</sup> inom den s.k. klassiska sektorn.

<sup>28</sup> En beställning/avrop, som görs i enlighet med ett för den upphandlande enheten gällande ramavtal, anses inte som en upphandling förutsatt att ramavtalet har upphandlats i enlighet med LOU.

<sup>29</sup> Nya tröskelvärden kommer att införas under våren 2000, se *NOU info dec-99*.

<sup>30</sup> Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena inom den klassiska sektorn skall de direktivstyrda reglerna i 5 kap. LOU tillämpas. Upphandling av B-tjänster sker, oavsett värde, enligt reglerna i 6 kap. LOU. Vilka tjänster som är A- respektive B-tjänster framgår av bilagor till LOU.

Kapitlen införlivar således de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna, vilket medför att inte endast NOU utan även EG-kommissionen vakar över deras efterlevnad.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns tre upphandlingsförfaranden; öppen, selektiv och förhandlad upphandling (den senare får vid upphandling inom den klassiska sektorn endast användas i undantagsfall).

De bolag som skall upphandla inom den s.k. klassiska sektorn definieras närmare under avsnitt 2 om upphandlande enheter. Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna är t.ex. kommun- och landstingsägda bolag som bedriver *verksamhet* inom de områden som definieras i 4 kap. 1 § LOU. Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna skall följa reglerna i 4 kap. LOU vid sin upphandling över tröskelvärdena.

Vid upphandling över tröskelvärdena skall som regel upphandlingen annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), så att alla intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden ges samma möjlighet att delta i anbudsproceduren. I LOU och i förordningen (1998:77) om annonser vid offentlig upphandling anges vilka punkter som skall anges i förfrågningsunderlaget och/eller annonsen om upphandling. Över tröskelvärdena finns också regler om minsta tid för att lämna anbud m.m, krav på att hänvisa till europeiska specifikationer, regler om anbudsöppning och om dokumentation etc.

### **9.3 Upphandling enligt 6 kap. LOU**

Sjätte kapitlet i LOU reglerar i det närmaste all upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde samt vissa specialupphandlingar som definieras i 1 kap. 3 § LOU, *för samtliga upphandlande enheter*. Vid upphandling enligt 6 kap. LOU kan två upphandlingsförfaranden tillämpas. Som huvudregel tillämpas förenklad upphandling men vid låga värden eller om synnerliga skäl föreligger får direktupphandling tillämpas.

Även vid upphandling under tröskelvärdena kan en upphandling annonseras, men en upphandlande enhet får också vända sig direkt till lämpligt antal leverantörer (så att befintlig konkurrens utnyttjas). Förutsättningen är att även leverantörer som inte tillfrågats skall få delta på samma villkor. Vidare stadgas det i 6 kap. LOU ett antal punkter som skall anges i förfrågningsunderlaget, t.ex. hur lång tid leverantörerna får på sig att lämna anbud. Det finns också regler i LOU om anbudsöppning och hur upphandlingen skall dokumenteras m.m.

### **9.4 Sanktioner i LOU**

I 7 kap. LOU återfinns de regler som ger anbudsgivare och andra leverantörer möjlighet att under en pågående upphandling ansöka om överprövning hos länsrätt och att efter en avslutad upphandling i tingsrätt föra talan om skadestånd.

## 10 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som bildades den 15 mars 1993 är en statlig myndighet med tillsyn över offentlig upphandling. NOU övertog tillsynen över upphandling inom staten från Riksrevisionsverket. NOU består av en expertnämnd med åtta ledamöter och ett kansli med f.n. (år 2000) tio tjänstemän. Det är kansliet som sköter den löpande verksamheten.

NOU skall verka för en god regelefterlevnad och en effektivare offentlig upphandling genom tillsyn, information och utvecklingsinsatser. Av LOU framgår de befogenheter NOU har i sin tillsynsverksamhet.

### **NOU skall**

- ha tillsyn över upphandling enligt LOU och GPA<sup>31</sup>
- följa utvecklingen inom EU och WTO<sup>32</sup>
- lämna information och allmänna råd
- följa tillämpningen av nationella leveransbestämmelser
- samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål
- verka för en effektiv offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen i Sverige uppgår enligt Upphandlingskommitténs delbetänkande (SOU 1999:139) till ca 400 miljarder kr, ca 23 procent av Sveriges BNP. Motsvarande siffra för EU uppges vara ca 7.000 miljarder kr, ca 11 % av den samlade BNP:n för EU.

Enligt 7 kap. LOU (9-10 §§) är NOU:s uppgift att utöva tillsyn över hela den offentliga upphandlingen, innefattande under år 2000

- ca 300 statliga verk
- 288 kommuner
- 23 landsting
- ca 1.274 kommunala och landstingsägda bolag
- ett 100-tal statliga bolag
- privata bolag inom försörjningssektorerna
- offentliga stiftelser m.m.
- vissa delar av svenska kyrkan (se SFS 1999:309)

Eftersom det både inom staten, kommunerna och landstingen finns ett antal upphandlande enheter kan det totala antalet upphandlande enheter i Sverige uppgå till 10.000, se ovan nämnda SOU 1999:139, sid. 14.

NOU ger ut ett nyhetsbrev *NOU info*, fyra gånger per år, avsett främst för upphandlande enheter. Nyhetsbrevet läggs in på NOU:s hemsida [www.nou.se](http://www.nou.se). Prenumeration på pappersutgåva kan beställas hos Fritzes. På NOU:s hemsida finns även länkar till CPV-nomenklaturen, blanketter för annonsering samt kommentarer till dessa. Vissa av NOU:s ärenden, rapporter m.m. finns också inlagda på hemsidan.

<sup>31</sup> Government Procurement Agreement, WTO

<sup>32</sup> World Trade Organisation - Världshandelsorganisationen



## 11 BILAGOR

1. NOU:s enkät inklusive bilaga.
2. Skrivelse till kommunstyrelser och landsting, daterad den 3 december 1998.
3. Skrivelse till bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter, daterad den 4 april 1999.
4. Skrivelse till kommun och landstingsstyrelser, daterad den 16 juni 1999.
5. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter.
6. Bolag som inte besvarat fråga 1-3 i enkäten.
- 6A. Lista över kommunstyrelser som inte besvarat NOU:s brev, daterat 99-06-14
7. Kommun- och landstingsägda bolag som inte besvarat NOU:s enkät.
8. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de är upphandlande enheter inom den klassiska sektorn.
9. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för försörjningssektorerna i LOU.
10. Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för både försörjningssektorerna och den klassiska sektorn.
11. Bolag som inte längre är kommun- eller landstingsägda eller som under 1997 var vilande.
12. Kommun- och landstingsägda bolag som angivit att de uteslutande bedriver elhandel eller tjänsteexport.

Datum

Vår beteckning

1998-10-23

248/98-29

## Tillsyn över kommunal- och landstingsägda bolags upphandlingar

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med anledning av sin tillsynsuppgift, beslutat vända sig till kommunal- och landstingsägda bolag för att övergripande kontrollera efterlevnaden av LOU samt vilka förutsättningar bolaget har att följa lagen.

NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och ska enligt sin instruktion, verka för en effektiv offentlig upphandling. 17 kap. 9 § andra stycket LOU föreskrivs att nämnden vid sin tillsyn får inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. Av 7 kap. 10 § samma lag framgår att en upphandlande enhet är skyldig, att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

Som ett led i vår tillsynsverksamhet emottas svar på bifogade frågor. Svaren kan föranleda ytterligare tillsynsåtgärder. Beträffande lagtext och utförligare beskrivning av frågorna hänvisas till bifogad bilaga. LOU finns sin helhet tillgänglig på NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)).

NOU har uppdragit åt SCB att genomföra undersökningen. Den genomförs som en postenkät till alla aktiebolag som till minst 50 % ägs av kommuner eller landsting och har kostnader för verksamheten samt finns upptagna i SCB:s register. För att underlätta det ovan beskrivna projektarbetet ber vi Er att besvara bifogat frågeformulär och skicka in Ert svar i bifogat svarskuvert så snart som möjligt, dock **senast den 17 november 1998**.

Frågor av juridisk karaktär besvaras av jur. kand. Åsa Edman telefax 08-791 72 81. Administrativa frågor besvaras kontaktpersonerna på SCB, Jessica Kühne tel. 019-17 70 31 eller Anita Norling tel. 019 - 17 60 67.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze  
Kanslichef

Åsa Edman  
Jur. kand.

## Frågeformulär

1. Är bolaget en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn?

- Ja  
 Nej

2. Är bolaget en upphandlande enhet inom försörjningssektorn?

- Ja  
 Nej

3. Om Ni svarat nej på fråga 1 och 2 ange då på vilken grund Ni anser bolaget inte vara en upphandlande enhet. Därefter behöver Ni inte besvara ytterligare frågor.

4. Har bolaget någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy?

- Ja  
 Nej

5. Har bolaget fastställda riktlinjer för direktupphandling ?  
(För information avseende fråga 5-7 se bilaga)

- Ja  
 Nej

6. Ingår i dessa riktlinjer beloppsgränser?

- Ja  
 Nej

7. Om Ni svarat ja på fråga 6, ange gränserna för:  
(För information se bilaga)

- varor och enkla tjänster (för information se bilaga) ..... kr

- kvalificerade konsulttjänster (för information se bilaga) ..... kr

8. Ange bolagets totala inköpsbelopp under 1997:

totalt..... kr

om möjligt fördelat på:

varor och tjänster ..... kr

bygg och anläggningsentreprenader ..... kr

9. Uppskattningsvis hur mycket av det totala beloppet var avrop på annan juridisk persons ramavtal?

.....%

10. Hur många upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster, avslutades under 1997?  
(För information se bilaga)

.....st.

11. Annonseras bolagets upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)?  
(För information se bilaga)

Ja, alltid om undantag inte är tillämpligt.

Ja, ofta.

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena.

12. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster i EGT ?  
(För information se bilaga)

Ja

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

13. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena i EGT? Frågan skall endast besvaras av bolag inom den klassiska sektorn. (För information se bilaga)

- Ja
- Nej
- Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

14. Ungefär hur många förenklade upphandlingar företog bolaget under år 1997 (direktupphandlingar ska således inte inräknas)?  
(För information se bilaga)

..... st.

15. Har bolaget någon central inköpsfunktion ?

- Ja
- Nej

16. Genomförs alla förenklade upphandlingar och alla upphandlingar över tröskelvärdena av personal med kunskaper om LOU?  
(För information se bilaga)

- Ja, alltid.
- Ja, för det mesta.
- Sällan.
- Nej, aldrig.

17. Har all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, tillgång till NOU:s information?  
(För information se bilaga)

- Ja
- Nej

18. Genomförs kontroller, utöver ordinarie revision, som säkerställer att bolagets upphandlingar sker affärsmässigt och i enlighet med gällande regler?  
(För information se bilaga)

- Ja
- Nej

.....  
Ort och datum

.....  
Bolag

.....  
Titel

.....  
Underskrift

.....  
Namnförtydligande

.....  
Telefon

## **BILAGA (till frågeformuläret)**

### **FRÅGA 1. Den klassiska sektorn definieras i 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).**

6§ Termen "upphandlande enhet" 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

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet.

### **FRÅGA 2. Försörjningssektorn definieras i 4 kap. 1 § LOU.**

1§ Bestämmelserna i detta kapitel 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,
4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "upphandlande enhet"

1. företag över vilka staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 3 kap. 8§ andra stycket, och
2. företag som bedriver verksamhet enligt första stycket med sådant särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "särskilt tillstånd" dels fall då ett företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning som avses i första stycket kan utnyttja rätt till expropriation eller användning av egendom eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, dels fall då ett företag bedriver verksamhet som avses i första stycket 1 och levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet.

## FRÅGA 5-7. Direktupphandling

För definition av direktupphandling (6 kap. 2 § LOU) och Nämndens för offentlig upphandling (NOU:s) uppfattning om lämpliga gränser för direktupphandling bifogas ett utdrag ur Sammanställning NOU info 93-95, s. 57.

”Avsikten med direktupphandling var ursprungligen mindre upphandlingar ”över disk”, dvs. när ett normalt anbudsförfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek.

De högsta belopp som enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör.

För en normal enhet kan ett basbelopp för varor och tjänster vara ett lämpligt belopp och för enstaka intellektuella konsulttjänster två basbelopp. Begreppet ”intellektuella tjänster” får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

Observera att direktupphandling endast avser enstaka upphandlingar under ett år. Om enheten vet att det kan bli upprepade upphandlingar bör enheten upphandla enligt LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör man använda ramavtal.”

## FRÅGA 10. Tröskelvärden (exkl. mervärdesskatt)

		1997	1998	
	ecu	kr	kr	
Byggtreprenader		5.000.000	46.628.000	43.214.000
Varor och tjänster				
Försörjningssektorn	400.000	3.730.000	3.457.000	
Övriga upphandlande enheter (exkl. statliga myndigheter)		200.000	1.865.000	1.728.000



### **FRÅGA 11. Annonsering**

Upphandlingar av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena (se fråga 10) skall som huvudregel annonseras.

Från huvudregeln finns vissa undantag. Dessa undantag för den klassiska sektorn anges i LOU:s respektive kapitel för de olika typerna av upphandling. För varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för , för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15,17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17,19 §§ LOU.

Undantagen från annonsering i försörjningssektorn återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

### **FRÅGA 12. Efterannonsering**

Annonsering av resultatet av en upphandling över tröskelvärdena är obligatorisk och skall göras så fort som möjligt. Efterannonsering inom den klassiska sektorn ska ske senast 48 dagar efter avslutad upphandling. Inom försörjningssektorerna är motsvarande tidsfrist 60 dagar. Observera att även avbrutna upphandlingar över tröskelvärdena samt upphandlingar över tröskelvärdena som p.g.a. något undantag i LOU inte tidigare annonserats, skall efterannonseras.

### **FRÅGA 13. Efterannonsering av B-tjänster**

I 6 kap. 16 § LOU stadgas att upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena (se Fråga 10) skall efterannonseras. Tidsfristen för ifrågavarande efterannonsering är senast 48 dagar efter avslutad upphandling.

### **FRÅGA 14. Förenklad upphandling**

Upphandlingar under tröskelvärdena samt alla B-tjänster, även över tröskelvärdena, skall normalt upphandlas som förenklade upphandlingar i enlighet med 6 kap. 2 § LOU. B-tjänster definieras i nedan bifogat utdrag ur bilagan till LOU.

#### **Avdelning B**

17 Hotell- och restaurangtjänster

18 Rälsbunden transport

19 Sjötransport och annan vattenburen transport

20 Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats, eller i hamnar

21 Juridiska tjänster\*\*\*

22 Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster

23 Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter

24 Utbildning, inkl. yrkesutbildning

25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst

26 Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet

27 Andra tjänster

\*\*\*utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

## **FRÅGA 16. Upphandlingskompetens**

En förutsättning för att kunna genomföra upphandlingar är att bolaget har tillräcklig egen kompetens (teknisk, kommersiell och juridisk) eller vid behov anlitar kompetens som finns utanför bolaget. Kompetensen måste kontinuerligt utvecklas.

Inom upphandlingsområdet krävs normalt att följande kompetens (egen eller anlita) finns att tillgå:

**Sakteknisk kompetens.**

Här avses kunskap om produkter och tjänster som skall upphandlas, t.ex. säkerhetskrav och arbetsmiljökrav, kännedom om standarder samt förmåga att precisera rätt kravnivå, förmåga att beskriva krav på kvalitet, miljö och utförande, förmåga att bedöma leverantörer tekniskt och yrkesmässigt m.m.

**Allmän kommersiell kompetens**

Här avses marknadskännedom, förmåga att bedöma leverantörens finansiella och ekonomiska ställning och seriositet, förhandlingserfarenhet m.m.

**Allmän inköpsjuridisk kompetens**

Här avses kunskap om avtalslagen, köplagen, förvaltningslagen och regler om offentlighet och sekretess.

**Upphandlingsteknisk kompetens**

Här avses kunskap om LOU och upprättande av förfrågningsunderlag och investeringskalkyler.

**Annan juridisk kompetens**

Här avses kompetens för att klara utformning av lämpliga avtalsvillkor, kunskap om Medbestämmandelagen och Lag om anställningsskydd.

## **FRÅGA 17. Information från NOU**

NOU ger varje år ut fyra nyhetsbrev. Dessa kan hämtas hem från NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)). Det är också möjligt att prenumerera på nyhetsbreven genom Fritzes förlag,

telefon 08-690 90 90, telefax 08-20 50 21, till en kostnad av 238 kr (exkl. moms) per år. NOU ger även ut årsvisa sammanställningar av nyhetsbreven, även dessa kan beställas hos Fritzes. Vidare är NOU:s telefoninformation öppen varje vardag mellan 09.00 och 11.30, telefonnummer 08-454 44 40.

## **FRÅGA 18. Kontroller utöver ordinarie revision.**

Införandet av LOU innebär striktare regler för upphandling med bestämmelser som kan medföra att en inte avslutad upphandling måste göras om eller att en upphandlande enhet t.o.m. kan bli skyldig att betala skadestånd. Detta har inneburit nya och ökade krav på de befattningshavare som genomför upphandlingar. Samtidigt har det på flera håll skett en kraftig decentralisering av upphandlingsverksamheten. För att minska risken för felaktigt utförda upphandlingar kan t.ex. stickprovsvisa kontroller utföras av bolaget eller utomstående konsulter.

Datum  
1998-12-03

Vår beteckning  
248/98-29

Enligt sändlista

### **Bristande rapportering från kommun- och landstingsägda bolag**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med anledning av sin tillsynsuppgift vänt sig till kommunal- och landstingsägda bolag för att övergripande kontrollera efterlevnaden av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt vilka förutsättningar bolagen har att följa lagen. NOU har uppdragit åt Statistiska centralbyrån (SCB) att genomföra undersökningen i form av en frågeenkät som, i NOU:s kuvert och namn, har skickats ut till alla bolag som till minst 50 % ägs av kommun eller landsting. Av bifogad missivskrivelse framgår tydligt att undersökningen är ett led i NOU:s tillsyn.

NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § LOU och ska, enligt sin instruktion, verka för en effektiv offentlig upphandling. I 7 kap. 9 § andra stycket LOU, föreskrivs att NOU vid sin tillsyn har rätt att inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. Av 7 kap. 10 § samma lag framgår att en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

Sista svarsdatum för frågeenkäten var den 17 november 1998 varefter en skriftlig påminnelse gick ut till samtliga bolag som inte svarat i tid. NOU anser det anmärkningsvärt att flera av kommunens bolag, trots påminnelse, har underlåtit att besvara tillsynsmyndighetens skrivelse. Det gäller särskilt med tanke på att bolagen synes omfattas av uppgiftsskyldigheten i LOU. Genom detta brev till kommunstyrelsen förväntar sig NOU att svar från nedan uppräknade bolag (se bilaga 1) *lämnas till SCB senast fredagen den 11 december.*

För det fall något av bolagen övergått i privat ägo, likviderats eller är vilande så vill NOU att kommunen meddelar myndigheten detta. För det fall något eller några av bolagen under de senaste dagarna skickat in sitt svar till SCB kan dessa bolag bortse från påminnelsen.

Vid behov av ny frågeenkät erhålls denna från SCB, Jessica Kühne telefon 019-17 70 31 eller Anita Norling telefon 019-17 60 67. Övriga frågor med anledning av denna skrivelse besvaras av Åsa Edman 08-454 44 43.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze  
Kanslichef

Åsa Edman  
Jur. kand.

BILAGA 1. Lista med bolag som ej besvarat NOU:s frågeenkät  
BILAGA 2. NOU:s frågeenkät med bilaga

Datum

Vår beteckning

1999-04-07

248/98-29

## Tillsyn över kommun- och landstingsägda bolags upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har som tillsynsmyndighet den 23 oktober 1998 vänt sig till kommun- och landstingsägda bolag för att övergripande kontrollera efterlevnaden av LOU. NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och skall vidare, enligt sin instruktion, verka för en effektiv offentlig upphandling.

I 7 kap. 9 § andra stycket LOU föreskrivs att NOU vid sin tillsyn får inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. Av 7 kap. 10 § samma lag framgår att en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

Ni har uppgivit att bolaget inte är en upphandlande enhet och därför inte svarat fullständigt på det frågeformulär som tillställts Er. Enligt NOU:s uppfattning är Ert svar felaktigt. Se utdrag ur delrapport om NOU:s tillsynsprojekt över upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (bilaga 1).

Vi skickar därför ånyo ett fullständigt frågeformulär och ber Er att svara på **samtliga** frågor i bifogade formulär (bilaga 2). Om Ni fortfarande anser att Ni inte är en upphandlande enhet önskar NOU en skriftlig motivering till detta omedelbart. NOU kommer att informera bolagets ägare om Er ståndpunkt.

En svar skall vara NOU tillhanda senast den 23 april 1999.

Eventuella frågor i ärendet kan ställas till Johan Svedberg på tel 08-454 44 46 eller Åsa Edman 08-454 44 43.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Johan Svedberg

Bilaga 1: Utdrag ur delrapport om NOU:s tillsynsprojekt över upphandling i kommun- och landstingsägda bolag.

Bilaga 2: Frågeformulär

Datum  
1999-06-16

Vår beteckning  
248/98-29

Kommunstyrelsen/  
Landstingsstyrelsen

## **Tillsyn över kommun- och landstingsägda bolags upphandlingar**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har, med anledning av sin tillsynsuppgift, redan den 23 oktober 1998 vänt sig till samtliga kommun- och landstingsägda bolag (som till mer än 50 % ägs av en kommun eller ett landsting) för att övergripande kontrollera efterlevnaden av lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt vilka förutsättningar bolagen har att följa lagen. NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § LOU och skall, enligt sin instruktion, verka för en effektiv offentlig upphandling.

I 7 kap. 9 § andra stycket LOU föreskrivs att nämnden vid sin tillsyn får inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. Av 7 kap. 10 § samma lag framgår att en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

***Kommunen äger dels bolag som i motsats till NOU hävdar att det inte omfattas av LOU, dels bolag som överhuvudtaget inte svarat på enkäten,*** se bifogade listor nedan. Vad avser det bolag som uppgett att de inte omfattas av LOU, önskar NOU få besked huruvida kommunstyrelsen ställer sig bakom bolagets ställningstagande och motiv. Avseende det bolag som inte besvarat enkäten begär NOU nu att kommunstyrelsen ser till att bolaget iakttar tillsynsmyndighetens anvisningar och omedelbart insänder begärda upplysningar. Det har påmint av NOU genom SCB (Statistiska centralbyrån) såväl brevledes som per telefon.

Vi skickar ånyo ut ett fullständigt frågeformulär (bilaga 1) som skall fyllas i för vart och ett av bolagen som omfattas av LOU. **Samtliga** frågor i bifogade formulär skall besvaras. Bolaget som tidigare inte besvarat enkäten ges givetvis utrymme att redogöra för om grunder finns för att helt undantas från LOU och i så fall vilka dessa grunder är. Vi bifogar även ett utdrag ur NOU:s delrapport avseende kommunala och landstingsägda bolag (den s.k. B-rapporten, se bilaga 2). Beträffande lagtext och utförligare beskrivning av frågorna hänvisas till

bifogat formulär. LOU finns i sin helhet tillgänglig på NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se)).

För det fall något av bolagen övergått i privat ägo, likviderats eller är vilande önskar NOU information härom.

Svaren skall vara NOU tillhanda snarast, dock **senast den 9 augusti 1999**.

Frågor besvaras av jur. kand. Andrea Sundstrand tel. 08-454 48 50 (under v. 25, 31) och jur. kand. Johan Svedberg (under v.25-28) tel. 08-454 44 46.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze  
Kanslichef

Andrea Sundstrand  
Jur. kand.

BOLAG SOM I MOTSATS TILL NOU HÄVDAR ATT DE INTE OMFATTAS  
AV LOU:

BOLAG SOM INTE SVARAT PÅ ENKÄTEN:

Bilagor:

1. Frågeformulär med bilaga
2. Utdrag ur NOU:s delrapport avseende kommunala och landstingsägda bolag (B-rapporten)



## Bilaga 5

### Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter (53 st)

K står för kommunstyrelser som bistår sina bolag i deras uppfattning att de inte omfattas av LOU.

AKTIEBOLAGET SOLLENTUNAHEM	SOLLENTUNA	K
SOLLENTUNA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	SOLLENTUNA	K
TUREBERGS BYGG OCH MÅLERI AKTIEBOLAG	SOLLENTUNA	K
HANTVERKS- OCH INDUSTRIHUS I GÖTEBORG AB (HIGAB)	GÖTEBORG	K
WESTOCK BULK AKTIEBOLAG	STOCKHOLM	
SÖDERTÄLJE KABEL-TV AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE	
TURIST NYNÄS AKTIEBOLAG	NYNÄSHAMN	
UPPSALA RÄDDNINGS- OCH SKYDDSCENTER AKTIEBOLAG	UPPSALA	
HÄRJEDALENS MINERAL AKTIEBOLAG	SVEG	
VINGÅKERS INDUSTRILOKALER AKTIEBOLAG	VINGÅKER	
OXELÖSUNDS HAMN AKTIEBOLAG	OXELÖSUND	
ESKILSTUNA ENERGI & MILJÖ FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA	K
MÖRBYLÅNGA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	MÖRBYLÅNGA	
KALMAR STUFVERI AKTIEBOLAG	KALMAR	K
MARKNÄR AKTIEBOLAG	LANDSKRONA	
AKTIEBOLAGET HÖGANÄSHEM	HÖGANÄS	
PARTILLE ENERGI AB	GÖTEBORG	K
AKTIEBOLAGET LÅNGEDRAG	GÖTEBORG	K
ERIKSBERGS FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
FAMILJEBOSTÄDER I GÖTEBORG AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
FJÄRRVÄRME I FRÖLUNDA AKTIEBOLAG	V FRÖLUNDA	K
FÖRVALTNINGS AB GÖTEBORGSLOKALER	GÖTEBORG	K
FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG BÄLTESPÄNNAREN	GÖTEBORG	K
FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAGET FRAMTIDEN	GÖTEBORG	K
GÖTEBORGS AUKTIONSVERK AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
GÖTEBORGS EGNAHEMS AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
GÖTEBORGS SALUHALLSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
HOTELL LISEBERG HEDEN AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
KULTURFASTIGHETER I GÖTEBORG AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
LISEBERG AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
LISEBERGS GÄST AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
LISEBERGS RESTAURANTAKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
SCANDINAVIAN DISTRIPOINT AKTIEBOLAG	GÖTEBORG	K
UDDEVALLA HAMNTERMINAL AKTIEBOLAG	UDDEVALLA	
AKTIEBOLAGET ALEBYGGEN	NÖDINGE	K
MULLSJÖ INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	MULLSJÖ	
BYGGHYTTAN I KARLSBORG AKTIEBOLAG	KARLSBORG	
KARLSBORGS FÄSTNING AKTIEBOLAG	KARLSBORG	
VARA KOMMUNS NÄRINGS- OCH SERVICE AKTIEBOLAG	VARA	
BRANTEBÄCKSGATANS FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING	
NÄRINGSRÅDHUSET SKARA AB	SKARA	
ARVIKA ENERGI AKTIEBOLAG	ARVIKA	
VARGKÄLLAN AKTIEBOLAG	LINDESBERG	
KUNGSÖRS GRUSAKTIEBOLAG	KUNGSÖR	

VÄSTERÅS FLYGFASTIGHETER AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS	
KOMMUNBRÄNSLE I ÅDALEN AKTIEBOLAG	HÄRNÖSAND	
AKTIEBOLAGET DOROTEA SOCKENS INDUSTRIBYGGNADER	DOROTEA	
BORGAFJÄLLENS TURIST AKTIEBOLAG	DOROTEA	
UMEÅ KOMMUNFÖRETAG AKTIEBOLAG	HÖRNEFORS	
SKYTTEANSKA I DOROTEA AKTIEBOLAG	DOROTEA	
GÄLLIVARE TORV AKTIEBOLAG	GÄLLIVARE	
GÄLLIVARE VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	GÄLLIVARE	
BIOENERGI I LULEÅ AKTIEBOLAG	LULEÅ	

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 6

### Kommun- och landstingsägda bolag som inte besvarat fråga 1-3 i enkäten.

JÖNKÖPING ENERGI AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
HÄSSLEHOLMS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	HÄSSLEHOLM
VALFJÄLLET SKICENTER AKTIEBOLAG	ÅMOTFORS
VINDELN BOSTÄDER AKTIEBOLAG	VINDELN

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 6A

### Kommunstyrelser som inte besvarat NOU:s brev, daterat 99-06-16

DOROTEA KOMMUN	AKTIEBOLAGET DOROTEA SOCKENS INDUSTRIBYGGNADER
	BORGAFJÄLLENS TURIST AKTIEBOLAG
	SKYTTEANSKA I DOROTEA AKTIEBOLAG
GÄLLIVARE KOMMUN	GÄLLIVARE TORV AKTIEBOLAG
	GÄLLIVARE VÄRMEVERK AKTIEBOLAG
HÄRNÖSANDS KOMMUN	KOMMUNBRÄNSLE I ÅDALEN AKTIEBOLAG
HÖÖRS KOMMUN	HÖÖRS KOMMUNS ELHANDEL AB
KUNGSÖRS KOMMUN	KUNGSÖR GRUSAKTIEBOLAG
LANDSKRONA KOMMUN	MARKNÄR AKTIEBOLAG
LEKSANDS KOMMUN	LEKSANDSBOSTÄDER AKTIEBOLAG
LINDESBERGS KOMMUN	VARGKÄLLAN AKTIEBOLAG
LUNDS KOMMUN	LUNDS KOMMUNS PARKERINGSAKTIEBOLAG
MULLSJÖ KOMMUN	MULLSJÖ INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG
MÖRBYLÅNGA KOMMUN	MÖRBYLÅNGA FASTIGHETSAKTIEBOLAG
NORRTÄLJE KOMMUN	NORRTÄLJE ENERGI AKTIEBOLAG
NYNÄSHAMNS KOMMUN	AB NYNÄSHAMNSBOSTÄDER
OCKELBO KOMMUN	WIJ SÄTERI I OCKELBO AKTIEBOLAG
OLOFSTRÖMS KOMMUN	CENTRUMFASTIGHETER I OLOFSTRÖM AB
	OLOFSTRÖMS KABEL-TV AKTIEBOLAG
	OLOFSTRÖMSHUS AKTIEBOLAG
OSBY KOMMUN	OSBY ENERGI AB
	OBSBY ENERGIHANDEL AKTIEBOLAG
STOCKHOLM STAD	WESTOCK BULK AKTIEBOLAG
	STOCKHOLMS STAD FÖRVALTNINGS AB
	STOCKHOLMSMÄSSAN AKTIEBOLAG
SÖDERTÄLJE KOMMUN	SÖDERTÄLJE KABLE-TV AKTIEBOLAG
UMEÅ KOMMUN	POLARBUSS TRAFIK AKTIEBOLAG
	UMEÅ ENERGI AKTIEBOLAG
UPPSALA KOMMUN	GRAFISKT UTBILDNINGSCENTER I UPPSALA (G.U.C.) AB
	HUMANITA UPPLAND AKTIEBOLAG
	UPPSALA PARKERINGSAKTIEBOLAG
	UPSALA STADSTEATERS PRODUKTION AKTIEBOLAG
	UPPSALA RÄDDNINGS- OCH SKYDDSCENTER AKTIEBOLAG
	HÄRJEDALENS MINERAL AKTIEBOLAG
VADSTENA KOMMUN	VADSTENA FASTIGHETSAKTIEBOLAG
VARA KOMMUN	VARA KOMMUNS NÄRINGSLIVS AKTIEBOLAG
VINGÅKERS KOMMUN	VINGÅKERS INDUSTRILOKALERS AKTIEBOLAG
VÄSTERÅS KOMMUN	NYA HOTEL EDISON AB
	VÄSTERÅS FLYGFASTIGHETER AKTIEBOLAG
	WESTOCK BULK AKTIEBOLAG
ÅTVIDABERGS KOMMUN	AKTIEBOLAGET ÅTVIDABERGS BRUKSHOTELL
ÖCKERÖ KOMMUN	BJÖRKÖBY BOSTÄDER AKTIEBOLAG
	HÖNÖ-HEDENS BY AKTIEBOLAG

## Bilaga 7

### Kommun- och landstingsägda bolag som inte besvarat NOU:s enkät (48 st)

TRANSPORTSAMORDNING I T-LÄN AKTIEBOLAG	ÖREBRO
VÄSTMANLANDS LOKALTRAFIK AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET VÄSTERÅS LOKALTRAFIK	VÄSTERÅS
FASTIGHETSBOLAGET MEDICINAREN AKTIEBOLAG	HUDDINGE
MÄSSFASTIGHETER I STOCKHOLM AKTIEBOLAG	ÄLVSJÖ
STOCKHOLMS STADS FÖRVALTNINGS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMSMÄSSAN AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
NORRTÄLJE ENERGI AKTIEBOLAG	NORRTÄLJE
AB NYNÄSHAMNSBOSTÄDER	NYNÄSHAMN
ÄLVKARLEBY FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	SKUTSKÄR
GRAFISKT UTBILDNINGSCENTER I UPPSALA (G.U.C.) AB	UPPSALA
HUMANITA UPPLAND AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALA PARKERINGSAKTIEBOLAG	UPPSALA
UPSALA STADSTEATERS PRODUKTION AKTIEBOLAG	UPPSALA
RODEN ENERGI VÄRME AKTIEBOLAG	GIMO
ÅKERS BERGSLAGS AKTIEBOLAG	STRÄNGNÄS
AKTIEBOLAGET ÅTVIDABERGS BRUKSHOTELL	ÅTVIDABERG
VADSTENA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	VADSTENA
ELMIA AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
JÖNKÖPINGS KOMMUNS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
NÄRINGSLIVETS HUS I JÖNKÖPING AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET TRANÅS I TRANÅS	TRANÅS
CENTRUMFASTIGHETER I OLOFSTRÖM AB	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS KABEL-TV AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMSHUS AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
AKTIEBOLAGET BJUVSBYGGEN	HELSINGBORG
HÖÖRS KOMMUNS ELHANDEL AB	HÖÖR
OSBY ENERGI AKTIEBOLAG	OSBY
OSBY ENERGIHANDEL AKTIEBOLAG	OSBY
LUNDS KOMMUNS PARKERINGS AKTIEBOLAG	LUND
BJÖRKÖ BY BOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÖCKERÖ
HÖNÖ-HEDENS BY AKTIEBOLAG	ÖCKERÖ
GOTHENBURG MUNICIPAL SERVICES AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS KONSERT AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
BERGSLAGSAKADEMIN AB	KOPPARBERG
KARLSKOGA MILJÖ AB	KARLSKOGA
AKTIEBOLAGET NORBERGSHEM	NORBERG
NYA HOTEL EDISON AB	VÄSTERÅS
LEKSANDBOSTÄDER AKTIEBOLAG	LEKSAND
DESTINATION ÄLVDALEN AB	ÄLVDALEN
SÄTERS KOMMUNS NÄRINGSLIV OCH FASTIGHETS AB	SÄTER
WIJ SÄTERI I OCKELBO AKTIEBOLAG	OCKELBO
POLARBUSS TRAFIK AKTIEBOLAG	UMEÅ
UMEÅ ENERGI AKTIEBOLAG	UMEÅ
LYCKSELE ENERGI AKTIEBOLAG	LYCKSELE
LULEÅ ENERGI AKTIEBOLAG	LULEÅ
PITE TURISTFASTIGHETER AB	PITEÅ
PITEÅ NÄRINGSFASTIGHETER AKTIEBOLAG	PITEÅ

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 8

### Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för den klassiska sektorn i LOU (620 st)

AB S:T ERIKSHÄLSAN	STOCKHOLM
GÖTEBORGS KOMMUNALA FÖRVALTNINGS AB	GÖTEBORG
AB STOCKHOLMS LÄNS LANDSTINGS INTERNFINANS	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET TERRENO	STOCKHOLM
AMBULANSSJUKVÅRDEN I STORSTOCKHOLM AKTIEBOLAG	JOHANNESHOV
LANDSTINGSHÄLSAN STOCKHOLM AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
LEASINGAKTIEBOLAGET GARNIS	STOCKHOLM
LOCUM AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
S:T GÖRANS SJUKHUS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
SL TUNNELBANAN AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLM CARE AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLMS SJÖTRAFIK AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
WAXHOLMS ÅNGFARTYGS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLMS TERMINAL AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET SOLBACKA SPORT & KONFERENS	STJÄRNHOV
LANDSTINGSTVÄTTEN I ESKILSTUNA AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
TVNO TEXTILSERVICE AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
KALMAR LÄNS BESTÄLLNINGSCENTRAL AKTIEBOLAG	OSKARSHAMN
LÄNSHÄLSAN I BLEKINGE LÄN AB	KARLSKRONA
GÖTEBORG-LANDVETTER FLYGPLATSFASTIGHETER AB	GÖTEBORG
LÄNSGÅRDEN FASTIGHETER AB	ÖREBRO
ÖREBRO LÄNS LANDSTINGS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	ÖREBRO
AKTIEBOLAGET VÄSTERÅS LOKALTRAFIK	ÖREBRO
LANDSTINGSENERGI DALARNA AKTIEBOLAG	FALUN
LANDSTINGSFASTIGHETER DALARNA AKTIEBOLAG	FALUN
SAMTRANS, VÄSTERNORRLAND AB	HÄRNÖSAND
LANDSTINGSBOSTÄDER I JÄMTLAND AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
LÄNSHÄLSAN I VÄSTERBOTTEN AKTIEBOLAG	UMEÅ
VÄSTERBOTTENSMUSIKEN AKTIEBOLAG	UMEÅ
SKELLEFTEÅ MUSEUM AB	SKELLEFTEÅ
VÄSTERBOTTENSTEATERN AB	SKELLEFTEÅ
NORRBOTTENS TURISTRÅD AKTIEBOLAG	LULEÅ
AKTIEBOLAGET VÄSBYHEM	UPP VÄSBY
AKTIEBOLAGET ÖSSEBYHUS	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET ÅKERS KANAL	ÅKERSBERGA
ARMADA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	ÅKERSBERGA
ARMADA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	ÅKERSBERGA
ARMADA FÖRETAGSFÄSTIGHETER AB	ÅKERSBERGA
JÄRFÄLLABYGDENS HUS AKTIEBOLAG	JÄRFÄLLA
KVARNHALLEN AKTIEBOLAG	JÄRFÄLLA
SÖDERHALLS RENHÅLLNINGSVÄRK AKTIEBOLAG (SÖRAB)	VALLENTUNA
HUGE BOSTÄDER AKTIEBOLAG	HUDDINGE
SRV ÅTERVINNING AB	HUDDINGE
TOMTBERGA FASTIGHETER AKTIEBOLAG	HUDDINGE
AKTIEBOLAGET BOTKYRKABYGGEN	TUMBA
AKTIEBOLAGET HÄGELBYPARKEN	TUMBA
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET ALFÄGELN	TUMBA

GRAFISKT CENTRUM I TUMBA AKTIEBOLAG	TUMBA
TUMBA CENTRUMFASTIGHETER AKTIEBOLAG	TUMBA
HANINGE MARKNADSFÖRINGS OCH LOKALISERINGSBOLAG A	HANINGE
HANTVERKS- OCH INDUSTRIBYGGEN I STOCKHOLM (HIBY)	STOCKHOLM
TORNBERGET FASTIGHETSFÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG I HANINGE	HANINGE
TYRESÖ BOSTÄDER AKTIEBOLAG	TYRESÖ
TYRESÖ NÄRINGSLIVSAKTIEBOLAG	TYRESÖ
AKTIEBOLAGET UPPLANDS-BROHUS	KUNGSÄNGEN
DJURSHOLMS AKTIEBOLAG	DANDERYD
AKTIEBOLAGET FAMILJEBOSTÄDER	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET PARKAB	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET STADSHOLMEN	VÄLLINGBY
AKTIEBOLAGET STOCKHOLM GLOBE ARENA	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET STOCKHOLMSHEM	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET SVENSKA BOSTÄDER	VÄLLINGBY
BODAB BOSTADSFÖRETAGENS I STORSTOCKHOLM DRIFTAKTEBOLAG	STOCKHOLM
BOSTADSAKTIEBOLAGET SALEM-STOCKHOLM	VÄLLINGBY
BURSPRÅKET BOENDESERVICE AKTIEBOLAG	VÄLLINGBY
BUSINESS ARENA STOCKHOLM AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
CASUS SALUHALL AKTIEBOLAG	JOHANNESHOV
EN□BORG AKTIEBOLAG	VÄLLINGBY
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET BURSPRÅKET	STOCKHOLM
HÄROLDEN FASTIGHETS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
LODET FASTIGHETS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
S:T ERIKS INKASSO AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
SB SERVICE AB	VÄLLINGBY
SKOLFASTIGHETER I STOCKHOLM AKTIEBOLAG SISAB	JOHANNESHOV
STOCKHOLM EUROPAS KULTURHUVUDSTAD 1998 AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS HAMNENTREPRENAD AKTIEBOLAG	NACKA
STOCKHOLMS KOMMUNS AVFALLSFÖRÄDLING AB - SKAFAB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS MARK OCH LOKALISERINGSBOLAG AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS STADS PARKERINGS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLMS STADSHUS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS STADSTEATER AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET TELGEBOSTÄDER	SÖDERTÄLJE
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET POLARIS	SKELLEFTEÅ
SÖDERTÄLJE HAMN AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
TOM TITS EXPERIMENT AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
SYDVÄSTRA STOCKHOLMSREGIONENS VA- VERKSAKTIEBOLAG	GRÖDINGE
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET FÖRVALTAREN	SUNDBYBERG
RÅSUNDA FÖRSTADSAKTIEBOLAG	SOLNA
SOLNA KULTURSKOLA AKTIEBOLAG	SOLNA
LIDINGÖ STADS TOMTAKTIEBOLAG	LIDINGÖ
AKTIEBOLAGET VAXHOLMSBOSTÄDER	VAXHOLM
VAXÖ FÖRVALTNING AKTIEBOLAG	VAXHOLM
NORRTÄLJE SAMHÄLLSTEKNIK AKTIEBOLAG	HALLSTAVIK
ROSLAGSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	NORRTÄLJE
AKTIEBOLAGET SIGTUNAHEM	MÄRSTA
NYNÄSHAMNS EXPLOATERING AB	NYNÄSHAMN
HÄBO FASTIGHETSAKTIEBOLAG	BÄLSTA
HÄBOHUS AKTIEBOLAG	BÄLSTA

AB ÄLVKARLEBYHUS	SKUTSKÄR
AKTIEBOLAGET TIERPSBYGGEN	TIERP
AB UPGÅRDA	UPPSALA
AKTIEBOLAGET PREBUS	UPPSALA
AKTIEBOLAGET UPPSALA KOMMUNS INDUSTRIHUS	UPPSALA
ALSIKE FASTIGHETSAKTIEBOLAG	UPPSALA
FYRISHOV AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALA KOMMUNS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALAHEM AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALAHEM LOKALER AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALAHEM SERVICEBOSTÄDER AKTIEBOLAG	UPPSALA
AKTIEBOLAGET ENKÖPINGS HYRESBOSTÄDER	ENKÖPING
VISION ENKÖPING AB	ENKÖPING
VÄSTMANLANDS AVFALLSAKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
DANNEMORA GRUVFASTIGHETS AKTIEBOLAG	ÖSTHAMMAR
RODEN ENERGI MILJÖ AKTIEBOLAG	ÖSTHAMMAR
ÖSTERSJÖCENTRUM I NYKÖPING AKTIEBOLAG	NYKÖPING
KUSTBOSTÄDER I OXELÖSUND AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
OXELÖINVEST AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS KOMMUNS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
PUNKT OXELÖSUND AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
FLENS BOSTADSAKTIEBOLAG	FLEN
FLENS INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	FLEN
KATRINEHOLMS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	KATRINEHOLM
KATRINEHOLMS INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	KATRINEHOLM
KATRINEHOLMS MILJÖ- OCH ÅTERVINNING AKTIEBOLAG	KATRINEHOLM
ELINSTALLATION I ESKILSTUNA AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
ESKILSTUNA KOMMUNFASTIGHETER AB	ESKILSTUNA
ESKILSTUNA KOMMUNFÖRETAG AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
NÅSHULTAGÅRDEN AKTIEBOLAG	NÅSHULTA
PARKEN ZOO I ESKILSTUNA AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
TORSHÄLLA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	TORSHÄLLA
SEVAB STRÄNGNÅS ENERGI AB	STRÄNGNÅS
STRÄNGNÅS BOSTADSAKTIEBOLAG	STRÄNGNÅS
TROSABYGDENS BOSTÄDER AKTIEBOLAG	TROSA
ÖDESHÖGS UTVECKLINGS AB	ÖDESHÖG
ÖDESHÖGSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÖDESHÖG
VÅTTER-SOMMENBYGDENS UTBILDNINGSCENTRUM AB	MJÖLBY
YDREBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÖSTERBYMO
AKTIEBOLAGET ÅTVIDABERGS INDUSTRIBYGGEN	ÅTVIDABERG
ÅTVIDABERGS KOMMUNALA BYGGNADSAKTIEBOLAG	ÅTVIDABERG
FINSPÅNGS FÖRVALTNINGS- OCH INDUSTRIHUS AB	FINSPÅNG
VALLONBYGDEN AKTIEBOLAG	FINSPÅNG
CENTRUMHUSET I VALDEMARSVIK AKTIEBOLAG	VALDEMARSVIK
VALDEMARSVIK ETABLERINGSAKTIEBOLAG V.E.T.A.B.	VALDEMARSVIK
AB KINDA KANAL	LINKÖPING
AKTIEBOLAGET STÅNGÅSTADEN	LINKÖPING
BRYGGAREGÅRDEN AKTIEBOLAG	LINKÖPING
GATOR OCH GRÖNT I LINKÖPING AKTIEBOLAG	LINKÖPING
KONSERTHUSET I LINKÖPING AKTIEBOLAG	LINKÖPING
LINKÖPING KONSERT & KONGRESS AKTIEBOLAG	LINKÖPING
LINKÖPINGS KOMMUNALA FASTIGHETER AKTIEBOLAG	LINKÖPING
LINKÖPINGS SPORTFASTIGHETER AB	LINKÖPING
MJÅRDEVI SCIENCE PARK AKTIEBOLAG	LINKÖPING



AKTIEBOLAGET NORRKÖPINGS IDROTTSPARK	NORRKÖPING
HYRESBOSTÄDER I NORRKÖPING AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
NORRKÖPINGS KOMMUNALA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
Ö.F.ÖSTERSJÖFRAKT AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
RAMUNDERSTADEN AKTIEBOLAG	SÖDERKÖPING
MOTALA SMÅINDUSTRIAKTIEBOLAG	MOTALA
VADSTENA NÄRING & LIV AKTIEBOLAG	VADSTENA
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET MJÖLBY INDUSTRIBYGGNADER	MJÖLBY
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET JÄRNBÄRAREN	GNOSJÖ
AKTIEBOLAGET GISLAVEDSHUS	GISLAVED
A-RINGEN AKTIEBOLAG	GISLAVED
GISLAVEDS INDUSTRILOKALER AKTIEBOLAG	GISLAVED
VAGGERYD-SKILLINGARYDS BOSTADS AB	VAGGERYD
AKTIEBOLAGET BANKERYDSHEM	BANKERYD
AKTIEBOLAGET GRÄNNAHUS	GRÄNNA
AKTIEBOLAGET NORRAHAMMARS KOMMUNALA BOSTÄDER	NORRAHAMMAR
BOSTADS AKTIEBOLAGET VÄTTERHEM	JÖNKÖPING
BOTTNARYDS BOSTADS AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
GRENNASKOLAN RIKSINTERNAT AB	GRÄNNA
HÖGSKOLEFASTIGHETER I JÖNKÖPING AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
JÖNKÖPINGS RÅDHUS AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
PROGRAMBOLAGET I JÖNKÖPING AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
ROSENLUNDS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
SKÄRSTADSHEM AKTIEBOLAG	HUSKVARNA
TABERGSHEM AKTIEBOLAG	TABERG
VISINGSÖ-BOSTÄDER AKTIEBOLAG	VISINGSÖ
ÖXNEHAGAHEM AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET LINDEN I NÄSSJÖ	NÄSSJÖ
NÄSSJÖ KOMMUNS INDUSTRIBYGGNADS AKTIEBOLAG	NÄSSJÖ
PIGALLE I NÄSSJÖ AB	NÄSSJÖ
APLADALEN FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AB	VÄRNAMO
FINNVEDSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	VÄRNAMO
AKTIEBOLAGET SÄVSJÖ INDUSTRIBYGGNADER	SÄVSJÖ
SÄVEBO AKTIEBOLAG	SÄVSJÖ
SÄVSJÖ TRÄBRÄNSLE AKTIEBOLAG	KALMAR
AKTIEBOLAGET VETLANDA INDUSTRILOKALER	VETLANDA
WITALABOSTÄDER AKTIEBOLAG	VETLANDA
AKTIEBOLAGET EKSJÖ INDUSTRIBYGGNADER	EKSJÖ
EKSJÖBOSTÄDER AKTIEBOLAG	EKSJÖ
AKTIEBOLAGET TRANÅS INDUSTRIFASTIGHETER	TRANÅS
UPPVIDINGE UTVECKLINGS AKTIEBOLAG	ÅSEDA
AB LESSEBOHUS	LESSEBO
TINGSRYDS HOTELL OCH RESTAURANG AKTIEBOLAG	TINGSRYD
ALLBOHUS FASTIGHETS AB	ALVESTA
ALVESTA RENHÅLLNINGS AKTIEBOLAG	ALVESTA
AB ÄLMHULTS KOMMUNALA INDUSTRIFA0765STIGHETER	ÄLMHULT
ÄLMHULTSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÄLMHULT
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET SÖDERGÅRD	MARKARYD
BRAÅS INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
HYRESBOSTÄDER I VÄXJÖ AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
VID'UM FASTIGHETS AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
VIDINGEHEM AKTIEBOLAG	ROTTNE
VÄRENDSHUS AKTIEBOLAG	INGELSTAD
VÄXJÖHEM AKTIEBOLAG	VÄXJÖ

VÖFAB, VÄXJÖ FASTIGHETSFÖRVALTNING AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
AKTIEBOLAGET LJUNGBY INDUSTRILOKALER	LJUNGBY
LJUNGBYBOSTÄDER AKTIEBOLAG	LJUNGBY
AKTIEBOLAGET HULTSFREDS BOSTÄDER	HULTSFRED
HULTSFREDS KOMMUNALA INDUSTRI AKTIEBOLAG	HULTSFRED
MÖNSTERÅS UTVECKLINGS AKTIEBOLAG	MÖNSTERÅS
AKTIEBOLAGET EMMABODABYGGEN	KALMAR
EBA-EMMABODA BOSTADSAKTIEBOLAG	EMMABODA
EMFAB-EMMABODA FASTIGHETSAKTIEBOLAG	EMMABODA
KALMAR SLOTT AKTIEBOLAG	KALMAR
KALMAR TEKNIKHUS AB	KALMAR
KALMARHEM AB	KALMAR
KALMARIT AKTIEBOLAG	KALMAR
KIFAB I KALMAR AKTIEBOLAG	KALMAR
KVASTASTADEN AKTIEBOLAG	KALMAR
NYBRO BOSTADSAKTIEBOLAG	NYBRO
NYBRO INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	NYBRO
OSKARSHAMNS UTVECKLINGS AKTIEBOLAG	OSKARSHAMN
GAMLEBY FASTIGHETS AKTIEBOLAG	GAMLEBY
VÄSTERVIKS BOSTADS AKTIEBOLAG	VÄSTERVIK
VIMARHEM AKTIEBOLAG	VIMMERBY
VIMARHEMS BYGG AKTIEBOLAG	VIMMERBY
VIMMERBY HALKBANA AKTIEBOLAG	VIMMERBY
VIMMERBY INDUSTRILOKALER AKTIEBOLAG	VIMMERBY
AKTIEBOLAGET GOTLANDSHEM	VISBY
GOTLANDS INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	VISBY
HOLJE BYGGKONSULT AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
VÄSTBLEKINGE MILJÖ AKTIEBOLAG	MÖRRUM
AB KARLSKRONAHEM	KARLSKRONA
AKTIEBOLAGET KARLSKRONA FASTIGHETER	KARLSKRONA
AKTIEBOLAGET KARLSKRONA MODERBOLAG	KARLSKRONA
AB RONNEBYHUS	RONNEBY
AKTIEBOLAGET RONNEBYBYGGEN	KARLSKRONA
INDUSTRIFASTIGHETS AKTIEBOLAGET MUNKAHUS	SVÄNGSTA
KARLSHAMNS HAMN AKTIEBOLAG	KARLSHAMN
KARLSHAMNSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	KARLSHAMN
STADSVAPNET I KARLSHAMN AB	KARLSHAMN
SÖLVESBORGS INDUSTRI AKTIEBOLAG	SÖLVESBORG
SÖLVESBORGSHEM AKTIEBOLAG	SÖLVESBORG
SVALÖVS KOMMUNALA FASTIGHETSAKTIEBOLAG	SVALÖV
LSR LANDSKRONA-SVALÖVS RENHÅLLNING AB	LANDSKRONA
AKTIEBOLAGET MALMÖREGIONENS AVLOPP	ARLÖV
VELLINGE EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	VELLINGE
VELLINGE SERVICE & KONSULT AKTIEBOLAG	VELLINGE
VELLINGEBOSTÄDER AKTIEBOLAG	VELLINGE
AKTIEBOLAGET BROBYBYGGEN	BROBY
BOSTADSAKTIEBOLAGET KLOCKAREN	SIBBHULT
ÖSTRA GÖINGE KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETSAKTIEBOLA	BROBY
ÖSTRA GÖINGE RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	BROBY
ÖRKELLJUNGA BOSTÄDER AB	HELSINGBORG
KÄVLINGE KOMMUNALA BOSTADS AKTIEBOLAG	KÄVLINGE
AKTIEBOLAGET LOMMA INDUSTRICENTRUM	MALMÖ
LOMMA FASTIGHETSAKTIEBOLAG	LOMMA
BOSTADSAKTIEBOLAGET SVEDALAHEM	SVEDALA
SVEDALA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG SVEDAB	SVEDALA

SKURUPHEM AKTIEBOLAG	SKURUP
MELLANSKÅNES RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	ESLÖV
HÖÖRS BYGGNADSAKTIEBOLAG	HÖÖR
HÖÖRS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	HÖÖR
BRÖSARPS KOMMUNALA BOSTADSAKTIEBOLAG	BRÖSARP
ONSLUNDA KOMMUNALA BOSTADS AKTIEBOLAG	TOMELILLA
TOMELILLA INDUSTRIAKTIEBOLAG	TOMELILLA
INDUSTRIHUS I OSBY AKTIEBOLAG	OSBY
OSBYBOSTÄDER AKTIEBOLAG	OSBY
PERSTORPS NÄRINGSLIV AB	PERSTORP
PERSTORPSMODELLEN AKTIEBOLAG	PERSTORP
BOSTADSAKTIEBOLAGET TREKLÖVERN	KLIPPAN
SMÅINDUSTRILOKALER I KLIPPAN AKTIEBOLAG	KLIPPAN
BÅSTAD INDUSTRILOKALER AKTIEBOLAG	BÅSTAD
BÅSTADHEM AB	BÅSTAD
KEMIAVFALL I SKÅNE AKTIEBOLAG	MALMÖ
MALMÖ DRAMATISKA TEATER AKTIEBOLAG	MALMÖ
MALMÖ FAIR & CONVENTION CENTRE AKTIEBOLAG	MALMÖ
MALMÖ KOMMUNS PARKERINGSAKTIEBOLAG	MALMÖ
MALMÖ SYMFONIORKESTER AKTIEBOLAG	MALMÖ
MKB FASTIGHETS AKTIEBOLAG	MALMÖ
SKÅNES DANSTEATER AB	MALMÖ
SOTARNA I MALMÖ AKTIEBOLAG	MALMÖ
SYSAV UTVECKLING AKTIEBOLAG	LUND
VAGNPARKEN I SKÅNE AKTIEBOLAG	MALMÖ
LUNDS KOMMUNS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	LUND
AKTIEBOLAGET LANDSKRONAHEM	LANDSKRONA
LA-KÖ LINE AKTIEBOLAG	LANDSKRONA
LANDSKRONA FÖRETAGSCENTER AB	LANDSKRONA
VENTRAFIKEN AKTIEBOLAG	LANDSKRONA
AKTIEBOLAGET HELSINGBORGS KONSERTHUS	HELSINGBORG
AKTIEBOLAGET HELSINGBORGS STADSTEATER	HELSINGBORG
AKTIEBOLAGET HÅLSINGBORGSHEM	HELSINGBORG
HELSINGBORGS BOGSER AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
HELSINGBORGS RENHÅLLNING AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
NORDVÄSTRA SKÅNES RENHÅLLNING AKTIEBOLAG (NSR)	HELSINGBORG
NSR ÅTERVINNING AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
ESLÖVS INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	ESLÖV
RÖNNEHOLM HANDELSTRÄDGÅRD AKTIEBOLAG	STEHAG
AKTIEBOLAGET YSTADBOSTÄDER	YSTAD
AKTIEBOLAGET YSTADS SALTSJÖBAD	YSTAD
YSTADS INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	YSTAD
YSTADS STUVERIAKTIEBOLAG	YSTAD
YSTADS TEATERAKTIEBOLAG	YSTAD
AKTIEBOLAGET TRELLEBORGSHEM	TRELLEBORG
ÖSTERSJÖTERMINALEN AKTIEBOLAG	TRELLEBORG
AKTIEBOLAGET KRISTIANSTADSBYGGEN	KRISTIANSTAD
C4 - KABEL TV AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
KRISTIANSTADS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
KRISTIANSTADS RENHÅLLNING AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
KRISTIANSTADS SOTNING AKTIEBOLAG (KSAB)	KRISTIANSTAD
SIMRISHAMNS INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	SIMRISHAMN
AB ÄNGELHOLMSHEM	ÄNGELHOLM
AKTIEBOLAGET MUNKA LJUNGBYBYGGEN	ÄNGELHOLM
AKTIEBOLAGET ÄNGELHOLMS HAVSBAD	ÄNGELHOLM

HJÄRNARPS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	HJÄRNARP
ÄNGELHOLMS KABEL-TV AKTIEBOLAG	ÄNGELHOLM
ÄNGELHOLMS SMÅINDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	ÄNGELHOLM
AKTIEBOLAGET HÄSSLEHOLMSBYGGEN	HÄSSLEHOLM
AKTIEBOLAGET INDUSTRISTADEN	HALMSTAD
AKTIEBOLAGET NISSASTADEN	HALMSTAD
ENERGIVERKEN I HALMSTAD, ELNÅT AB	HALMSTAD
HALMSTADS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	HALMSTAD
HALMSTADS NÄRINGSLIVS AB	HALMSTAD
HALMSTADS RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	HALMSTAD
NISSAMEDIA AKTIEBOLAG	HALMSTAD
PARKERINGSAKTIEBOLAGET NISSASTADEN	HALMSTAD
LAHOLMS NÄRINGSLIVS AB	LAHOLM
LAHOLMSHEM AB	LAHOLM
FALKENBERGS BOSTADS AKTIEBOLAG	FALKENBERG
FALKENBERGS UTVECKLINGSAKTIEBOLAG	FALKENBERG
VARBERG KABEL AKTIEBOLAG	VARBERG
VARBERGS BOSTADSAKTIEBOLAG	VARBERG
VARBERGS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	VARBERG
AKTIEBOLAGET KUNGSBACKABOSTÄDER	KUNGSBACKA
EKSTA BOSTADSAKTIEBOLAG	KUNGSBACKA
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET ST:A GERTRUD	KUNGSBACKA
FLYGPLATSFÄSTIGHETER I LANDVETTER AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
FÖRORTERNAS BOSTADS AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
PARTILLEBO AKTIEBOLAG	PARTILLE
PARTILLEBO LOKALER AKTIEBOLAG	PARTILLE
RENOVA	GÖTEBORG
GÖTEBORGSREGIONENS RYAVERKSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
ÖCKERÖ BOSTADS AKTIEBOLAG	ÖCKERÖ
STENUNGSUNDSHEM AKTIEBOLAG	STENUNGSUND
WALLHAMN FASTIGHETS AB	VALLHAMN
WALLHAMN PDI AKTIEBOLAG	VALLHAMN
WALLHAMN TERMINAL AKTIEBOLAG	VALLHAMN
SOTENÄS REHAB-CENTER AKTIEBOLAG	KUNGSHAMN
SOTENÄSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	KUNGSHAMN
HEDEKASBYGGEN AKTIEBOLAG	HEDEKAS
MUNKEDALS BOSTÄDER AKTIEBOLAG MUNKBO	MUNKEDAL
TANUMS BOSTÄDER AKTIEBOLAG	TANUMSHEDA
ALE UTVECKLING AB	ALAFORS
KARLSBORGS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	KARLSBORG
AB SVENLJUNGA BOSTÄDER	SVENLJUNGA
AKTIEBOLAGET FÖR PANTBELÄNING I GÖTEBORG	GÖTEBORG
AKTIEBOLAGET GÖTEBORG - STYRSÖ SKÄRGÅRDSTRAFIK	V FRÖLUNDA
AKTIEBOLAGET KÄRRA CENTRUM	GÖTEBORG
BOSTADSAKTIEBOLAGET POSEIDON	ANGERED
GÅRDA PARKERINGSAKTIEBOLAGET	GÖTEBORG
GÖTEBORG & CO. TRÄFFPUNKT AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS GATUAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS STADS BOSTADSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS STADS PARKERINGSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS STADS UPPHANDLINGSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS STADSTEATER AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGSOPERAN AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
LINDHOLMEN UTVECKLING AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
NORD EVENT AKTIEBOLAG	GÖTEBORG

TEKNISK SERVICE GATUBOLAGET GÖTEBORG AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
MÖLNDALS PARKERINGS AKTIEBOLAG	MÖLNDAL
MÖLNDALS BOSTÄDER AKTIEBOLAG	MÖLNDAL
MÖLNDALSHÄLSAN AKTIEBOLAG	MÖLNDAL
BOHUSLÄNS KOMMUNALA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	KUNGÄLV
KUNGÄLV BOSTADSFÖRMEDLING AKTIEBOLAG	KUNGÄLV
LYSEKILSBOSTÄDER AB	KUNGÄLV
REG AVFALLSANLÄGGNING I MELLERSTA BOHUSLÄN AB	LYSEKIL
AKTIEBOLAGET GRÖNGATAN	UDDEVALLA
UDDEVALLA EVENEMANGS- OCH TURISTFORUM AKTIEBOLAG	UDDEVALLA
TRESTADSREGIONENS AVFALLSAKTIEBOLAG	VÄNERSBORG
AKTIEBOLAGET STRÖMSTADS BADANSTALT	STRÖMSTAD
AKTIEBOLAGET STRÖMSTADSBYGGEN	STRÖMSTAD
AKTIEBOLAGET STRÖMSTADSLOKALER	STRÖMSTAD
ÄNGHAGSGATAN FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET MÖSSEBERG	FALKÖPING
VALBOHEM AB	FÄRGELANDA
LERUMS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	LERUM
VÄRGÅRDA BOSTÄDER AKTIEBOLAG	VÄRGÅRDA
TRANEMOBOSTÄDER AKTIEBOLAG	TRANEMO
AB MELLERUDS BOSTÄDER	MELLERUD
AKTIEBOLAGET MELLERUD INDUSTRILOKALER	MELLERUD
DALSLAND CENTER AKTIEBOLAG	MELLERUD
HERMAN JOHANSSONS ÅKERI AKTIEBOLAG	KINNA
MARKS BOSTADSAKTIEBOLAG	KINNA
MARKS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	KINNA
AKTIEBOLAGET VÄNERSBORGS-BOSTÄDER	VÄNERSBORG
FASTIGHETS AKTIEBOLAG VÄNERSBORG	VÄNERSBORG
VATTENPALATSET VÄNERPARKEN AKTIEBOLAG	VÄNERSBORG
VÄNERSBORGSHÄLSAN AKTIEBOLAG	VÄNERSBORG
BOSTADSAKTIEBOLAGET EIDAR	TROLLHÄTTAN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET STRÖMKARLEN	TROLLHÄTTAN
TROLLHÄTTANS TOMT AKTIEBOLAG	TROLLHÄTTAN
FABS AKTIEBOLAG	ALINGSÅS
AKTIEBOLAGET BOSTÄDER I BORÅS	BORÅS
AKTIEBOLAGET SANDHULTSBOSTÄDER	BORÅS
AKTIEBOLAGET TOARPSHUS	BORÅS
BORÅS DJURPARK AKTIEBOLAG	BORÅS
FRISTADBOSTÄDER AB	FRISTAD
INDUSTRIBYGGNADER I BORÅS AKTIEBOLAG	BORÅS
VISKAFORSHEM AKTIEBOLAG	BORÅS
ULRICEHAMNS FASTIGHETS- OCH SERVICE AKTIEBOLAG	ULRICEHAMN
ÄMÅLS KOMMUNFASTIGHETER AKTIEBOLAG	ÄMÅL
ESSUNGA BOSTÄDER AKTIEBOLAG	NOSSEBRO
MULLSJÖ BOSTÄDER AKTIEBOLAG	MULLSJÖ
HABO BOSTÄDER AKTIEBOLAG	HABO
GULLSPÅNGS TURISTSERVICE AB	GULLSPÅNG
GULLSPÅNGSBOSTÄDER AB	HOVA
INDUSTRIBYGGNADER I GULLSPÅNGS KOMMUN AKTIEBOLAG	HOVA
VARA BOSTÄDER AKTIEBOLAG	VARA
AKTIEBOLAGET GÖTENE BOSTÄDER	GÖTENE

AKTIEBOLAGET TIBROBYGGEN	SKÖVDE
TÖREBODA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	TÖREBODA
TÖREBODABOSTÄDER AB	TÖREBODA
MARIEHUS AKTIEBOLAG	MARIESTAD
AKTIEBOLAGET BOSTÄDER I LIDKÖPING	LIDKÖPING
LIDKÖPING/HOVBY FLYGPLATS AKTIEBOLAG	LIDKÖPING
LIDKÖPINGS NÄRINGS- LIVSFASTIGHETER AKTIEBOLAG	LIDKÖPING
FÖRETAGSUTVECKLING I GÖTENE-LIDKÖPING AKTIEBOLAG	LIDKÖPING
CENTRUMBOSTÄDER I SKARA AKTIEBOLAG	SKARA
SKÖVDE FASTBRÄNSLEAKTIEBOLAG	SKÖVDE
SKÖVDE FLYGPLATS AKTIEBOLAG	SKÖVDE
SKÖVDE PARKERINGS AKTIEBOLAG	SKÖVDE
AKTIEBOLAGET HJO BOSTÄDER	HJO
AKTIEBOLAGET HJO SMÅINDUSTRIER	HJO
TIDAHOLMS BOSTADS AKTIEBOLAG	TIDAHOLM
FALKÖPINGS HYRESBOSTÄDER AKTIEBOLAG	FALKÖPING
HANTVERKSHUSET I KIL AKTIEBOLAG	KIL
KILS AVFALLSHANTERING AKTIEBOLAG	KIL
KILSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	KIL
KILVISION AKTIEBOLAG	KIL
MOROKULIEN INFOCENTER AB	MOROKULIEN
FRITID I NORDVÄRMLAND AB	SYSSLEBÄCK
AKTIEBOLAGET ETABLERINGSREGION KARLSTAD	KARLSTAD
AKTIEBOLAGET HAMMARÖBOSTÄDER	SKOGHALL
MUNKFORSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	MUNKFORS
SUNNE BOSTADS AKTIEBOLAG	SUNNE
AB KARLSTADS KOMMUNS INDUSTRI- LOKALISERING	KARLSTAD
KARLSTADS BOSTADS AKTIEBOLAG	KARLSTAD
KARLSTADS PARKERINGS AKTIEBOLAG	KARLSTAD
KARLSTADS STADSHUS AKTIEBOLAG	KARLSTAD
KRISTINEHAMNS BOSTADS AKTIEBOLAG	KRISTINEHAMN
KRISTINEHAMNS NÄRINGS- LIVS AKTIEBOLAG	KRISTINEHAMN
TYSKÖN AB	KRISTINEHAMN
FILIPSTAD ENERGI AKTIEBOLAG	FILIPSTAD
ARVIKA LOKAL OCH MARK AKTIEBOLAG	ARVIKA
ARVIKA STADSHUS AKTIEBOLAG	ARVIKA
LEKEBERGSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	FJUGESTA
AKTIEBOLAGET LAXÅHEM	LAXÅ
SYDNÄRKES RENHÅLLNING AKTIEBOLAG	LAXÅ
HALLSBERGS INDUSTRIBYGGNADS AKTIEBOLAG	HALLSBERG
DEGERFORS INDUSTRIHALLAR AB	DEGERFORS
DEGERFORSBOLAGEN AB	DEGERFORS
DEGERFORSBYGGEN AB	DEGERFORS
LJUSNARSBERGS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	KOPPARBERG
INDUSTRIBYGGNADSBOLAGET ÖREBRO AKTIEBOLAG	ÖREBRO
ÖREBROBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÖREBRO
KUMLA BOSTÄDER AKTIEBOLAG	KUMLA
KUMLA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	KUMLA
ASKERSUNDS INDUSTRIFASTIGHETER AB	ASKERSUND
KARLSKOGA KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETS AKTIEBOLAG	KARLSKOGA
NORABOSTÄDER AKTIEBOLAG	NORA
KALMARSLUNDS FRILUFTSGÅRD AKTIEBOLAG	LINDESBERG
LFAB I LINDESBERG AKTIEBOLAG	LINDESBERG
LINDESBERGSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	LINDESBERG
SURAHAMMARSHUS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	SURAHAMMAR

HEBYGÅRDAR AKTIEBOLAG	HEBY
KUNGSÖRS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	KUNGSÖR
VÄSTRA MÅLARDALENS RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	KÖPING
HALLSTAHAMMARS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	HALLSTAHAMMAR
RESURS & UTVECKLING I HALLSTAHAMMAR AKTIEBOLAG	HALLSTAHAMMAR
BYGGNADSAKTIEBOLAGET MIMER I VÄSTERÅS	VÄSTERÅS
ETablering VÄSTERÅS AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
VÅGAB VÄSTERÅS GATUKONTORS AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS FLYGPLATS AB	VÄSTERÅS
SALA INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	SALA
SALABOSTÄDER AKTIEBOLAG	SALA
SALALOKALER AB	SALA
KBAB SERVICE AKTIEBOLAG	KÖPING
KD-TEKNIK ( KOMMUNAL DATATEKNIK I KÖPING) AB	KÖPING
KOLSVÄHEM AKTIEBOLAG	KOLSVÄ
KÖPINGS BOSTADSAKTIEBOLAG	KÖPING
GUSTOLS AKTIEBOLAG	MALUNG
MALUNGSHEM AKTIEBOLAG	MALUNG
MALUNG-SÄLEN TURISM AKTIEBOLAG	MALUNG
RÄTTVIKS BOSTÄDER AKTIEBOLAG	RÄTTVIK
SILJANSUTBILDARNA AKTIEBOLAG	MORA
ORSA GRÖNKLITT AKTIEBOLAG	ORSA
ORSABOSTÄDER AKTIEBOLAG	ORSA
MORAPARKEN AB	MORA
MORASTRAND AKTIEBOLAG	MORA
FALU INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	FALUN
KOPPARSTADEN AKTIEBOLAG	FALUN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET HUSHAGEN	BORLÄNGE
AKTIEBOLAGET HEDEMORABOSTÄDER	HEDEMORA
GAMLA BYN AKTIEBOLAG	AVESTA
INDUSTRIHUSET LÖNNFALLET AKTIEBOLAG	LUDVIKA
LUDVIKA UTVECKLINGS AKTIEBOLAG	LUDVIKA
LUDVIKAHEM AKTIEBOLAG	LUDVIKA
UTVECKLINGS AKTIEBOLAGET LAVEN	GRÄNGESBERG
OCKELBOGÅRDAR AKTIEBOLAG	OCKELBO
ALFTA INDUSTRICENTER AKTIEBOLAG	EDSBY
OKAB FASTIGHETER AKTIEBOLAG	EDSBY
OKAB NÄRINGSLIV AKTIEBOLAG	EDSBY
NORDANSTIGS BOSTÄDER AKTIEBOLAG	HARMÅNGER
AB LJUSDALSHEM	LJUSDAL
AKTIEBOLAGET FURUVIKSPARKEN	GÄVLE
AKTIEBOLAGET SÄTRAÅSEN	GÄVLE
BRYNÅS BYGGNADS AKTIEBOLAG	GÄVLE
GÄSTRIKE AVFALLSHANTERING AKTIEBOLAG	GÄVLE
GÄVLE KONSERTHUS AB	GÄVLE
GÄVLE NÄRINGSLIVS AKTIEBOLAG	GÄVLE
HYRESBOSTÄDER I GÄVLE KOMMUN AKTIEBOLAG	GÄVLE
HÖGBO BRUKS AKTIEBOLAG	SANDVIKEN
KUNGSBERGETS FRITIDSANLÄGGNINGAR AKTIEBOLAG	JÄRBO
SANDVIKENS FASTIGHETER AB	SANDVIKEN
SANDVIKENS NÄRINGSLIVS AB	SANDVIKEN
SANDVIKENS STADSHUS AB	SANDVIKEN
FAXEHOLMEN AB	SÖDERHAMN
AKTIEBOLAGET HUDIKSVALLSBOSTÄDER	HUDIKSVALL
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET GLYSIS	HUDIKSVALL

FORSSÅ GRUPPEN AKTIEBOLAG	HUDIKSVALL
HUDIKSVALLS KAF'AKTIEBOLAG	HUDIKSVALL
HUDIKSVALLS NÄRINGS- LIVS AKTIEBOLAG	HUDIKSVALL
AKTIEBOLAGET MIDLANDA ART CENTRE	TIMRÅ
AKTIEBOLAGET TIMRÅBO	TIMRÅ
AKTIEBOLAGET HÄRNÖSANDSHUS	HÄRNÖSAND
AB INDALSLIDENS TURISTANLÄGGNINGAR VETTEN	LIDEN
GÅRDE FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
MIDÄLVAGÅRDAR AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
MITTHEM AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
STADSBACKEN AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SUNDSVALL TURISM AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SUNDSVALLS KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETS- UTVECKLIN	SUNDSVALL
AKTIEBOLAGET KRAMFORS FOLKETS HUS OCH PARK	KRAMFORS
KRAMBO BOSTADS AKTIEBOLAG	KRAMFORS
KRAMFORS INDUSTRI AKTIEBOLAG	KRAMFORS
KRAMFORS KOMMUNHUS AKTIEBOLAG	KRAMFORS
KRAMFORS MEDIATEKNIK AKTIEBOLAG	KRAMFORS
ENERGIDALEN I SOLLEFTEÅ AKTIEBOLAG	SOLLEFTEÅ
NIP-PORTEN AB	SOLLEFTEÅ
SOLLEFTEÅ BOSTADS AKTIEBOLAG, SBAB	SOLLEFTEÅ
SOLLEFTEÅ FÖRVALTAREN AKTIEBOLAG	SOLLEFTEÅ
SOLLEFTEÅ NÄRINGS- LIVS AKTIEBOLAG	SOLLEFTEÅ
AKTIEBOLAGET ÖVIKHEM	ÖRNSKÖLDSVIK
RODRET I ÖRNSKÖLDSVIK AB	ÖRNSKÖLDSVIK
SAB LARMJOUR, SERVICEAB LARMJOUR I ÖRNSKÖLDSVIK	ÖRNSKÖLDSVIK
TJÄNSTECENTRUM I ÖRNSKÖLDSVIK AKTIEBOLAG	ÖRNSKÖLDSVIK
ÖRNSAT, ÖRNSKÖLDSVIKS SATELLIT- OCH KABEL- TV AB	HOLMSVEDEN
BRÄCKE TEKNIK AKTIEBOLAG (BTAB)	BRÄCKE
JÄMTLANDS LÄNS ENERGIBOLAG AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
KROKOMS INDUSTRI AKTIEBOLAG	KROKOM
KROKOMBOSTÄDER AKTIEBOLAG	KROKOM
STRÖMSUNDS HYRESBOSTÄDER AB	ÖSTERSUND
STRÖMSUNDS UTVECKLINGSBOLAG AKTIEBOLAG	STRÖMSUND
KALLGÅRDEN HOTELL OCH RESTAURANG AKTIEBOLAG	JÄRPEN
BERGS HYRESHUS AKTIEBOLAG	SVENSTAVIK
UTBILDNINGSCENTRUM I GILLHOV AKTIEBOLAG	SVENSTAVIK
UTVECKLINGSCENTRUM I BERG AKTIEBOLAG	SVENSTAVIK
HÄRJEDALENS TURISTANLÄGGNINGAR AKTIEBOLAG	HEDE
HÄRJEGÅRDAR FASTIGHETS AKTIEBOLAG	SVEG
YPRO YTTERHOGDALS PRODUKTER AKTIEBOLAG	YTTERHOGDAL
TURIST- OCH KONGRESSBYRÅN I ÖSTERSUND AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
ÖSTERSUNDSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
UMEÅ PARKERINGS AKTIEBOLAG	UMEÅ
VINDELN UTVECKLING AB	VINDELN
NORSJÖ NÄRINGS- LIV AB	NORSJÖ
MALÅ ENERGI- OCH INDUSTRI AKTIEBOLAG	MALÅ
SKYTTEANSKA I MALÅ AKTIEBOLAG	MALÅ
FASTIGHETS- AKTIEBOLAGET UMLUSPEN I STORUMAN	STORUMAN
STORUMANS UTVECKLING- S AKTIEBOLAG	STORUMAN
DOROTEAHUS I DOROTEÅ AKTIEBOLAG	DOROTEÅ
NÄRINGS- LIVSSERVICE I VÄNNÄS AB	VÄNNÄS
VILHELMINA BOSTÄDER AKTIEBOLAG	VILHELMINA



AKTIEBOLAGET FREDRIKA SOCKENS INDUSTRILOKALER	ÅSELE
AB BOSTADEN I UMEÅ	UMEÅ
HÖRNEFORS FÖRETAGSCENTRUM AKTIEBOLAG	HÖRNEFORS
NOLIA AKTIEBOLAG	UMEÅ
AKTIEBOLAGET LYCKSELE INDUSTRIHUS	LYCKSELE
AKTIEBOLAGET SKYTTEANSKA I LYCKSELE	LYCKSELE
DESTINATION LAPPLAND AKTIEBOLAG	LYCKSELE
LYCKSELE BOSTÄDER AKTIEBOLAG	LYCKSELE
AKTIEBOLAGET SKELLEFTEHEM	SKELLEFTEÅ
HEDENSBYNS TERMINAL AKTIEBOLAG	SKELLEFTEÅ
SKELLEFTEBOSTÄDER AKTIEBOLAG	SKELLEFTEÅ
SKERIA UTVECKLING AB	SKELLEFTEÅ
ARVIDSJAUR FLYGPLATS AKTIEBOLAG	ARVIDSJAUR
ARVIDSJAUR INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	ARVIDSJAUR
AKTIEBOLAGET JOKKMOKKSHUS	JOKKMOKK
JOKKMOKKS TURISTCENTER AKTIEBOLAG	JOKKMOKK
TURISM I JOKKMOKK AKTIEBOLAG	JOKKMOKK
KALIX INDUSTRIHOTELL AKTIEBOLAG	KALIX
PAJALABOSTÄDER AKTIEBOLAG	LULEÅ
TOP BOSTÄDER AB	MALMBERGET
AKTIEBOLAGET ÄLSVBYBOSTÄDER	ÄLSVBYN
AURORUM TEKNIKBYN AKTIEBOLAG	LULEÅ
AVESTA INDUSTRISTAD AKTIEBOLAG	AVESTA
LULEBO AB	LULEÅ
LULEÅ BOGSERBÅSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ FÖRETAGSLOKALER AKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ KOMMUNALA RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ KULTURBY AKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ MÄSS- OCH KONGRESS AB	LULEÅ
LULEÅ PARKERINGSHUS AKTIEBOLAG	LULEÅ
LILLPITE KVARN AKTIEBOLAG	PITEÅ
RENHÅLLNINGEN PITEÅ AB	ÖJEBYN
RESTPRODUKTBEARBETNING I BODEN AKTIEBOLAG	BODEN
HAPARANDA INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	HAPARANDA

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 9

### Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för försörjningssektorerna i LOU (222 st)

AKTIEBOLAGET SL FINANS	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET STORSTOCKHOLMS LOKALTRAFIK	STOCKHOLM
SL FASTIGHETER AKTIEBOLAG	JOHANNESHOV
SL FLYGBUSSARNA AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
VÄSTRA SERVICEGRUPPEN AKTIEBOLAG	VÄLLINGBY
SL BANSYSTEM AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
UPPLANDS LOKALTRAFIK AKTIEBOLAG	UPPSALA
LÄNSTRAFIKEN SÖRMLAND AKTIEBOLAG	ÖREBRO
AKTIEBOLAGET ÖSTGÖTATRAFIKEN	LINKÖPING
BLEKINGE LÄNSTRAFIK AKTIEBOLAG	KARLSKRONA
KRISTIANSTADS LÄNS TRAFIK AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
ÄLVSBORGSTRAFIKEN AKTIEBOLAG	VÄNERSBORG
LÄNSTRAFIKEN I T-LÄN FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	ÖREBRO
LÄNSTRAFIKEN ÖREBRO AKTIEBOLAG	ÖREBRO
AKTIEBOLAGET DALATRAFIK	BORLÄNGE
DALA AIRPORT AKTIEBOLAG	BORLÄNGE
BUSSGODS GÄVLEBORG AKTIEBOLAG	SÖDERHAMN
X-TRAFIK AKTIEBOLAG	SÖDERHAMN
VÄSTERNORRLANDS LÄNS TRAFIK AKTIEBOLAG	KRAMFORS
LÄNSTRAFIKEN I VÄSTERBOTTEN AKTIEBOLAG	LYCKSELE
LÄNSTRAFIKEN I NORRBOTTEN AKTIEBOLAG	ÖVERKALIX
VALLENTUNA VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	ÄKERSBERGA
SÖDERTÖRNS FJÄRRVÄRMEAKTIEBOLAG	NORSBORG
ENERGIBOLAGET I BOTKYRKA-SALEM AKTIEBOLAG	TUMBA
TÄBY ENERGI NÄT AB	TÄBY
SOLLENTUNA ENERGI HANDEL AKTIEBOLAG	SOLLENTUNA
SOLLENTUNA ENERGI AKTIEBOLAG	SOLLENTUNA
AB NYNÄSHAMNS SKEPPSMÄKLERI OCH SPEDITIONSKONTOR	NYNÄSHAMN
AKALLAVERKET AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
SE GAS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
AVESTAFORSEN AKTIEBOLAG	AVESTA
KRÄNGEDE AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
LINDSNÖSFORS KRAFT AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
NYNÄSHAMNS HAMN AKTIEBOLAG	NYNÄSHAMN
STOCKHOLM ENERGI AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLM ENERGI ELNÄT AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLM VATTEN AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
STOCKHOLMS HAMN AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
SVARTHÅLSFORSFASTIGHETER AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
VÄSTERTORP ENERGI AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
ÖSTEREDE KRAFT AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
ROSLAGSHAMNAR AKTIEBOLAG	GRÄDDÖ
NORRENERGI AKTIEBOLAG	SOLNA
SOLNA VATTEN AKTIEBOLAG	SOLNA
LIDINGÖ ENERGI AKTIEBOLAG	LIDINGÖ
TIERPS FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	TIERP
AKTIEBOLAGET UPPSALABUSS	UPPSALA
AKTIEBOLAGET VENDELS GRUSTAG	UPPSALA
AKTIEBOLAGET BJURSÅS KRAFT	FALUN

FYRISKRAFT AKTIEBOLAG	UPPSALA
ULVA KRAFT AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALA ELNÄT AKTIEBOLAG	UPPSALA
UPPSALA ENERGI AKTIEBOLAG	UPPSALA
GAMLA UPPSALA BUSS AKTIEBOLAG	UPPSALA
RODEN ENERGI AKTIEBOLAG	ÖSTHAMMAR
MELLANSVENSKA STÄDERS KRAFTAKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET ENKÖPINGS VÄRMEVERK	ENKÖPING
ENA KRAFT AKTIEBOLAG	ENKÖPING
NYKÖPINGS INDUSTRIHUS AKTIEBOLAG	NYKÖPING
OXELÖ ENERGIFÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
OXELÖ ENERGI AKTIEBOLAG	OXELÖSUND
ESKILSTUNA ENERGI OCH MILJÖ AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
BRÅVALLAKRAFT AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
SANKT KORS FASTIGHETSAKTIEBOLAG	LINKÖPING
SANKTERA AKTIEBOLAG	LINKÖPING
LINKÖPING KRAFTNÄT AKTIEBOLAG	LINKÖPING
MJÖLBY-SVARTÅDALEN ENERGIVERK AKTIEBOLAG	MJÖLBY
NORRKÖPING ENERGINÄT AKTIEBOLAG	NORRKÖPING
NORRKÖPING MILJÖ OCH ENERGI AB	NORRKÖPING
UTVECKLINGSBOLAGET BIRGITTA I VADSTENA AB	VADSTENA
MJÖLBY KRAFTNÄT AKTIEBOLAG	MJÖLBY
HUSKVARNAÅNS KRAFTAKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
JÖNKÖPING ENERGINÄT AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
NÄSSJÖ AFFÄRSVERK AKTIEBOLAG	NÄSSJÖ
NÄSSJÖ ENERGI AKTIEBOLAG	NÄSSJÖ
SÄVSJÖ ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	SÄVSJÖ
TRANÅS ENERGI ELFÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	TRANÅS
ALVESTA ELNÄT AB	ALVESTA
ALVESTA ENERGI AB	ALVESTA
MARKARYDS INDUSTRIBYGGNADS AKTIEBOLAG	MARKARYD
LJUNGBY ENERGI AKTIEBOLAG	LJUNGBY
LJUNGBY ENERGINÄT AB	LJUNGBY
HÖGSBY BOSTADS AB	HÖGSBY
NYBRO ELNÄT AKTIEBOLAG	NYBRO
NYBRO ENERGI AKTIEBOLAG	NYBRO
BYGGEBO I OSKARSHAMN AKTIEBOLAG	OSKARSHAMN
SMÅLANDSHAMNAR AKTIEBOLAG	OSKARSHAMN
OSKARSHAMN ENERGI AKTIEBOLAG	OSKARSHAMN
VÄSTERVIKS KRAFT-ELNÄT AB	VÄSTERVIK
VÄSTERVIKS KRAFT - ELFÖRSÄLJNING AB	VÄSTERVIK
VÄSTERVIKS VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	VÄSTERVIK
VIMMERBY ENERGI AKTIEBOLAG	VIMMERBY
BORGHOLM ENERGI ELNÄT AB	BORGHOLM
OLOFSTRÖMS KOMMUNALA INDUSTRI AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
KLÄVBENS AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS ENERGISERVICE AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS KRAFT AKTIEBOLAG	OLOFSTRÖM
KARLSHAMN ENERGI AB	KARLSHAMN
STAFFANSTORPS ENERGI AKTIEBOLAG	STAFFANSTORP
NORRA ÅSBO RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	KLIPPAN
LOMMA ENERGI AKTIEBOLAG	LOMMA
LOMMA ENERGI FÖRVALTNING AB	LOMMA
PERSTORPS FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	SVALÖV
KREAB ENERGI AKTIEBOLAG	LJUNGBYHED

BJÖRNEKULLA ENERGI AKTIEBOLAG	ÅSTORP
LUNDS ENERGI AKTIEBOLAG	LUND
HELSINGBORG ENERGI AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
HELSINGBORG ENERGI PRODUKTION AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
HELSINGBORGS HAMN AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
HÖGANÄS ENERGI AKTIEBOLAG	HÖGANÄS
C4 ELNÄT AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
C4 ENERGI AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
KRISTIANSTAD AIRPORT AKTIEBOLAG	EVERÖD
KRISTIANSTAD HAMNANLÄGGNINGAR AKTIEBOLAG	ÅHUS
SIMRISHAMNS BOSTÄDER AB	SIMRISHAMN
ÄNGELHOLMS ENERGI AKTIEBOLAG	ÄNGELHOLM
HÄSSLEHOLM ENERGI AKTIEBOLAG	HÄSSLEHOLM
ENERGIVERKEN I HALMSTAD AB	HALMSTAD
HALMSTADS HAMN OCH STUVERI AKTIEBOLAG	HALMSTAD
FALKENBERGS TERMINAL AKTIEBOLAG	FALKENBERG
VARBERG ENERGIMARKNAD AB	VARBERG
VARBERG ENERGI AKTIEBOLAG	VARBERG
GÖTEBORGS HAMN AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS SPÅRVÄGAR AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
MÖLNDAL ENERGI AKTIEBOLAG	MÖLNDAL
KUNGÄLV ENERGI AKTIEBOLAG	KUNGÄLV
FYRSTADS FLYGPLATS AKTIEBOLAG	TROLLHÄTTAN
UDDEVALLA ENERGI AKTIEBOLAG	UDDEVALLA
UDDEVALLA OMNIBUS AKTIEBOLAG	UDDEVALLA
ALE FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	NÖDINGE
VÄRGÅRDA ENERGIVERK AKTIEBOLAG	VÄRGÅRDA
MARKS VÄRMEAKTIEBOLAG	KINNA
BORÅS ENERGI AKTIEBOLAG	BORÅS
BORÅS ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	BORÅS
HABO KRAFT AKTIEBOLAG	HABO
LIDKÖPINGS VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	LIDKÖPING
TORSBY BOSTÄDER AB	TORSBY
HAMMARÖ ENERGI AKTIEBOLAG	SKOGHALL
GRUMS HYRESBOSTÄDER AKTIEBOLAG	GRUMS
KARLSTADS ELNÄT AKTIEBOLAG	KARLSTAD
KARLSTADS ENERGI AKTIEBOLAG	KARLSTAD
TÅSANS KRAFTAKTIEBOLAG	KARLSTAD
KRISTINEHAMNS ENERGI - ELNÄT AB	KRISTINEHAMN
KRISTINEHAMNS ENERGI AB	KRISTINEHAMN
FILIPSTADS VÄRME AKTIEBOLAG	FILIPSTAD
SÄFFLE ELVERK AB	SÄFFLE
SÄFFLE ENERGI AKTIEBOLAG	SÄFFLE
LAXÅVÄRME AKTIEBOLAG	LAXÅ
ÖREBRO ENERGI ELNÄT AKTIEBOLAG	ÖREBRO
KARLSKOGA ENERGI OCH MILJÖ AB	KARLSKOGA
KARLSKOGA KRAFTVÄRMEVERK AB	KARLSKOGA
KARLSKOGA ELNÄT AB	KARLSKOGA
NORA BERGSLAGS ENERGI AKTIEBOLAG	NORA
NORA ENERGI AKTIEBOLAG	NORA
LINDE ENERGI AKTIEBOLAG	LINDESBERG
LINDESBERGS ENERGI AKTIEBOLAG	LINDESBERG
SALA-HEBY ENERGI AKTIEBOLAG	SALA
VÄSTRA MÄLARDALENS KRAFTAKTIEBOLAG	KÖPING

AB BERGSLAGENS GEMENSAMMA KRAFTFÖRVALTNING	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS ENERGI & VATTEN AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS STADS KRAFTVÄRMEVERK AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS ELNÄT AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS HAMN AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
MÅLARTERMINALEN KÖPING AKTIEBOLAG	KÖPING
MALUNGS ELNÄT AB	MALUNG
MALUNGS ELVERK AB	MALUNG
SMEDJEBACKEN ENERGI AKTIEBOLAG	SMEDJEBACKEN
SMEDJEBACKEN ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	SMEDJEBACKEN
MORAVATTEN AKTIEBOLAG	MORA
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET KARLAVAGNEN	SÖDERTÄLJE
AB EDSBYNS HYRESHUS	EDSBYN
BOLLNÄS-OVANÅKERS RENHÅLLNING AB - BORAB	BOLLNÄS
LJUSDALS KABEL TV AKTIEBOLAG	LJUSDAL
GÄVLE ENERGI AKTIEBOLAG	GÄVLE
GÄVLE-SANDVIKENS FLYGFÄLT AKTIEBOLAG	VALBO
MELLANSVENSKA BIOBRÄNSLE AKTIEBOLAG	VALBO
MEBIO TORVPRODUKTER AKTIEBOLAG	VALBO
SANDVIKEN ENERGI AKTIEBOLAG	SANDVIKEN
SANDVIKEN-AVESTA TORV AKTIEBOLAG	VALBO
SANDVIKEN ENERGI, ELNÄT AB	SANDVIKEN
ÅNGE ENERGI AB	ÅNGE
HÄRNÖSAND ELNÄT AKTIEBOLAG	HÄRNÖSAND
KORSTA OLJELAGER AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
PARKERINGSHUSET LÅNGREVEN AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
REKO SUNDSVALL AB	SUNDSVALL
SUNDSVALL ENERGI AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SUNDSVALL ENERGI ELNÄT AB	SUNDSVALL
SUNDSVALLS KOMMUNS PARKERINGSAKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SUNDSVALLS KOMMUNS PARKERINGSSERVICE AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SUNDSVALLS TRAFIK AKTIEBOLAG STAB	SUNDSVALL
KORSTAVÄRMEVERKETS FÖRVALTNING AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
AKTIEBOLAGET KRAMFORS ENERGIVERK	KRAMFORS
KRAMFORS FJÄRRVÄRME AB	KRAMFORS
ÅNGERMANÄLVENS TURISTBÅTSTRAFIK AKTIEBOLAG	KRAMFORS
ÖRNSKÖLDSDVIK BUSS AKTIEBOLAG	ÖRNSKÖLDSDVIK
ÖVIK ENERGI AKTIEBOLAG	ÖRNSKÖLDSDVIK
ÖVIK ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	ÖRNSKÖLDSDVIK
RAGUNDA ENERGI AKTIEBOLAG	HAMMARSTRAND
BRÄCKE ENERGI AKTIEBOLAG	BRÄCKE
JÄMTKRAFT AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
JÄMTLANDS VÄRME AKTIEBOLAG	STRÖMSUND
BERGS TINGSLAGS ELEKTRISKA AKTIEBOLAG	ÅSARNA
BTEA ENERGI AB	ÅSARNA
HACKÅS-NÄS ELEKTRISKA AB	ÖSTERSUND
AKTIEBOLAGET KATTSTRUPEFORSÉN	ÖSTERSUND
JÄMTKRAFT ELNÄT AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
STORUMANS FLYGPLATS AKTIEBOLAG	GUNNARN
VILHELMINA VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	VILHELMINA
ÅSELE ENERGIVERK AKTIEBOLAG	ÅSELE
AKTIEBOLAGET STORBOFORSÉN	SKELLEFTEÅ
SKELLEFTEBUSS AKTIEBOLAG	SKELLEFTEÅ

SKELLEFTEÅ KRAFT ELNÄT AB	SKELLEFTEÅ
SKELLEFTEÅ KRAFTAKTIEBOLAG	SKELLEFTEÅ
LYCKSELE ELNÄT AKTIEBOLAG	LYCKSELE
JOKKMOKKS VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	JOKKMOKK
ÄLSVBYNS HOTELL AKTIEBOLAG	ÄLSVBYN
LULEÅ ENERGI ELNÄT AKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ LOKALTRAFIK AKTIEBOLAG	LULEÅ
BODENS ENERGI AKTIEBOLAG	BODEN
KIRUNA RENHÅLLNINGSAKTIEBOLAG	KIRUNA
KIRUNA VÄRMEVERKSAKTIEBOLAG	KIRUNA

Kommunangivelsen avser bolagens postadresser.

## Bilaga 10

**Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de omfattas av reglerna för både försörjningssektorerna och den klassiska sektorn (204 st)**

SL BUSS AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
JÖNKÖPINGS LÄNSTRAFIK AKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
VÄXJÖ FLYGPLATS AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
KALMAR LÄNS TRAFIK AKTIEBOLAG	HÖGSBY
HALLANDSTRAFIKEN AKTIEBOLAG	FALKENBERG
GÖTEBORGS OCH BOHUS LÄNS TRAFIK AB (G.B.L.)	GÖTEBORG
SKARABORGS LÄNS TRAFIK AKTIEBOLAG	SKÖVDE
VÄRMLANDSTRAFIK AKTIEBOLAG	MUNKFORS
LÄNSDEPÅN GÄVLEBORG AKTIEBOLAG	GÄVLE
LÄNSTRAFIKEN I JÄMTLANDS LÄN AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
MATSERVICE I KALIX AKTIEBOLAG	KALIX
MATLAGET I GÄLLIVARE AKTIEBOLAG	GÄLLIVARE
BRISTA KRAFT AKTIEBOLAG	MÄRSTA
ÖSTERÅKERSVATTEN AKTIEBOLAG	ÅKERSBERGA
ROSLAGSVATTEN AKTIEBOLAG	ÅKERSBERGA
SÖDERENERGI AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
AKTIEBOLAG AVESTA ELNÄT	AVESTA
AKTIEBOLAGET AVESTA ENERGI	AVESTA
AKTIEBOLAGET STOKAB	STOCKHOLM
CASUS FASTIGHET AKTIEBOLAG	JOHANNESHOV
CASUS KONTOR AKTIEBOLAG	JOHANNESHOV
FASTIGHETSAB HOTELL- OCH REST- SKOLAN I STH	JOHANNESHOV
S:T ERIK REASSURANS FÖRSÄKRINGS AB	STOCKHOLM
TELGE ENERGI AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
TELGE ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
NORRTÄLJE INDUSTRI- OCH HANTVERKSHUS AB NIHAB	NORRTÄLJE
SIGTUNA ENERGI AKTIEBOLAG	MÄRSTA
SIGTUNA ÅTERVINNING AKTIEBOLAG	MÄRSTA
NYNÄSHAMN ENERGI AKTIEBOLAG	ÖSMO
NYNÄSHAMN ENERGI HANDEL AKTIEBOLAG	ÖSMO
NYNÄSHAMN ENERGI VÄRME AKTIEBOLAG	ÖSMO
NYKÖPINGSHEM AKTIEBOLAG	NYKÖPING
KATRINEHOLM ENERGI AKTIEBOLAG	KATRINEHOLM
ESKILSTUNA KOMMUNS PARKERINGS AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
SEVAB NÄT AB	STRÄNGNÄS
SEVAB ENERGIFÖRSÄLJNING AB	STRÄNGNÄS
HÄSTHOLMENS HAMN- OCH MAGASINSAKTIEBOLAG	ÖDESHÖG
AKTIEBOLAGET BOXHOLM SHUS.	BOXHOLM
FINSPÅNGS IS OCH VÄRME AKTIEBOLAG	FINSPÅNG
PARKERINGSAKTIEBOLAGET DUKATEN	LINKÖPING
ÖSTKRAFT AB	LINKÖPING
BOSTADSBOLAGET I MJÖLBY AB	MJÖLBY
GISLAVED ENERGIRING AB	GISLAVED
VAGGERYDS ENERGI AB	VAGGERYD
VÄRNAMO ENERGI AKTIEBOLAG	VÄRNAMO
SÄVSJÖ ENERGI AKTIEBOLAG	SÄVSJÖ
AKTIEBOLAGET VETLANDA ENERGI	VETLANDA
AKTIEBOLAGET EKSJÖ ENERGIVERK	EKSJÖ
EKSJÖ ELNÄT AB	EKSJÖ

AKTIEBOLAGET TRANÅSBOSTÄDER	TRANÅS
TRANÅS ENERGI AKTIEBOLAG	TRANÅS
AKTIEBOLAGET UPPVIDINGEHUS	LENHOVDA
VÄXJÖ ENERGI AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
VÄXJÖ KOMMUNFASTIGHETER AKTIEBOLAG	VÄXJÖ
VÄXJÖ TEATERAKTIEBOLAG	VÄXJÖ
TBAB TORSÅS BOSTADS AKTIEBOLAG	TORSÅS
HULTSFRED - VIMMERBY FLYGPLATS AKTIEBOLAG	HULTSFRED
MÖNSTERÅS SOL & BAD AB	MÖNSTERÅS
ÅLEM ENERGI AKTIEBOLAG	ÅLEM
ÅLEM ENERGI FÖRSÄLJNING AB	ÅLEM
EMMABODA ELNÄT AB	EMMABODA
KALMAR ENERGI AKTIEBOLAG	KALMAR
KALMAR VATTEN OCH RENHÅLLNING AKTIEBOLAG	KALMAR
VIMMERBY ENERGIFÖRSÄLJNING AB	VIMMERBY
AFFÄRSVERKEN KARLSKRONA AKTIEBOLAG	KARLSKRONA
AKTIEBOLAGET KARLSKRONA INDUSTRIFASTIGHETER	KARLSKRONA
KARLSKRONA STUVERI AKTIEBOLAG	KARLSKRONA
AKTIEBOLAGET RONNEBY HELSOBRUNN	RONNEBY
AKTIEBOLAGET RONNEBY INDUSTRIFASTIGHETER	RONNEBY
KUNSKAPSBRUNNEN AKTIEBOLAG	RONNEBY
RONNEBY ENERGI AKTIEBOLAG	RONNEBY
RONNEBY VA AKTIEBOLAG	RONNEBY
RONNEBYS SOFT CENTER FASTIGHETS AKTIEBOLAG	RONNEBY
SÖLVESBORGS ENERGI AB	SÖLVESBORG
SÖLVESBORGS ENERGI OCH VATTEN AKTIEBOLAG	SÖLVESBORG
SVALÖVS VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	SVALÖV
STAFFANSTORPSHUS AKTIEBOLAG	STAFFANSTORP
ÖRKELLJUNGA FJÄRRVÄRMEVERK AKTIEBOLAG	ÖRKELLJUNGA
SYDVÄSTRA SKÅNES AVFALLSAKTIEBOLAG (SYSAV)	MALMÖ
SJÖBO ELNÄT AKTIEBOLAG	SJÖBO
HÖRBY KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HÖRBY
RINGSJÖ ENERGI AKTIEBOLAG	ESLÖV
ÖSTERLENS KOMMUNALA RENHÅLLNING AKTIEBOLAG	SANKT OLOF
AKTIEBOLAGET PERSTORPSBYGGEN	PERSTORP
HOTELLINTRESSENTER I PERSTORP AKTIEBOLAG	PERSTORP
VÄRMEVERKET I KLIPPAN AKTIEBOLAG, VIKAB	LJUNGBYHED
ESLÖVS BOSTADS AB	ESLÖV
RINGSJÖ ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	ESLÖV
SVARVAREN I ESLÖV AKTIEBOLAG	ESLÖV
YSTAD ENERGI AB	YSTAD
AKTIEBOLAG TRAFIKSERVICE L-LÄN	KRISTIANSTAD
SIMRISHAMNS ELDISTRIBUTION AB	SIMRISHAMN
SIMRISHAMNS ENERGI AB	SIMRISHAMN
MELLERSTA HALLANDS AVFALLS AKTIEBOLAG	FALKENBERG
FALKENBERG ENERGI AKTIEBOLAG	FALKENBERG
KUNGSBACKA ENERGI AKTIEBOLAG	KUNGSBACKA
HÄRRYDA ENERGI AKTIEBOLAG	MÖLNLYCKE
GÖTEBORGSREGIONENS FRITIDSHAMNAR AB GREFAB	GÖTEBORG
TJÖRNS BOSTADS AB	KÄLLEKÄRR
GÖTEBORG ENERGI AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORG ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS TRAFIK AKTIEBOLAG	GÖTEBORG



KOMMUNLEASING I GÖTEBORG AKTIEBOLAG (KLAB)	GÖTEBORG
MÖLNDAL ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	MÖLNDAL
KUNGÄLV'S TRANSPORTTJÄNST AKTIEBOLAG	KUNGÄLV
AKTIEBOLAGET LYSEKILS BOSTADSBYGGEN	LYSEKIL
LYSEKILS ENERGI AKTIEBOLAG	LYSEKIL
UDDEVALLA TURISTTRAFIK AKTIEBOLAG	UDDEVALLA
SKARA ENERGI AKTIEBOLAG	SKARA
LERUM ENERGI AKTIEBOLAG	STENKULLEN
LERUM ENERGIPRODUKTION AB	STENKULLEN
BENGTSFORS ENERGI HANDEL AKTIEBOLAG	BENGTSFORS
BENGTSFORS ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	BENGTSFORS
BENGTSFORS TEKNIK AKTIEBOLAG	BENGTSFORS
BENGTSFORS HUS AKTIEBOLAG	BENGTSFORS
LILLA EDETS FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	TROLLHÄTTAN
LILLA EDETS INDUSTRI OCH FASTIGHETS AKTIEBOLAG	LILLA EDET
AVFALLSAKTIEBOLAGET SJÖBO, SKURUP OCH YSTAD(ASSY)	YSTAD
SVENLJUNGA ENERGI AKTIEBOLAG	SVENLJUNGA
HERRLJUNGA ELEKTRISKA AKTIEBOLAG	HERRLJUNGA
HERRLJUNGA HOTELLFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HERRLJUNGA
TROLLHÄTTAN ENERGI AKTIEBOLAG	TROLLHÄTTAN
AKTIEBOLAGET ALINGSÅSHEM	ALINGSÅS
ALINGSÅS ENERGI AKTIEBOLAG	ALINGSÅS
ALINGSÅS ENERGI NÄT AKTIEBOLAG	ALINGSÅS
BORÅS KOMMUNS PARKERINGSAKTIEBOLAG	BORÅS
BORÅS KOMMUNS SÖTNINGS AKTIEBOLAG	BORÅS
BORÅS LOKALTRAFIK AKTIEBOLAG	BORÅS
BORÅS LOKALTRAFIK BL TEKNIK AKTIEBOLAG	BORÅS
ULRICEHAMNS ENERGI AKTIEBOLAG	ULRICEHAMN
HABO INDUSTRIVERK AKTIEBOLAG	HABO
AKTIEBOLAGET KARLSBORGSBOSTÄDER	KARLSBORG
KARLSBORGS ENERGI AKTIEBOLAG	KARLSBORG
KARLSBORGS ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	KARLSBORG
KOMMUNENERGI I GÖTENE AKTIEBOLAG	GÖTENE
TÖREBODA ENERGI AKTIEBOLAG	TÖREBODA
AKTIEBOLAGET MARIESTADS BUSSTRAFIK	MARIESTAD
ENSKAR KRAFT AKTIEBOLAG	MARIESTAD
MARIESTADS ENERGI AKTIEBOLAG	MARIESTAD
AKTIEBOLAGET SKÖVDEBOSTÄDER	SKÖVDE
HJO ENERGI AKTIEBOLAG	HJO
KULLÖ KRAFT AB	TIDAHOLM
KILS ENERGI AKTIEBOLAG	KIL
EDA BOSTADS AKTIEBOLAG	CHARLOTTENBERG
AB TORSBY VÄRME	TORSBY
ÄRJÄNGS ELEKTRISKA NÄT AKTIEBOLAG	ÄRJÄNG
MARIEBERGSSKOGEN AB	KARLSTAD
FILIPSTAD ENERGINÄT AKTIEBOLAG	FILIPSTAD
ARVIKA BOSTADS AKTIEBOLAG	ARVIKA
ARVIKA ENERGI ELNÄT AKTIEBOLAG	ARVIKA
DEGERFORS ENERGINÄT AB	DEGERFORS
HÄLLEFORS BOSTADS AKTIEBOLAG	HÄLLEFORS
LJUSNARSBERGS INDUSTRIFASTIGHETER AB	KOPPARBERG
ASKERSUNDSBOSTÄDER AKTIEBOLAG	ASKERSUND
AKTIEBOLAGET KARLSKOGBYGGEN	KARLSKOGA
HYRESBOSTÄDER I KARLSKOGA AKTIEBOLAG	KARLSKOGA
INDUSTRILOKALER I LINDESBERG AKTIEBOLAG	LINDESBERG

MASUGNEN UTVECKLING AKTIEBOLAG	LINDESBERG
SURAHAMMARS KOMMUNALTEKNIK AKTIEBOLAG	SURAHAMMAR
HEBY-SALA BIOENERGIUTVECKLINGS AKTIEBOLAG	SALA
HALLSTAHAMMAR ELNÄT AKTIEBOLAG	HALLSTAHAMMAR
HALLSTAHAMMAR ENERGI AB	HALLSTAHAMMAR
VÄSTERÅS ENERGI & VATTEN DISTRIBUTION AKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
FAGERSTA ENERGI AKTIEBOLAG	FAGERSTA
LEKSAND VATTEN AB	LEKSAND
RÄTTVIKS TEKNIK AB	RÄTTVIK
AKTIEBOLAGET FALU ELVERK	FALUN
FALU ENERGI AB	FALUN
FALU ORGANISATION AKTIEBOLAG	FALUN
AKTIEBOLAGET BORLÄNGE ENERGI	BORLÄNGE
AKTIEBOLAGET STORA TUNABYGGEN	BORLÄNGE
TUNABYGGEN SERVICE AKTIEBOLAG	BORLÄNGE
HEDEMORA ENERGI AKTIEBOLAG	HEDEMORA
OCKELBO FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	OCKELBO
HOFORS ELVERK AKTIEBOLAG	HOFORS
HOFORS ENERGI AKTIEBOLAG	HOFORS
HOFORSHUS AKTIEBOLAG	HOFORS
LJUSDAL ELNÄT AKTIEBOLAG	LJUSDAL
LJUSDAL ENERGI AKTIEBOLAG	LJUSDAL
AKTIEBOLAGET GAVLEGÅRDARNA	GÄVLE
GÄVLE LAGERHUS AKTIEBOLAG	GÄVLE
SANDVIKENHUS AKTIEBOLAG	SANDVIKEN
AKTIEBOLAGET BOLLNÅS BOSTÄDER	BOLLNÅS
STUDENTBOSTÄDER I SUNDSVALL AB	SUNDSVALL
SUNDSVALL VATTEN AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
KRAMFORS/SOLLEFTEÅ FLYGPLATS AB	KRAMFORS
KROKOMS ENERGI AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
RÖRVATTNETS LIFT AKTIEBOLAG	FÖLLINGE
ÅREHUS AKTIEBOLAG	JÄRPEN
CAMPING I GÄLLIVARE AKTIEBOLAG	GÄLLIVARE
FÖRETAGSHÅLSAN I HÄRJEDALEN AKTIEBOLAG	SVEG
HÄRJEDALENS ENERGI AKTIEBOLAG	SVEG
AKTIEBOLAGET JÄMTLANDSBUSS	ÖSTERSUND
ÖSTERSUNDS PARKERINGSAKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
STORUMANS ENERGI AB	STORUMAN
NORRHEDEN TORV AKTIEBOLAG	STORUMAN
UMEÅ LOKALTRAFIK AKTIEBOLAG	UMEÅ
ARVIDSJOURHEM AKTIEBOLAG	ARVIDSJOUR
ÖVERKALIX VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	LULEÅ
ÖVERTORNEÅ VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	LULEÅ
PAJALA VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	LULEÅ
ÄLVSBYNS FJÄRRVÄRME AKTIEBOLAG	ÄLSVBYN
AB PITEBO	PITEÅ
HAPARANDA VÄRMEVERK AKTIEBOLAG	HAPARANDA

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 11

### Lista över bolag som inte längre är kommun- eller landstingsägda eller som under 1997 var vilande (94 st)

INREGIA AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
LOCUM DRIFT AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
RÄTTVIKS FOLKLORE FESTIVAL AKTIEBOLAG	RÄTTVIK
AKTIEBOLAGET SÖRM-LEASING	NYKÖPING
LÄNSHÄLSAN SKÅNE AB	MALMÖ
LÄNIA AKTIEBOLAG	ÖREBRO
VÄSTERBERGSLAGENS KÖK AKTIEBOLAG	LUDVIKA
AKTIEBOLAGET HUSSBORG I LJUNGAVERK	LJUNGAVERK
UTBILDNING-NÄRINGS LIV I BOTKYRKA AB	TUMBA
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET TYRESÖ CENTRUM	TYRESÖ
NÄSBY FASTIGHETSAKTIEBOLAG	TÄBY
BIRKA KRAFT AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
SKAVSTA FLYGPLATS AKTIEBOLAG	NYKÖPING
TUNA KROSS AKTIEBOLAG	LINKÖPING
KINDA NÄRVÄRMEVERK AKTIEBOLAG	KISA
LINKÖPING BIOGAS AB	LINKÖPING
EKSJÖ 2 AKTIEBOLAG	EKSJÖ
LESSEBO ELFÖRSÄLJNING AB	MALMÖ
GASOLBOLAGET I KARLSKRONA AKTIEBOLAG	KARLSKRONA
KARLSHAMNS ENERGIVERK AKTIEBOLAG	KARLSHAMN
SKURUP KABEL TV AKTIEBOLAG	SKURUP
AKTIEBOLAGET SYDÅTERVINNING	MALMÖ
MALMATOR AKTIEBOLAG	MALMÖ
HÄLSINGBORGSHEMS FASTIGHETSSERVICE AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
ESLÖVSBYGGENS MÅLERI- OCH BYGGSERVICE AKTIEBOLAG1	ESLÖV
TRINOVA AKTIEBOLAG	TRELLEBORG
LOKAL-TV I KRISTIANSTAD AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
SVENSK PLASTÅTERVINNING AKTIEBOLAG	KRISTIANSTAD
BOPLATS GÖTEBORG AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
ALE EXPLOATERING AKTIEBOLAG	NÖDINGE
ÄLVSBORGS LÄNS KOMMUNALA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
LILLA EDETS FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AKTIEBOLAG	LILLA EDET
AKTIEBOLAGET BORÅS PARKERINGSKONTROLL	BORÅS
SKARABORGS ENERGI- OCH MILJÖ AKTIEBOLAG	SKARA
SUNNE ENERGI AKTIEBOLAG	SUNNE
AB KARLSTADS STUDENTBOSTÄDER	KARLSTAD
BOOFORSEN FASTIGHETSAKTIEBOLAG	KARLSKOGA
SALA ECO CENTER AKTIEBOLAG	SALA
MUSIK VID SILJAN AKTIEBOLAG	RÄTTVIK
ORSA CAMPING AKTIEBOLAG	ORSA
FÖRETAGSHÄLSOVÅRDEN I HOFORS AKTIEBOLAG	HOFORS
WOODEX UTVECKLING AB	EDSBYN
VOXNADALENS ID'CENTRUM AKTIEBOLAG	ALFTA
GESTRIKEKRAFT AB	GÄVLE
GLYSISVALLEN AKTIEBOLAG	HUDIKSVALL
SUNDSVALLS KOMMUNS NÄRINGS LIVSUTVECKLING AB	SUNDSVALL

SUNDSVALLSMÄSSAN AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
SOLLEFTEÅ ENERGI AB	SOLLEFTEÅ
SOLLEFTEÅ ENERGI NÄT AB	SOLLEFTEÅ
SKYTTEANSKA I NORSJÖ AKTIEBOLAG	NORSJÖ
TÄRNAFJÄLLEN LIFT AKTIEBOLAG	TÄRNABY
UMEÅ TURIST OCH KONGRESS AKTIEBOLAG	UMEÅ
JOKKMOKKS TURISTSERVICE AKTIEBOLAG	JOKKMOKK
PIEDEALENS TRAFIK AKTIEBOLAG	ÄLSVBYN
LULEKRAFT AKTIEBOLAG	LULEÅ
AKTIEBOLAGET PITEBUSS	PITEÅ
SVEALANDSBANAN AKTIEBOLAG	ESKILSTUNA
SKÄRBLÄCKA BOSTADSAKTIEBOLAG	NORRKÖPING
VÄRMDÖ UTVECKLING OCH PRODUKTION AKTIEBOLAG	GUSTAVSBERG
AKTIEBOLAGET KAPLANSBACKEN	STOCKHOLM
STOCKHOLM 2004 AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
AKTIEBOLAGET STRADA	STOCKHOLM
LINJEAKTIEBOLAGET KRÅNGEDE-HORNDAL	STOCKHOLM
SKAFAB AVFALLSKONVERTERING AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
VÄSTERTORP ENERGI AKTIEBOLAG	STOCKHOLM
TÄLJE RADIO- & TV-KANAL AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET RÖRHÖNAN	SALTSJÖBADEN
FIBERCENTRUM I HALLSTAVIK AKTIEBOLAG	HALLSTAVIK
ÖSTHAMMARS INDUSTRIFASTIGHETER AKTIEBOLAG	ÖSTHAMMAR
RESTAURANGAKTIEBOLAGET PARKEN	BOXHOLM
TRÄDGÅRDSTORGETS LJUSREKLAM I LINKÖPING AB	LINKÖPING
AKTIEBOLAGET ÖSTGAS	LINKÖPING
LOUIS DE GEER KONSERT & KONGRESS I NORRKÖPING AB	NORRKÖPING
NORRKÖPINGS KOMMUNALA TJÄNSTEEXPORTAKTIEBOLAG	NORRKÖPING
TORSÅS INDUSTRILOKALER AKTIEBOLAG	TORSÅS
KAFRYS, KARLSKRONA FRYSHUSAKTIEBOLAG	KARLSKRONA
STURUPSAXELNS EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	SVEDALA
HÖGANÄS ENERGI HANDEL AB	HÖGANÄS
ÖL & LÄSK-GROSSISTEN GERT PEDERSEN AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET FJÄLLET	MARIESTAD
TIDAHOLMS INDUSTRIVERK AKTIEBOLAG	TIDAHOLM
KILS PELLETS AKTIEBOLAG	KARLSTAD
KARLSTADS TEATERAKTIEBOLAG	KARLSTAD
ALLÉPRODUKTION AKTIEBOLAG	HALLSBERG
KARLSSKOGA KOMMUNHUS AB	KARLSKOGA
MÖCKELNSBODAR AKTIEBOLAG	KARLSKOGA
RÄTTVIKS SOMMARRODELBANA OCH SLALOMBACKE AB	RÄTTVIK
DTU SERVICE AKTIEBOLAG	HOFORS
ÅNGEFALLEN KRAFT AB	ARBRÅ
SUNDSVALL FÄRJEINVEST AB	SUNDSVALL
SOLLEFTEÅFORSENS AKTIEBOLAG	SUNDSVALL
AKTIEBOLAGET HOV-JAMTLI	ÖSTERSUND
JOKKMOKKS NÄRINGSLIVSUTVECKLING AKTIEBOLAG	JOKKMOKK
GAMMELSTADS OMNIBUSAKTIEBOLAG	LULEÅ

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

## Bilaga 12

### Kommun- och landstingsägda bolag som angivit att de uteslutande bedriver elhandel eller tjänsteexport (29 st)

ENERGIBOLAGET I BOTKYRKA SALEM FÖRSÄLJNING AB	TUMBA
TELGEKRAFT AKTIEBOLAG	SÖDERTÄLJE
LIDINGÖ ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	LIDINGÖ
FYRSTAD KRAFT AB	UDDEVALLA
KATRINEHOLMS ENERGIFÖRSÄLJNING AB	KATRINEHOLM
ÅTVIDABERGS FJÄRRVÄRME AB	ÅTVIDABERG
LINKÖPING-MJÖLBY KRAFTANSKAFFNINGS AKTIEBOLAG	LINKÖPING
GISLAVED ENERGI AKTIEBOLAG	GISLAVED
EKSJÖ ELFÖRSÄLJNING AB	EKSJÖ
AFFÄRSVERKEN ENERGI I KARLSKRONA AB	KARLSKRONA
KARLSHAMNS ENERGI ELFÖRSÄLJNING ab	KARLSHAMN
SKURUP ENERGI AKTIEBOLAG	SKURUP
HELSINGBORG ENERGI FÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	HELSINGBORG
ÖRESUNDSKRAFT AB	HELSINGBORG
TRELLEBORGS ENERGIFÖRSÄLJNING AKTIEBOLAG	TRELLEBORG
FALKENBERG ENERGIHANDEL AB	FALKENBERG
KUNGSBACKA ENERGILEVERANSER AB	KUNGSBACKA
GÖTEBORG ENERGI INTERNATIONAL AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
SWEDEHEALTH GOTHENBURG CARE AKTIEBOLAG	GÖTEBORG
HERRLJUNGA ELKRAFT AB	HERRLJUNGA
TIBRO ENERGI AKTIEBOLAG	TIBRO
BILLINGE ENERGI AB	SKÖVDE
HJO ENERGI ELHANDEL AKTIEBOLAG	HJO
BRUKSKRAFT AB	KRISTINEHAMN
DEGERFORS ENERGIHANDEL AB	DEGERFORS
SURAHAMMARS ENERGIVERK AKTIEBOLAG	SURAHAMMAR
BORLÄNGE ENERGI FÖRSÄLJNING AB	BORLÄNGE
HEDEMORA ENERGIFÖRSÄLJNING AB	HEDEMORA
FYRFASEN ENERGI AB	ÄNGE

Kommunangivelserna avser bolagens postadresser.

**Beslut om att anta delrapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende NOU:s tillsynsprojekt över upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag enligt bilaga**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har under hösten -98 och våren -99 granskat upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag. Granskningen har utmynnat i denna delrapport.

Beslut om delrapporten har fattats den 24 mars 1999 av kanslichefen Margareta Hentze. Beslutet fattades i närvaro av chefjuristen Hans Sylvén, jur. kand. Åsa Edman (föredragande och projektledare). Vid framtagandet av rapporten har också jur. kand. Johan Svedberg och jur. kand. Andrea Sundstrand deltagit.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

## Översiktlig sammanställning av NOU:s tillsynsprojekt över upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag

### Sammanfattning

NOU:s tillsynsprojekt omfattar 1275 bolag som till minst 50 % ägs av kommun eller landsting. Under 1997 uppgick dessa bolags upphandlingar till åtminstone 45 miljarder kronor. Tillsynsprojektet, som påbörjades i slutet av 1998, har utförts i form av en postenkät. Syftet har varit att övergripande kontrollera efterlevnaden av lagen om offentlig upphandling (LOU). Svarefrekvensen har varit anmärkningsvärt låg. Trots att uppgiftsskyldighet föreligger hade vid svarstidens utgång endast drygt hälften av bolagen svarat. Ännu idag saknas svar från ca 160 bolag.

Hela 20 % av de bolag som svarat på enkäten anser sig inte vara s.k. upphandlande enheter. Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär och att de därmed inte behöver följa LOU. Detta är i sig en feltolkning av LOU. Enligt NOU:s mening är i stort sett alla kommun- och landstingsägda bolag upphandlande enheter. NOU anser att det endast är de s.k. elhandelsbolagen som inte omfattas av LOU, eftersom dessa inte omfattas av vare sig självkostnads- eller lokaliseringsprinciperna i kommunallagen.

Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 136 av bolagen, som anser sig vara upphandlande enheter, inte överhuvudtaget genomfört (avslutat) någon upphandling med anbudsförfarande under 1997. Detta trots att alla anskaffningar över något eller några basbelopp, enligt NOU:s mening, bör ske genom anbudsförfarande. Några bolag har beslutat att upphandling i konkurrens endast behöver ske för anskaffningar över 500 000 kronor och ett bolag tillåter direktupphandlingar upp till en miljon kronor! I båda fallen rör det sig om helt oacceptabelt höga beloppsgränser.

Endast 15 % av de tillfrågade bolagen har angivit att de har en central inköpsfunktion. Enligt NOU:s uppfattning medför en sådan organisation normalt effektivitetsfördelar och bättre gregelefterlevnad än en helt decentraliserad organisation.

Knappt 30 av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar sina upphandlingar över tröskelvärdena i enlighet med LOU. Ytterligare drygt tio bolag säger att de "ofta" annonserar i enlighet med LOU. När ett bolag, som omfattas av LOU, låter bli att annonsera bryter det inte bara mot svensk lag utan också mot gemenskapsrätten. Endast i undantagsfall får annonsering underlåtas och då krävs stöd i LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Om Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

NOU är en statlig myndighet som består av ett kansli och en nämnd. NOU:s uppgift är bland annat att utöva tillsyn över efterlevnaden av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)<sup>1</sup> (omtryckt genom SFS 1997:1068 och senast ändrad genom SFS 1998:1432). NOU skall också verka för en effektiv offentlig upphandling.

Det är kansliet (11 tjänstemän) som sköter den löpande verksamheten och svarar för kontakten med upphandlande enheter, andra organisationer och enskilda.

NOU och delar av LOU är för närvarande föremål för en statlig enmansutredning som inom kort kommer att utökas till att bli parlamentariskt sammansatt.

## Projektgenomförande och avgränsning

NOU har valt att granska kommun- och landstingsägda bolag som till minst 50 % ägs av en eller flera kommuner eller landsting.<sup>2</sup> NOU har i en tidigare undersökning, redovisad i rapporten "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998), konstaterat att regelefterlevnaden bland kommun- och landstingsägda bolag var särskilt låg. Av de 103 bolag som tillfrågades till denna, tidigare, rapport svarade endast 25 % att de följde alla regler i LOU (11 % av bolagen lämnade överhuvudtaget inget svar).

Tillsynsprojektet omfattar 1275 bolag.<sup>3</sup> Projektet, som påbörjades i slutet av 1998, har genomförts i form av en enkät (bilaga 1). Av bifogat brev framgick tydligt att enkäten var ett led i NOU:s tillsynsverksamhet och att LOU stadgar en uppgiftsskyldighet för upphandlande enheter. Trots detta hade vid svarstidens utgång endast drygt hälften av bolagen inkommit med svar. NOU gick då ut med både skriftliga och muntliga påminnelser till de bolag som inte svarat i tid. Idag har ca 160 bolag (13 %) ännu inte besvarat enkäten (se bilaga 2)<sup>4</sup>.

Av de bolag som besvarat NOU:s enkät har anmärkningsvärt många svarat att de inte är upphandlande enheter och därför också underlåtit att svara på flertalet av enkätens frågor.

---

<sup>1</sup> Se avsnitt om LOU på sid. 14.

<sup>2</sup> Även bolag som till mindre än 50 % ägs av kommun eller landsting kan i vissa fall vara upphandlande enheter. De omfattas dock inte av detta tillsynsprojekt.

<sup>3</sup> Enkäten har skickats ut till de kommun- och landstingsägda bolag som finns med i Statistiska centralbyråns register per 1997-12-31.

<sup>4</sup> Det är möjligt att ett antal av dessa bolag har godtagbara ursäkter för sin underlåtenhet att svara t.ex. att bolaget likviderats eller sålts till privata ägare under det gångna året.



1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## **Fortsatt tillsyn över de kommun- och landstingsägda bolagen**

De inkomna svaren har systematiserats och granskats översiktligt såsom redovisas nedan i rapporten. De inkomna svaren föranleder NOU, så långt resurserna medger, att vidta ytterligare kontroll- och granskningsåtgärder.

Uppenbara regelavvikelser utreds för närvarande och kommer att påtalas. Det gäller framförallt bolag som enligt NOU:s bedömning synes vara upphandlande enheter men angivit motsatsen, bolag som har oacceptabelt höga beloppsgränser för direktupphandling och bolag som inte följer annonseringsreglerna. Bolag som underlåtit att svara på NOU:s frågor kommer likaså att kontaktas.

Vidare avser NOU att närmare granska svaren från vissa bolag med tonvikt på regelefterlevnaden vad beträffar tillämpningen av rätt upphandlingsförfarande. Detta innebär att NOU kontrollerar om det utvalda bolaget har tillämpat reglerna över tröskelvärdena då inköpsvärdet är sådant att dessa regler bort tillämpas och att 6 kap. LOU tillämpats när detta bort ske.

Såväl bolaget som den kommun eller landsting som äger bolaget kommer att informeras om eventuella brister som framkommer i NOU:s tillsyn.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Översiktlig redovisning av svaren på NOU:s enkät till kommun- och landstingsägda bolag

Nedan presenteras en sammanställning över de hittills inkomna svaren på några av de frågor som NOU ställt till bolagen.

- Det sammanlagda inköpsbeloppet under 1997, för de ca 770 bolag (60 %) som besvarat frågan, var ca 44,3 miljarder kr.
- Under 1997 avslutades totalt 369 upphandlingar över tröskelvärdena<sup>5</sup> fördelat på ca 120 bolag.
- Under 1997 var det totala antalet förenklade upphandlingar<sup>6</sup> uppskattningsvis 24 350 st. fördelat på ca 550 bolag.

### NOU:s kommentar

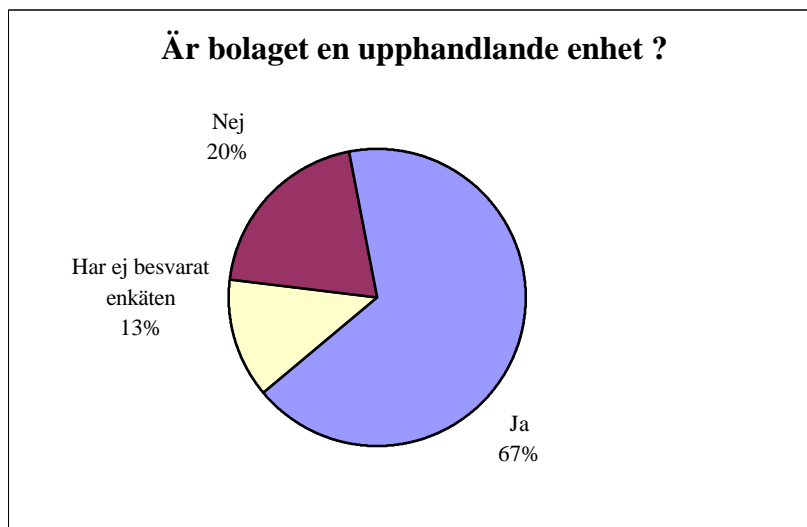
Under 1997 köpte de kommun- och landstingsägda bolagen varor och tjänster för omfattande belopp. Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 136 av bolagen, som anser sig vara upphandlande enheter, inte överhuvudtaget genomförde (avslutade) någon upphandling med anbudsförfarande under 1997. Det är ytterst anmärkningsvärt att dessa bolag, av vilka inget är vilande, redovisar att de inte gjort en enda upphandling med anbudsförfarande. En förklaring, som dock endast gäller 18 av dessa bolag, kan vara att de avropar en stor del (80 % eller mer) av sitt behov på annan juridisk persons ramavtal (sannolikt moderbolag/kommunen/landstinget). Övriga bolag borde dock rimligen ha gjort anskaffningar av varor eller tjänster som förutsätter anbudsförfarande i enlighet med LOU.

68 % av de bolag, som anser sig vara upphandlande enheter, hävdar att de aldrig gjort någon upphandling *över* tröskelvärdena. Det krävs en fördjupad granskning av det enskilda bolaget för att kunna konstatera att LOU:s regler därvid tillämpats på ett korrekt sätt.

<sup>5</sup> Siffran avser direktivstyrda upphandlingarna över tröskelvärdena d.v.s. ej B-tjänster (se bilaga 3).

<sup>6</sup> Upphandling i anbudskonkurrens men utan obligatorisk annonsering. Upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde och specialupphandlingar enligt 1 kap. 3 § LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29



## NOU:s kommentar

### *Verksamhet av kommersiell karaktär*

Av de 1275 bolagen som ingår i tillsynsprojektet har ca 20 % svarat att de inte är upphandlande enheter (se bilaga 4). Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär. Detta är i sig en feltolkning av lagen eftersom den kommersiella karaktären syftar på behovet i det allmännas intresse som bolaget skall täcka och inte på den verksamhet bolaget bedriver. Detta tydliggjordes genom lagändringen 1997 (SFS 1997:1068). Som redogörs för nedan tillåter inte kommunallagen att kommuner eller landsting driver näringsverksamhet i vinstsyfte. Därmed utesluts med största sannolikhet möjligheten för de flesta bolag att hävda att de fyller ett behov i det allmännas intresse som är av kommersiell karaktär. Enligt NOU:s uppfattning är det endast de kommun- och landstingsägda bolag, vilka uteslutande bedriver elhandel (ca ett tjugotal), som inte omfattas av LOU:s definitioner av upphandlande enhet.

### *Upphandlingen sköts av annan upphandlande enhet*

Ett fåtal av bolagen har hävdats att kommunen eller landstinget som äger bolaget sköter all dess upphandling. Detta system bör vara relativt betryggande med hänsyn till att ägaren själv omfattas av LOU. Bolagen är dock, i sin egenskap av upphandlande enhet, alltid själva ansvariga för att deras anskaffningar sker i enlighet med LOU. Ansvaret för att upphandlingar sköts korrekt kan således inte överlåtas på annan.

### *Upphandlande enhet inom både den s.k. klassiska sektorn och de s.k. försörjningssektorerna*

Av bolagen anser drygt 850 (67 %) att de är upphandlande enheter. Av dessa hävdar drygt en femtedel att de är upphandlande enheter inom båda sektorerna. Några av dessa bolag kommer i NOU:s fördjupade tillsyn att närmare få förklara varför de anser sig vara detta samt redovisa hur de tillämpar LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### ***Definition av begreppet upphandlande enhet inom den klassiska sektorn***

I 1 kap. 2, 5 och 6 §§ LOU definieras begreppet upphandlande enhet. Av 1 kap. 6 § LOU framgår:

"Termen "upphandlande enhet" 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

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet."

Vid upphandling inom den klassiska sektorn skall 1, 2, 3, 5 och 6 kap. LOU tillämpas.

Ett kommun- och landstingsägt bolag är att anse som upphandlande enhet inom den klassiska sektorn om det:

1. har inrättats för att täcka *behov i det allmännas intresse* där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
2. är en juridisk person, samt
3. uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

### ***Behov i det allmännas intresse***

Behov i det allmännas intresse är de behov som kommunen eller landstinget (staten i vid bemärkelse), av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själva tillgodose eller som de avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på. Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas. Kommuner och landsting får enligt 2 kap. 8 § kommunallagen:

"...driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget."

All verksamhet som kommuner och landsting bedriver i bolagsform tillgodoser därigenom ett behov i det allmännas intresse. Detta innebär att samtliga kommun- och landstingsägda bolag är upphandlande enheter om inte något undantag är tillämpligt, t.ex. vad beträffar elhandelsbolag. Såsom upphandlande enhet är bolaget ansvarigt för att det vid sina inköp följer LOU.

### ***Industriell eller kommersiell karaktär***

Det finns enligt EG-domstolen allmännyttiga behov av kommersiell karaktär och allmännyttiga behov av icke-kommersiell karaktär. Det torde inte spela någon roll i vilken form den upphandlande enheten bedriver sin verksamhet. Redan en liten andel allmännyttiga behov, som i sig inte är av kommersiell eller industriell karaktär, medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget, inklusive de

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt, underkastas regelverket.<sup>7</sup>

I regeringens skrivelse "1998 års redogörelse för företag med statligt ägande" (Skr. 1998/99:20) ges en definition av "kommersiella bolag". Tillämpningen av regeringens definition innebär att endast sådana bolag kan anses ha industriell och kommersiell karaktär som<sup>8</sup>:

- a) har vinstkrav,
- b) inte helt eller delvis omfattas av lagstadgat monopol eller ensamrätt,
- c) inte är anslagsfinansierade och
- d) inte har särskilda uppgifter.

NOU har ansett att denna definition också kan ingå som ett led i tolkningen av begreppet "industriell eller kommersiell karaktär" i 1 kap. 6 § LOU.

Eftersom kommuners och landstings näringsverksamhet inte får bedrivas i vinstsyfte (självkostnadsprincipen) kan deras bolag inte anses täcka ett behov av "kommersiell eller industriell karaktär". Detta torde gälla med undantag för de s.k. elhandelsbolagen. Genom ellagstiftningen undantas kommunala bolag som bedriver handel med el från självkostnads- och lokaliseringsprinciperna. Eftersom dessa bolag tillåts drivas med vinstsyfte och förmodligen även i övrigt uppfyller förutsättningarna ovan (b-d) kan de troligtvis definieras som kommersiella enligt LOU. Ett bolag som endast köper och säljer el och inte har egen produktion befinner sig heller inte inom försörjningssektorerna.

Övriga två villkor – juridisk person respektive kommuns/landstings inblandning (se punkt 2 och 3 i rutan på sid. 6) – preciserar ytterligare vad som menas med "organ som lyder under offentlig rätt" (eller upphandlande enhet). Begreppet staten skall enligt EG-domstolen tolkas i vid bemärkelse och i funktionella termer oberoende av lagstiftningen i det enskilda medlemslandet.

Det bör, enligt NOU:s tolkning av EG-domstolens dom i Beentjes-målet, rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av EG:s direktivregler för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att bevara den fria konkurrensen och åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster måste därvid tillmätas stor betydelse.<sup>9</sup>

### ***Definition av upphandlande enhet inom försörjningssektorerna***

Några av de bolag som ingår i NOU:s granskning omfattas av 4 kap. LOU. Dessa bolag tillhör försörjningssektorerna och skall tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,

<sup>7</sup> C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH, och C-360/96 Gemeinde Arnhem och Gemeinde Rheden mot BFI Holding BV.

<sup>8</sup> Därutöver kan vissa bolag som enligt denna definition betecknas som kommersiella ändå vara upphandlande enheter om de bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna.

<sup>9</sup> C- 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster. <sup>10</sup>

Vid upphandling *under* tröskelvärdena skall 6 kap. LOU tillämpas.

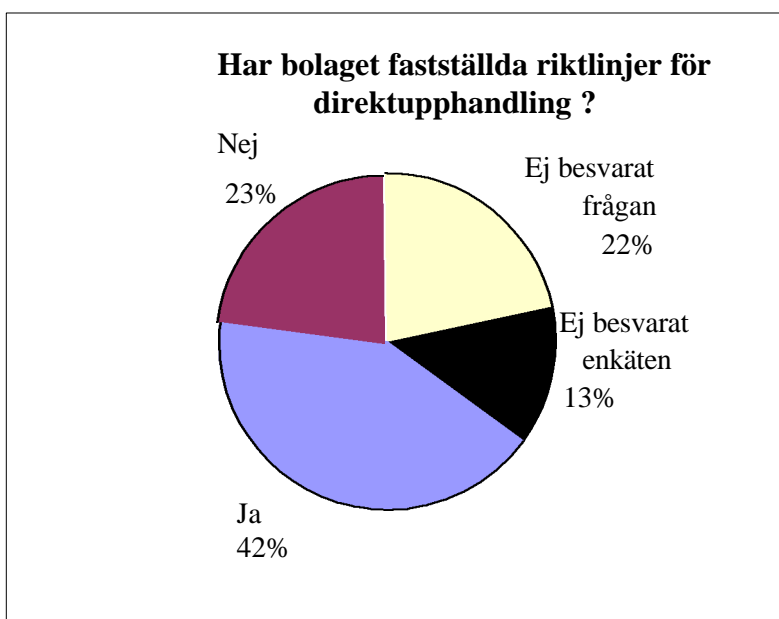
***Upphandlande enhet inom både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna***

Kommun- och landstingsägda bolag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna (4 kap. 1 § LOU) kan samtidigt bedriva annan verksamhet. I sådant fall skall upphandling ske i enlighet med något av 2, 3, 5 kap. LOU. Vid upphandling av B-tjänster och under tröskelvärdena tillämpas alltid 6 kap. LOU, oavsett vilken sektor bolaget tillhör.

---

<sup>10</sup> 4 kap. 1 § LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29



### NOU:s kommentar

Endast 42 % av de tillfrågade bolagen har svarat att de har fastställt riktlinjer för direktupphandling trots att i stort sett alla torde ha behov av sådana. Av dessa 42 % har övervägande delen (87 %) fastställda beloppsgränser. Beloppsgränserna för direktupphandling varierar kraftigt från 300 kr till 1 000 000 kr ! Det är helt oacceptabelt att generellt tillämpa så höga gränser som vissa bolag angivit. Måhända är dessa bolag inte medvetna om att även deras upphandling *under* tröskelvärdena styrs av LOU (6 kap.). Flertalet av de ca 470 bolag som har beloppsgränser för direktupphandling har dock antagit de värden NOU rekommenderar.

Så många som 22 % av bolagen, som besvarat enkäten, har inte besvarat frågan om riktlinjer. I stort sett alla dessa anser sig inte vara upphandlande enheter. Skulle så vara fallet omfattas de inte av uppgiftsskyldigheten i LOU. NOU har anledning att återkomma till dessa bolag i sin fortsatta tillsyn.

Enligt 6 kap. 2 § första stycket LOU får direktupphandling tillämpas endast om "upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl".

Direktupphandling är och har varit avsett för mindre upphandlingar "över disk", dvs. när ett normalt anbuds förfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek. Det bör samtidigt observeras att för små leverantörer är det av stor vikt att få konkurrera om leveranser som av den upphandlande enheten betraktas som små.

Den statliga utredning som för närvarande pågår har bl.a. att utreda behovet av att lagstifta om fasta beloppsgränser för direktupphandling.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### ***Upprepade direktupphandlingar av lågt värde***

Den regel som tillåter direktupphandling om upphandlingens värde är lågt avser endast enstaka upphandlingar under ett år. Om den upphandlande enheten vet att det kan bli upprepade direktupphandlingar bör enheten upphandla med anbudsförfarande i enlighet med LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper t.ex. en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör ramavtal tecknas.<sup>11</sup>

### ***Riktlinjer för direktupphandling***

I 6 kap. 2 § andra stycket LOU stadgas: "Den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling". För upphandlande enheter som aldrig eller mycket sällan genomför direktupphandling föreligger rimligen inget sådant behov. För bolag som däremot med jämna mellanrum företar direktupphandlingar föreligger ett behov av att fastställa riktlinjer.

### ***Beloppsgränser för direktupphandling***

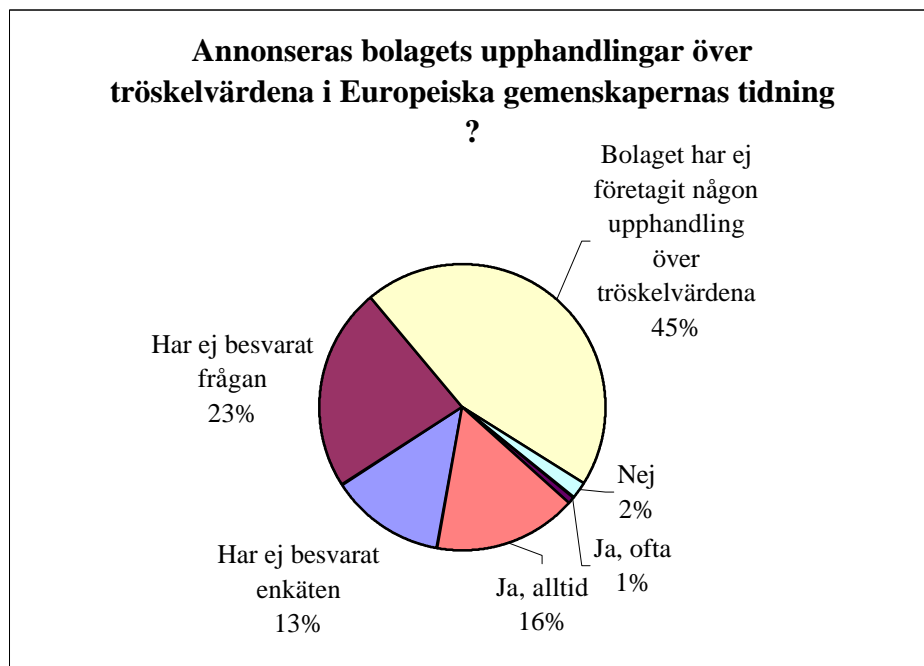
Det högsta belopp som den upphandlande enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras framförallt med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör. NOU har rekommenderat att de upphandlande enheterna fastställer beloppsgränserna till ett basbelopp för varor och enklare tjänster och två basbelopp för enstaka intellektuella konsulttjänster. Begreppet "intellektuella tjänster" får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

---

<sup>11</sup> Jämför också med reglerna om beräkningar av tröskelvärde i 2 kap. 3 § LOU.



1999-03-25  
Dnr 248/98-29



### NOU:s kommentar

Knappt 30 av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar bolagets upphandlingar över tröskelvärdena och ytterligare drygt tio bolag säger att de "ofta" annonserar. Detta kommer naturligtvis att föranleda ytterligare tillsyns- och informationsåtgärder från NOU:s sida. Annonseringsbestämmelserna är en av upphandlingsdirektivens och LOU:s viktigaste regler med anledning av den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om transparens/öppenhet som skall främja varor och tjänsters fria rörlighet. Vid upphandling över tröskelvärdena skall upphandlingen som regel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) så att intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden ges samma möjlighet att delta i anbudsförandet. Underlåter bolaget att utnyttja den konkurrens som den gemensamma marknaden erbjuder kan ofta följden bli dyrare inköp.

Att så många som 23 % av bolagen underlåtit att besvara frågan beror till största delen på att majoriteten av dessa inte anser sig vara upphandlande enheter. Detta redovisades ovan på sid. 5. De bolag som svarat att de är upphandlande enheter men inte besvarat denna fråga kommer NOU att ha anledning att återkomma till i sin fortsatta tillsyn.

Vidare kommer NOU att granska vissa bolag, såväl bland dem som svarat att de inte upphandlat över tröskelvärdena som bland dem som svarat att de följer annonseringsreglerna i LOU, för att kontrollera efterlevnaden.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### ***Annonseringsreglerna***

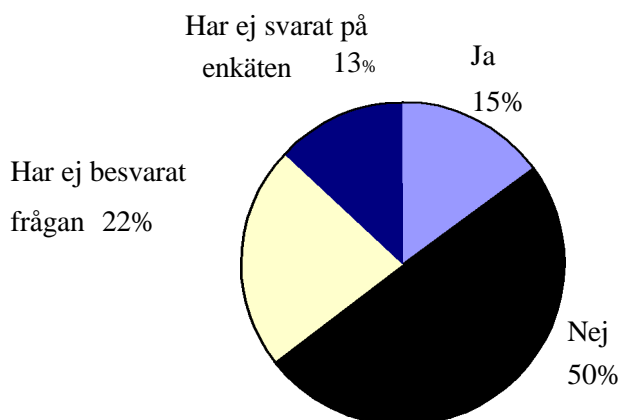
Upphandlingar av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena skall som huvudregel annonseras i Europeiska gemenskapernas tidning (EGT). Från huvudregeln finns vissa undantag som skall tillämpas restriktivt. Undantagen för den klassiska sektorn anges i LOU:s respektive kapitel för de olika typerna av upphandling.<sup>12</sup> Undantagen från annonsering i försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

---

<sup>12</sup>Undantag: för varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15,17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17,19 §§ LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### Har bolaget någon central inköpsfunktion ?



#### NOU:s kommentar

Endast 15 % av de tillfrågade bolagen har angivit att de har en central inköpsfunktion. Härvid bör dock noteras vissa naturliga förklaringar till det låga antalet, bl.a. saknar en knapp tredjedel av bolagen anställda. Därutöver avropade drygt 8 % av bolagen mer än hälften av sin inköpssumma under 1997 på annan upphandlande enhets ramavtal, vilket kan minska behovet av att uppmärksamma organisationsfrågan.

Av de bolag som inte svarat på frågan (22 %), anser de flesta att de inte är upphandlande enheter.

NOU har i sin utvärdering av LOU:s effekter (jan -98) kunnat konstatera att en centralt organiserad upphandling normalt medför effektivitetsfördelar och är en bättre garant för regelefterlevnad framför en mer decentraliserad upphandlingsverksamhet.

#### *Effektiv upphandlingsorganisation*

LOU ställer inga krav på hur upphandlande enheter skall organisera sin upphandlingsverksamhet. Däremot har NOU, som skall verka för en effektiv offentlig upphandling, synpunkter på detta. Ju mer omfattande, varierade och komplicerade upphandlingar en upphandlande enhet företar desto större krav ställs på kompetens, organisation, rutiner och informationssystem. Med anledning av detta och mot bakgrund av dagens mer komplicerade regelsystem kan det många gånger vara en fördel att samla specialkompetens och resurser centralt. Bolagen är den grupp som enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" hade den mest decentraliserade upphandlingen. Rapporten, som omfattar flertalet olika enhetstyper, dvs. inte bara kommun- och landstingsägda bolag, visar att de enheter som angivit att besparingar gjorts tack vare LOU har mer centraliserad upphandling och inarbetade upphandlingsrutiner än övriga. Djupintervjuer med två bolag, som hade likartad verksamhet men olika organisation, bekräftar detta.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

Det som hade en centralt organiserad upphandling genom en central inköpsfunktion visade tydliga positiva effekter och var mycket positivt till lagen. Tillkomsten av lagen innebar att upphandlingen stramades upp. Den centrala styrningen ökade och acceptansen i organisationen för det nya regelverket var hög. Den positiva synen på upphandlingsfrågorna och lagens möjligheter hade också underbyggts från ledningshåll.

Det som hade en decentraliserad upphandling hade inte uppnått några positiva effekter och var mer negativt till lagen. Attityden var snarare att LOU är ett byråkratiskt hinder. Ansvarsfördelningen var dessutom oklar och upphandlingsfrågorna hade uppenbarligen inte rönt samma intresse som i det andra bolaget.

Enligt en annan undersökning<sup>13</sup>, som handlade om tillämpningen av LOU i Göteborgsregionens kommuner, var det också av betydelse för LOU:s tillämpning hur en organisation klarar av att förmedla information i olika riktningar och vilka kunskaper de som skall tillämpa lagen har. Enligt denna undersökning förekom brister på dessa områden främst bland de kommuner som hade en decentraliserad inköpsorganisation.

---

<sup>13</sup> Anders Lindgren, Göteborgs universitet.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Om LOU

### Allmänt

Alla inköp/upphandlingar<sup>14</sup> som en upphandlande enhet företar omfattas av LOU och skall föregås av upphandling. Denna huvudregel gäller såvida undantag inte särskilt angivits i lagen. LOU är i vissa delar ett förhållandevis komplicerat regelverk som dels innehåller direktivstyrda regler, dels nationella – icke direktivstyrda – regler. Lagens första kapitel (1-6 §§) omfattar båda dessa regeltyper medan de övriga kapitlens tillämpning beror på vad som upphandlas och till vilket värde.

#### Tröskelvärden för kommun- och landstingsägda bolag

- Byggentreprenader  
43.214.000 kr
- Varor & tjänster inom  
klassiska sektorn 1.728.000 kr
- Varor och tjänster inom  
försörjningssektorerna exkl.  
telesektorn  
3.457.000 kr

### Upphandling över de s.k. tröskelvärdena

LOU:s kapitel två till fem reglerar enbart upphandling *över de s.k. tröskelvärdena*:

- Kap. 2 reglerar upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn
- Kap. 3 reglerar upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader inom den s.k. klassiska sektorn
- Kap. 4 reglerar upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna
- Kap. 5 reglerar upphandling av s.k. A-tjänster<sup>15</sup> inom den s.k. klassiska sektorn

Kapitlen införlivar de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna vilket medför att inte endast NOU utan även EG-kommissionen vakar över deras efterlevnad.

De bolag som skall upphandla inom den s.k. klassiska sektorn definieras närmare under avsnittet om upphandlande enheter på sid. 5. Bestämmelserna som definierar begreppet upphandlande enhet inom den klassiska sektorn har sedan LOU:s ikraftträdande genomgått betydelsefulla förtydliganden, senast genom SFS 1997:1068. Exempel på bolag inom den klassiska sektorn är allmännyttiga bostadsbolag.

Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna är t.ex. kommun- och landstingsägda bolag som bedriver *verksamhet* inom de områden som definieras i 4 kap. 1 § LOU. Som exempel kan nämnas bolag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten till fasta nät och bolag som tillhandahåller flygplatser, hamnanläggningar och som driver järnvägs-, buss- eller tunnelbanenät. Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna skall följa 4 kap. LOU vid sin upphandling.

### Grundläggande gemenskapsrättsliga principer

Grundläggande gemenskapsrättsliga principer som omfattar den offentliga upphandlingen – oavsett värde – är principerna om likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa principer kommer till uttryck genom olika regler i LOU.<sup>16</sup> Vid upphandling *över* tröskelvärdena skall t.ex. som regel upphandlingen annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning så att alla intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden ges samma möjlighet att delta i anbudsförfarandet.

<sup>14</sup> En beställning/avrop, som görs i enlighet med ett för den upphandlande enheten gällande ramavtal, anses inte som en upphandling förutsatt att ramavtalet har upphandlats i enlighet med LOU.

<sup>15</sup> Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena inom den klassiska sektorn skall de direktivstyrda reglerna i 5 kap. LOU tillämpas. Upphandling av B-tjänster sker, oavsett värde, enligt de nationella reglerna i 6 kap. LOU. Vilka tjänster som är A- respektive B-tjänster framgår av bilagor till LOU (se även bilaga 3 till denna rapport).

<sup>16</sup> Se även NOU:s broschyr "Kort om LOU och NOU" som finns på NOU:s hemsida.

#### Regler som skall tillämpas vid upphandling av tjänster

(OBS att hela eller delar av 1 kap. LOU tillämpas vid all upphandling)

	A-tjänster	B-tjänster
<b>Över tröskelvärdena</b>	5 kap. LOU skall tillämpas	6 kap. LOU skall tillämpas
<b>Under tröskelvärdena</b>	6 kap. LOU skall tillämpas	6 kap. LOU skall tillämpas

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

LOU innehåller också regler om hänvisning till existerande europeiska varu- och tjänstestandarder i förfrågningsunderlaget, som är det dokument som ligger till grund för upphandlingen. Vidare skall det i förfrågningsunderlaget anges hur lång tid leverantörerna får på sig att lämna anbud. Det finns också regler i LOU om hur upphandlingen skall dokumenteras, efterannonseras m.m.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns tre upphandlingsförfaranden; öppen, selektiv och förhandlad upphandling (den senare skall tillämpas restriktivt inom den klassiska sektorn).

### ***Upphandling enligt 6 kap. LOU***

Sjätte kapitlet i LOU reglerar i det närmaste all upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde samt vissa specialupphandlingar som definieras i 1 kap. 3 § LOU, *för samtliga upphandlande enheter*. Vid upphandling enligt 6 kap. LOU kan två upphandlingsförfaranden tillämpas. Som huvudregel tillämpas förenklad upphandling men vid låga värden eller om synnerliga skäl föreligger får direktupphandling tillämpas.

Eftersom LOU är en lag antagen av Sveriges riksdag finns inget utrymme för upphandlande enheter att göra avsteg från dess bestämmelser. Övervägande delen av LOU utgörs dessutom av Sveriges införlivning av EG:s upphandlings-direktiv. Avsteg från denna del utgör brott mot såväl den svenska lagen som gemenskapsrätten.

### **BILAGOR**

1. NOU:s enkät inklusive bilaga
2. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som inte svarat på NOU:s enkät (990224)
3. LOU:s bilaga över A- och B-tjänster
4. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter (990224)

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

**BILAGOR**

1. NOU:s enkät inklusive bilaga
2. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som inte svarat på NOU:s enkät (990224)
3. LOU:s bilaga över A- och B-tjänster
4. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter (990224)

1999-03-25

## Bilaga 1

### Frågeformulär

1. Är bolaget en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn?

- Ja  
 Nej

2. Är bolaget en upphandlande enhet inom försörjningssektorn?

- Ja  
 Nej

3. Om Ni svarat nej på fråga 1 och 2 ange då på vilken grund Ni anser bolaget inte vara en upphandlande enhet. Därefter behöver Ni inte besvara ytterligare frågor.

4. Har bolaget någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy?

- Ja  
 Nej

5. Har bolaget fastställda riktlinjer för direktupphandling ?  
(För information avseende fråga 5-7 se bilaga)

- Ja  
 Nej

6. Ingår i dessa riktlinjer beloppsgränser?

- Ja  
 Nej

7. Om Ni svarat ja på fråga 6, ange gränserna för:  
(För information se bilaga)

- varor och enkla tjänster (för information se bilaga) ..... kr

- kvalificerade konsulttjänster (för information se bilaga) ..... kr



1999-03-25

8. Ange bolagets totala inköpsbelopp under 1997:

totalt..... kr

om möjligt fördelat på:

varor och tjänster ..... kr

bygg och anläggningsentreprenader ..... kr

9. Uppskattningsvis hur mycket av det totala beloppet var avrop på annan juridisk persons ramavtal?

.....%

10. Hur många upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster, avslutades under 1997?

(För information se bilaga)

.....st.

11. Annonseras bolagets upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)?

(För information se bilaga)

Ja, alltid om undantag inte är tillämpligt.

Ja, ofta.

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena.

12. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster i EGT ?

(För information se bilaga)

Ja

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

13. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena i EGT? Frågan skall endast besvaras av bolag inom den klassiska sektorn. (För information se bilaga)

Ja

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

1999-03-25

14. Ungefär hur många förenklade upphandlingar företog bolaget under år 1997 (direktupphandlingar ska således inte inräknas)?  
(För information se bilaga)

..... st.

15. Har bolaget någon central inköpsfunktion ?

- Ja  
 Nej

16. Genomförs alla förenklade upphandlingar och alla upphandlingar över tröskelvärdena av personal med kunskaper om LOU?  
(För information se bilaga)

- Ja, alltid.  
 Ja, för det mesta.  
 Sällan.  
 Nej, aldrig.

17. Har all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, tillgång till NOU:s information?  
(För information se bilaga)

- Ja  
 Nej

18. Genomförs kontroller, utöver ordinarie revision, som säkerställer att bolagets upphandlingar sker affärsmässigt och i enlighet med gällande regler?  
(För information se bilaga)

- Ja  
 Nej

.....  
Ort och datum

.....  
Bolag

.....  
Titel

.....  
Underskrift

.....  
Namnförtydligande

.....  
Telefon

1999-03-25

## **BILAGA (till frågeformuläret)**

### **FRÅGA 1. Den klassiska sektorn definieras i 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).**

6§ Termen "upphandlande enhet" 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

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet.

### **FRÅGA 2. Försörjningssektorn definieras i 4 kap. 1 § LOU.**

1§ Bestämmelserna i detta kapitel 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,
4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "upphandlande enhet"

1. företag över vilka staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 3 kap. 8§ andra stycket, och
2. företag som bedriver verksamhet enligt första stycket med sådant särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "särskilt tillstånd" dels fall då ett företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning som avses i första stycket kan utnyttja rätt till expropriation eller användning av egendom eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, dels fall då ett företag bedriver verksamhet som avses i första stycket 1 och levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet.

1999-03-25

### FRÅGA 5-7. Direktupphandling

För definition av direktupphandling (6 kap. 2 § LOU) och Nämndens för offentlig upphandling (NOU:s) uppfattning om lämpliga gränser för direktupphandling bifogas ett utdrag ur Sammanställning NOU info 93-95, s. 57.

”Avsikten med direktupphandling var ursprungligen mindre upphandlingar ”över disk”, dvs. när ett normalt anbudsförfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek.

De högsta belopp som enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör.

För en normal enhet kan ett basbelopp för varor och tjänster vara ett lämpligt belopp och för enstaka intellektuella konsulttjänster två basbelopp. Begreppet ”intellektuella tjänster” får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

Observera att direktupphandling endast avser enstaka upphandlingar under ett år. Om enheten vet att det kan bli upprepade upphandlingar bör enheten upphandla enligt LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör man använda ramavtal.”

### FRÅGA 10. Tröskelvärden (exkl. mervärdesskatt)

		1997	1998	
	ecu	kr	kr	
Byggtreprenader		5.000.000	46.628.000	43.214.000
Varor och tjänster				
Försörjningssektorn		400.000	3.730.000	3.457.000
Övriga upphandlande enheter (exkl. statliga myndigheter)			200.000	1.865.000
				1.728.000

1999-03-25

### **FRÅGA 11. Annonsering**

Upphandlingar av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena (se fråga 10) skall som huvudregel annonseras.

Från huvudregeln finns vissa undantag. Dessa undantag för den klassiska sektorn anges i LOU:s respektive kapitel för de olika typerna av upphandling. För varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för , för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15,17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17,19 §§ LOU.

Undantagen från annonsering i försörjningssektorn återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

### **FRÅGA 12. Efterannonsering**

Annonsering av resultatet av en upphandling över tröskelvärdena är obligatorisk och skall göras så fort som möjligt. Efterannonsering inom den klassiska sektorn ska ske senast 48 dagar efter avslutad upphandling. Inom försörjningssektorerna är motsvarande tidsfrist 60 dagar. Observera att även avbrutna upphandlingar över tröskelvärdena samt upphandlingar över tröskelvärdena som p.g.a. något undantag i LOU inte tidigare annonserats, skall efterannonseras.

### **FRÅGA 13. Efterannonsering av B-tjänster**

I 6 kap. 16 § LOU stadgas att upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena (se Fråga 10) skall efterannonseras. Tidsfristen för ifrågavarande efterannonsering är senast 48 dagar efter avslutad upphandling.

### **FRÅGA 14. Förenklad upphandling**

Upphandlingar under tröskelvärdena samt alla B-tjänster, även över tröskelvärdena, skall normalt upphandlas som förenklade upphandlingar i enlighet med 6 kap. 2 § LOU. B-tjänster definieras i nedan bifogat utdrag ur bilagan till LOU.

#### **Avdelning B**

17 Hotell- och restaurangtjänster

18 Rälsbunden transport

19 Sjötransport och annan vattenburen transport

20 Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats, eller i hamnar

21 Juridiska tjänster\*\*\*

22 Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster

23 Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter

24 Utbildning, inkl. yrkesutbildning

25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst

26 Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet

27 Andra tjänster

\*\*\*utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

1999-03-25

### **FRÅGA 16. Upphandlingskompetens**

En förutsättning för att kunna genomföra upphandlingar är att bolaget har tillräcklig egen kompetens (teknisk, kommersiell och juridisk) eller vid behov anlitar kompetens som finns utanför bolaget. Kompetensen måste kontinuerligt utvecklas.

Inom upphandlingsområdet krävs normalt att följande kompetens (egen eller anlita) finns att tillgå:

Sakteknisk kompetens.

Här avses kunskap om produkter och tjänster som skall upphandlas, t.ex. säkerhetskrav och arbetsmiljökrav, kännedom om standarder samt förmåga att precisera rätt kravnivå, förmåga att beskriva krav på kvalitet, miljö och utförande, förmåga att bedöma leverantörer tekniskt och yrkesmässigt m.m.

Allmän kommersiell kompetens

Här avses marknadskännedom, förmåga att bedöma leverantörens finansiella och ekonomiska ställning och seriositet, förhandlingserfarenhet m.m.

Allmän inköpsjuridisk kompetens

Här avses kunskap om avtalslagen, köplagen, förvaltningslagen och regler om offentlighet och sekretess.

Upphandlingsteknisk kompetens

Här avses kunskap om LOU och upprättande av förfrågningsunderlag och investeringskalkyler.

Annan juridisk kompetens

Här avses kompetens för att klara utformning av lämpliga avtalsvillkor, kunskap om Medbestämmandelagen och Lag om anställningsskydd.

### **FRÅGA 17. Information från NOU**

NOU ger varje år ut fyra nyhetsbrev. Dessa kan hämtas hem från NOU:s hemsida ([www.nou](http://www.nou)). Det är också möjligt att prenumerera på nyhetsbrev genom Fritzes förlag,

telefon 08-690 90 90, telefax 08-20 50 21, till en kostnad av 238 kr (exkl. moms) per år. NOU ger även ut årsvisa sammanställningar av nyhetsbrev, även dessa kan beställas hos Fritzes. Vidare är NOU:s telefoninformation öppen varje vardag mellan 09.00 och 11.30, telefonnummer 08-454 44 40.

### **FRÅGA 18. Kontroller utöver ordinarie revision.**

Införandet av LOU innebär striktare regler för upphandling med bestämmelser som kan medföra att en inte avslutad upphandling måste göras om eller att en upphandlande enhet t.o.m. kan bli skyldig att betala skadestånd. Detta har inneburit nya och ökade krav på de befattningshavare som genomför upphandlingar.

Samtidigt har det på flera håll skett en kraftig decentralisering av upphandlingsverksamheten. För att minska risken för felaktigt utförda upphandlingar kan t.ex. stickprovsvisa kontroller utförda av bolaget eller utomstående konsulter.

**Bolag som per den 1 mars 1998 underlåtit att besvara  
NOU:s tillsynsenkät**

KALMAR LÄNS BESTÄLLNINGSCENTRAL AB	OSKARSHAMN
LÄNSHÄLSAN SKÅNE AB	MALMÖ
TRANSPORTSAMORDNING I T-LÄN AB	ÖREBRO
ÖREBRO LÄNS LANDSTINGS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	ÖREBRO
VÄSTMANLANDS LOKALTRAFIK AB	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET VÄSTERÅS LOKALTRAFIK	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET HUSSBORG I LJUNGAVERK	LJUNGAVERK
LÄNSHÄLSAN I VÄSTERBOTTEN AB	UMEÅ
FASTIGHETSBOLAGET MEDICINAREN AB	HUDDINGE
UTBILDNING-NÄRINGSLIV I BOTKYRKA AB	TUMBA
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET TYRESÖ CENTRUM	TYRESÖ
MÄSSFASTIGHETER I STOCKHOLM AB	ÄLVSJÖ
STOCKHOLMS STADS FÖRVALTNINGS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMSMÄSSAN AB	STOCKHOLM
SÖDERTÄLJE KABEL-TV AB	SÖDERTÄLJE
NORRTÄLJE ENERGI AB	NORRTÄLJE
AB NYNÄSHAMNSBOSTÄDER	NYNÄSHAMN
NYNÄSHAMNS EXPLOATERING AB	NYNÄSHAMN
ÄLVKARLEBY FJÄRRVÄRME AB	SKUTSKÅR
AKTIEBOLAGET TIERPSBYGGEN	TIERP
GRAFISKT UTBILDNINGSCENTER I UPPSALA (G.U.C.) AB	UPPSALA
HUMANITA UPPLAND AB	UPPSALA
UPPSALA PARKERINGSAKTIEBOLAG	UPPSALA
UPSALA STADSTEATERS PRODUKTION AB	UPPSALA
VISION ENKÖPING AB	ENKÖPING
RODEN ENERGI VÄRME AB	GIMO
ÖSTHAMMARS INDUSTRIFASTIGHETER AB	ÖSTHAMMAR
ÅKERS BERGSLAGS AB	STRÄNGNÄS
SKAVSTA FLYGPLATS AB	NYKÖPING
ESKILSTUNA ENERGI OCH MILJÖ AB	ESKILSTUNA
AKTIEBOLAGET ÅTVIDABERGS BRUKSHOTELL	ÅTVIDABERG
ÅTVIDABERGS KOMMUNALA BYGGNADSAKTIEBOLAG	ÅTVIDABERG
FINSPÅNGS IS OCH VÄRME AB	FINSPÅNG
VALLONBYGDEN AB	FINSPÅNG
VALDEMARSVIK ETABLERINGSAKTIEBOLAG V.E.T.A.B.	VALDEMARSVIK
LINKÖPING KONSERT & KONGRESS AB	LINKÖPING
UTVECKLINGSBOLAGET BIRGITTA I VADSTENA AB	VADSTENA
VADSTENA FASTIGHETSAKTIEBOLAG	VADSTENA
AKTIEBOLAGET GRÄNNAHUS	GRÄNNA
ELMIA AB	JÖNKÖPING
JÖNKÖPINGS KOMMUNS FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
NÄRINGSLIVETS HUS I JÖNKÖPING AB	JÖNKÖPING

990301

PROGRAMBOLAGET I JÖNKÖPING AB	JÖNKÖPING
EKSJÖBOSTÄDER AB	EKSJÖ
AKTIEBOLAGET TRANÅS INDUSTRIFASTIGHETER	TRANÅS
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET TRANÅS I TRANÅS	TRANÅS
EMFAB-EMMABODA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	EMMABODA
NYBRO ELNÄT AB	NYBRO
NYBRO ENERGI AB	NYBRO
VÄSTERVIKS BOSTADS AKTIEBOLAG	VÄSTERVIK
CENTRUMFASTIGHETER I OLOFSTRÖM AB	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS KABEL-TV AB	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMSHUS AB	OLOFSTRÖM
KAFRYS, KARLSKRONA FRYSHUSAKTIEBOLAG	KARLSKRONA
KARLSHAMNS ENERGIVERK AB	KARLSHAMN
VELLINGE EXPLOATERINGS AB	VELLINGE
AKTIEBOLAGET ÖRKELLJUNGABYGGEN	HELSINGBORG
AKTIEBOLAGET BJUVSBYGGEN	HELSINGBORG
LOMMA ENERGI AB	LOMMA
LOMMA ENERGI FÖRVALTNING AB	LOMMA
SKURUP ENERGI AB	SKURUP
SKURUP KABEL TV AB	SKURUP
HÖRBY KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HÖRBY
HÖÖRS KOMMUNS ELHANDEL AB	HÖÖR
OSBY ENERGI AB	OSBY
OSBY ENERGIHANDEL AB	OSBY
KREAB ENERGI AB	LJUNGBYHED
SMÅINDUSTRILOKALER I KLIPPAN AB	KLIPPAN
VÄRMEVERKET I KLIPPAN AB, VIKAB	LJUNGBYHED
LUNDS KOMMUNS PARKERINGS AKTIEBOLAG	LUND
AKTIEBOLAGET HÖGANÄSHEM	HÖGANÄS
ESLÖVS BOSTADS AB	ESLÖV
ESLÖVSBYGGENS MÅLERI- OCH BYGGSERVICE AB	ESLÖV
LOKAL-TV I KRISTIANSTAD AB	KRISTIANSTAD
SVENSK PLASTÅTERVINNING AB	KRISTIANSTAD
HJÄRNARPS INDUSTRIBYGGNADS AKTIEBOLAG	HJÄRNARP
ÄNGELHOLMS KABEL-TV AB	ÄNGELHOLM
ENERGIVERKEN I HALMSTAD AB	HALMSTAD
ENERGIVERKEN I HALMSTAD, ELNÄT AB	HALMSTAD
VARBERGS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	VARBERG
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET ST:A GERTRUD	KUNGSBACKA
PARTILLE ENERGI AB	GÖTEBORG
BJÖRKÖ BY BOSTÄDER AB	ÖCKERÖ
HÖNÖ-HEDENS BY AB	ÖCKERÖ
ÖCKERÖ BOSTADS AB	ÖCKERÖ
STENUNGSUNDSHEM AB	STENUNGSUND
MUNKEDALS BOSTÄDER AB MUNKBO	MUNKEDAL
GOTHENBURG MUNICIPAL SERVICES AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS KONSERT AB	GÖTEBORG
ALE FJÄRRVÄRME AB	NÖDINGE
ÄLVSBORGS LÄNS KOMMUNALA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	GÖTEBORG



990301

VATTENPALATSET VÄNERPARKEN AB	VÄNERSBORG
TROLLHÄTTAN ENERGI AB	TROLLHÄTTAN
AKTIEBOLAGET ALINGSÅSHEM	ALINGSÅS
AKTIEBOLAGET BORÅS PARKERINGSKONTROLL	BORÅS
AKTIEBOLAGET SANDHULTSBOSTÄDER	BORÅS
BORÅS KOMMUNS SOTNING AB	BORÅS
ULRICEHAMNS ENERGI AB	ULRICEHAMN
MULLSJÖ INDUSTRIFASTIGHETER AB	MULLSJÖ
KARLSBORGS FÄSTNING AB	KARLSBORG
VARA KOMMUNS NÄRINGSLIVS AB	VARA
TÖREBODABOSTÄDER AB	TÖREBODA
BRANTEBÄCKSGATANS FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
LIDKÖPING/HOVBY FLYGPLATS AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET HJO BOSTÄDER	HJO
HANTVERKSHUSET I KIL AB	KIL
KILS PELLETS AB	KARLSTAD
SUNNE ENERGI AKTIEBOLAG	SUNNE
TYSKÖN AB	KRISTINEHAMN
BERGSLAGSAKADEMIN AB	KOPPARBERG
INDUSTRIBYGGNADSBOLAGET ÖREBRO AB	ÖREBRO
KARLSKOGA MILJÖ AB	KARLSKOGA
INDUSTRILOKALER I LINDESBERG AB	LINDESBERG
KALMARSLUNDS FRILUFTSGÅRD AB	LINDESBERG
AKTIEBOLAGET NORBERGSHEM	NORBERG
NYA HOTEL EDISON AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS FLYGPLATS AB	VÄSTERÅS
KD-TEKNIK ( KOMMUNAL DATATEKNIK I KÖPING) AB	KÖPING
KÖPINGS BOSTADSAKTIEBOLAG	KÖPING
LEKSANDSBOSTÄDER AB	LEKSAND
DESTINATION ÄLVDALEN AB	ÄLVDALEN
AKTIEBOLAGET FALU ELVERK	FALUN
FALU ENERGI AB	FALUN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET HUSHAGEN	BORLÄNGE
SÄTERS KOMMUNS NÄRINGSLIV OCH FASTIGHETS AB	SÄTER
WIJ SÄTERI I OCKELBO AB	OCKELBO
DTU SERVICE AB	HOFORS
VOXNADALENS ID'CENTRUM AB	ALFTA
GESTRIKEKRAFT AB	GÄVLE
FORSSÅ GRUPPEN AB	HUDIKSVALL
HUDIKSVALLS NÄRINGSLIVS AB	HUDIKSVALL
ÅNGEFALLEN KRAFT AB	ARBRÅ
KOMMUNBRÄNSLE I ÅDALEN AB	HÄRNÖSAND
NIP-PORTEN AB	SOLLEFTEÅ
TJÄNSTECENTRUM I ÖRNSKÖLD SVIK AB	ÖRNSKÖLD SVIK
ÖRNSKÖLD SVIK BUSS AB	ÖRNSKÖLD SVIK
TURIST- OCH KONGRESSBYRÅN I ÖSTERSUND AB	ÖSTERSUND
ÖSTERSUNDS PARKERINGS AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
VINDELN UTVECKLING AB	VINDELN

990301

SKYTTEANSKA I NOR SJÖ AB	NORSJÖ
TÄRNAFJÄLLEN LIFT AB	TÄRNABY
VILHELMINA VÄRMEVERK AB	VILHELMINA
POLARBUSS TRAFIK AB	UMEÅ
UMEÅ ENERGI AB	UMEÅ
LYCKSELE ENERGI AB	LYCKSELE
JOKKMOKKS VÄRMEVERK AB	JOKKMOKK
GÄLLIVARE TORV AB	GÄLLIVARE
GÄLLIVARE VÄRMEVERK AB	GÄLLIVARE
TOP BOSTÄDER AB	MALMBERGET
PITEDALENS TRAFIK AB	ÄLSVBYN
LULEÅ PARKERINGSBUS AB	LULEÅ
AKTIEBOLAGET PITEBUS	PITEÅ
PITE TURISTFASTIGHETER AB	PITEÅ
PITEÅ NÄRINGSFASTIGHETER AB	PITEÅ

## Bilaga 3

### Bilaga ur lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Förteckning över A- och B-tjänster.

#### *Avdelning A*

1. Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning
2. Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran
3. Lufttransport, utom postbefordran
4. Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18
5. Telekommunikation\*
6. Finansiella tjänster
  - a Försäkringstjänster
  - b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar\*\*
7. Datatjänster och därmed anknutna tjänster
8. Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten
9. Redovisning, revision och bokföring
10. Marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar
11. Konsulttjänster för administration och organisation av företag
12. Arkitekttjänster  
Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys
13. Tjänster avseende annonsering (reklam)
14. Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll
15. Förlags- och tryckeritjänster, som utförs mot ersättning
16. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet

#### *Avdelning B*

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

\*utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster

\*\*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

\*\*\*utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

**Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte anser sig vara upphandlande enhet (exkl. de bolag som angivit att de är vilande eller endast bedriver elhandel)**

AB S:T ERIKSHÄLSAN	STOCKHOLM
GÖTEBORGS KOMMUNALA FÖRVALTNINGS AB	GÖTEBORG
AMBULANSSJUKVÅRDEN I STORSTOCKHOLM AB	JOHANNESHOV
INREGIA AB	STOCKHOLM
LOCUM DRIFT AB	STOCKHOLM
STOCKHOLM CARE AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS SJÖTRAFIK AB	STOCKHOLM
WAXHOLMS ÅNGFARTYGS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS TERMINAL AB	STOCKHOLM
RÄTTVIKS FOLKLORE FESTIVAL AB	RÄTTVIK
AB SÖRM-LEASING	NYKÖPING
LANDSTINGSTVÄTTEN I ESKILSTUNA AB	ESKILSTUNA
SVEALANDBANAN AB	ESKILSTUNA
TVNO TEXTILSERVICE AB	NORRKÖPING
LÄNSHÄLSAN I BLEKINGE LÄN AB	KARLSKRONA
GÖTEBORG-LANDVETTER FLYGPLATSFASTIGHETER AB	GÖTEBORG
LÄNIA AB	ÖREBRO
LÄNSGÅRDEN FASTIGHETER AB	ÖREBRO
BUSSGODS GÄVLEBORG AB	SÖDERHAMN
SAMTRANS, VÄSTERNORRLAND AB	HÄRNÖSAND
NORRBOTTENS TURISTRÅD AB	LULEÅ
ÖSTERÅKERSVATTEN AB	ÅKERSBERGA
KVARNHALLEN AB	JÄRFÄLLA
ABET HÅGELBYPARKEN	TUMBA
HANINGE MARKNADSFÖRINGS OCH LOKALISERINGSBOLAG AB	HANINGE
NÄSBY FASTIGHETSAKTIEBOLAG	TÄBY
DANDERYDSBOSTÄDER AB	DANDERYD
AKTIEBOLAGET SOLLENTUNAHEM	SOLLENTUNA
SOLLENTUNA FASTIGHETS AB	SOLLENTUNA
TUREBERGS BYGG OCH MÅLERI AB	SOLLENTUNA
STOCKHOLM 2004 AB	STOCKHOLM
BIRKA KRAFT AB	STOCKHOLM
HANTVERKS- OCH INDUSTRIHUS I GÖTEBORG AB (HIGAB)	GÖTEBORG
STOCKHOLMS STADSHUS AB	STOCKHOLM
VÄSTERTORP ENERGI AB	STOCKHOLM
WESTOCK BULK AB	STOCKHOLM
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET RÖRHÖNAN	SALTSJÖBADEN
LIDINGÖ ENERGI FÖRSÄLJNING AB	LIDINGÖ
FIBERCENTRUM I HALLSTAVIK AB	HALLSTAVIK
TURIST NYNÄS AB	NYNÄSHAMN
HÅBO FASTIGHETSAKTIEBOLAG	BÅLSTA
UPPSALA RÄDDNINGS- OCH SKYDDSCENTER AB	UPPSALA
AKTIEBOLAGET BJURSÅS KRAFT	FALUN
FYRSTAD KRAFT AB	UDDEVALLA
GAMLA UPPSALA BUSS AB	UPPSALA

1999-03-25

MELLANSVENSKA STÄDERS KRAFTAKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
HÄRJEDALENS MINERAL AB	SVEG
RODEN ENERGI MILJÖ AB	ÖSTHAMMAR
VINGÅKERS INDUSTRILOKALER AB	VINGÅKER
ÖSTERSJÖCENTRUM I NYKÖPING AB	NYKÖPING
OXELÖINVEST AB	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS HAMN AB	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS KOMMUNS FÖRVALTNINGS AB	OXELÖSUND
FLENS BOSTADSAKTIEBOLAG	FLEN
FLENS INDUSTRIHUS AB	FLEN
ESKILSTUNA ENERGI & MILJÖ FÖRSÄLJNING AB	ESKILSTUNA
TUNA KROSS AB	LINKÖPING
SEVAB STRÄNGNÄS ENERGI AB	STRÄNGNÄS
HÄSTHOLMENS HAMN- OCH MAGASINSAKTIEBOLAG	ÖDESHÖG
KINDA NÄRVÄRMEVERK AB	KISA
LINKÖPING-MJÖLBY KRAFTANSKAFFNINGS AB	LINKÖPING
Ö.F.ÖSTERSJÖFRAKT AB	NORRKÖPING
MOTALA SMÄINDUSTRIAKTIEBOLAG	MOTALA
A-RINGEN AB	GISLAVED
HUSKVARNAÄNS KRAFTAKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
JÖNKÖPING ENERGI AB	JÖNKÖPING
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET LINDEN I NÄSSJÖ	NÄSSJÖ
APLADALEN FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AB	VÄRNAMO
EKSJÖ 2 AB	EKSJÖ
TRANÅS ENERGI ELFÖRSÄLJNING AB	TRANÅS
LESSEBO ELFÖRSÄLJNING AB	MALMÖ
AB ÄLMHULTS KOMMUNALA INDUSTRIFA0765STIGHETER	ÄLMHULT
AKTIEBOLAGET LJUNGBY INDUSTRILOKALER	LJUNGBY
MÖRBYLÅNGA FASTIGHETS AB	MÖRBYLÅNGA
KALMAR STUFVERI AB	KALMAR
KALMARIT AB	KALMAR
KVASTASTADEN AB	KALMAR
AFFÄRSVERKEN ENERGI I KARLSKRONA AB	KARLSKRONA
STADSVAPNET I KARLSHAMN AB	KARLSHAMN
VELLINGE SERVICE & KONSULT AB	VELLINGE
VELLINGEBOSTÄDER AB	VELLINGE
ÖSTRA GÖINGE KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETSAKTIEBOLA	BROBY
STURUPSAXELNS EXPLOATERINGS AB	SVEDALA
BRÖSARPS KOMMUNALA BOSTADSAKTIEBOLAG	BRÖSARP
PERSTORPS SMÄINDUSTRIFASTIGHETER AB	PERSTORP
PERSTORPSMODELLEN AB	PERSTORP
AKTIEBOLAGET SYDÄTERVINNING	MALMÖ
MALMATOR AB	MALMÖ
MARKN R AB	LANDSKRONA
HELSINGBORGS BOGSER AB	HELSINGBORG
HÄLSINGBORGSHEMS FASTIGHETSSERVICE AB	HELSINGBORG
NSR ÅTERVINNING AB	HELSINGBORG
ESLÖVS INDUSTRIFASTIGHETER AB	ESLÖV
YSTADS STUVERIAKTIEBOLAG	YSTAD

1999-03-25

TRINOVA AB	TRELLEBORG
HÄSSLEHOLMS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	HÄSSLEHOLM
LAHOLMS NÄRINGSBLIVS AB	LAHOLM
VARBERG ENERGIMARKNAD AB	VARBERG
VARBERG KABEL AB	VARBERG
KUNGSBACKA ENERGILEVERANSER AB	KUNGSBACKA
FLYGPLATSFASTIGHETER I LANDVETTER AB	GÖTEBORG
WALLHAMN FASTIGHETS AB	VALLHAMN
WALLHAMN PDI AB	VALLHAMN
WALLHAMN TERMINAL AB	VALLHAMN
SOTENÄSBOSTÄDER AB	KUNGSHAMN
AKTIEBOLAGET FÖR PANTBELÄNING I GÖTEBORG	GÖTEBORG
AKTIEBOLAGET KÄRRA CENTRUM	GÖTEBORG
AKTIEBOLAGET LÅNGEDRAG	GÖTEBORG
BOPLATS GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
ERIKSBERGS FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
FAMILJEBOSTÄDER I GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
FJÄRRVÄRME I FRÖLUNDA AB	V FRÖLUNDA
FÖRVALTNINGS AB GÖTEBORGSLOKALER	GÖTEBORG
FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG BÄLTESPÄNNAREN	GÖTEBORG
FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAGET FRAMTIDEN	GÖTEBORG
GÖTEBORG ENERGI INTERNATIONAL AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS AUKTIONSVERK AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS EGNAHEMS AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS HAMN AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS SALUHALLSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS TRAFIK AB	GÖTEBORG
HOTELL LISEBERG HEDEN AB	GÖTEBORG
KOMMUNLEASING I GÖTEBORG AB (KLAB)	GÖTEBORG
KULTURFASTIGHETER I GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
LISEBERG AB	GÖTEBORG
LISEBERGS GÅST AB	GÖTEBORG
LISEBERGS RESTAURANTAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
NORD EVENT AB	GÖTEBORG
SCANDINAVIAN DISTRIPOINT AB	GÖTEBORG
SWEDEHEALTH GOTHENBURG CARE AB	GÖTEBORG
MÖLNDALSHÄLSAN AB	MÖLNDAL
UDDEVALLA HAMNTERMINAL AB	UDDEVALLA
ÄNGHAGSGATAN FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET ALEBYGGEN	NÖDINGE
ALE EXPLOATERING AB	NÖDINGE
DALSLAND CENTER AB	MELLERUD
LILLA EDETS FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AB	LILLA EDET
MARKS BOSTADSAKTIEBOLAG	KINNA
AVFALLSAKTIEBOLAGET SJÖBO, SKURUP OCH YSTAD(ASSY	YSTAD
HERRLJUNGA HOTELLFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HERRLJUNGA
BORÅS LOKALTRAFIK BL TEKNIK AB	BORÅS
BYGGHYTTAN I KARLSBORG AB	KARLSBORG
TÖREBODA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	TÖREBODA
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET FJÄLLET	MARIESTAD

1999-03-25

LIDKÖPINGS NÄRINGS- LIVSFASTIGHETER	LIDKÖPING
FÖRETAGSUTVECKLING I GÖTENE- LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET SKARA INDUSTRIBYGGEN	SKARA
SKARABORGS ENERGI- OCH MILJÖ AB	SKARA
BILLINGE ENERGI AB	SKÖVDE
VALFJÄLLET SKICENTER AB	ÅMOTFORS
FRITID I NORDVÄRMLAND AB	SYSSLEBÄCK
AKTIEBOLAGET ETABLERINGSREGION KARLSTAD	KARLSTAD
KARLSTADS TEATERAKTIEBOLAG	KARLSTAD
ARVIKA LOKAL OCH MARK AB	ARVIKA
ARVIKA STADSHUS AB	ARVIKA
ALL'PRODUKTION AB	HALLSBERG
BOOFORSEN FASTIGHETS-AKTIEBOLAG	KARLSKOGA
MASUGNEN UTVECKLING AB	LINDESBERG
VARGKÄLLAN AB	LINDESBERG
SURAHAMMARS ENERGI-VERK AB	SURAHAMMAR
KUNGSÖRS GRUSAKTIEBOLAG	KUNGSÖR
ETABLERING VÄSTERÅS AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS ENERGI & VATTEN AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS FLYGFÄSTIGHETER AB	VÄSTERÅS
SALA ECO CENTER AB	SALA
SALA INDUSTRIFASTIGHETER AB	SALA
GUSTOLS AB	MALUNG
MALUNG-SÅLEN TURISM AB	MALUNG
ORSA CAMPING AB	ORSA
ORSA GRÖNKLITT AB	ORSA
FALU ORGANISATION AB	FALUN
INDUSTRIHUSET LÖNNFALLET AB	LUDVIKA
LUDVIKA UTVECKLINGS AB	LUDVIKA
UTVECKLINGS AKTIEBOLAGET LAVEN	GRÄNGESBERG
FÖRETAGSHÅLSOVÅRDEN I HOFORS AB	HOFORS
WOODEX UTVECKLING AB	EDSBYEN
GÄVLE-SANDVIKENS FLYGFÄLT AB	VALBO
SANDVIKENS FASTIGHETER AB	SANDVIKEN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET GLYSIS	HUDIKSVALL
GLYSISVALLEN AB	HUDIKSVALL
AKTIEBOLAGET TIMRÅBO	TIMRÅ
AB INDALSLIDENS TURISTANLÄGGNINGAR VETTEN	LIDEN
SUNDSVALLS KOMMUNS NÄRINGS- LIVSUTVECKLING AB	SUNDSVALL
SUNDSVALLSMÄSSAN AB	SUNDSVALL
BOHMANS BUSSTRAFIK AB	SUNDSVALL
SOLLEFTEÅFORSENS AB	SUNDSVALL
STRÖMSUNDS UTVECKLINGSBOLAG AB	STRÖMSUND
KALLGÅRDEN HOTELL OCH RESTAURANG AB	JÄRPEN
UTBILDNINGSCENTRUM I GILLHOV AB	SVENSTAVIK
FÖRETAGSHÅLSAN I HÄRJEDALEN AB	SVEG

1999-03-25

AKTIEBOLAGET HOV-JAMTLI	ÖSTERSUND
VINDELN BOSTÄDER AB	VINDELN
NORSJÖ NÄRINGSLIV AB	NORSJÖ
AKTIEBOLAGET DOROTEA SOCKENS INDUSTRIBYGGNADER	DOROTEA
BORGAFJÄLLENS TURIST AB	DOROTEA
NÄRINGSLIVSSERVICE I VÄNNÄS AB	VÄNNÄS
UMEÅ KOMMUNFÖRETAG AB	HÖRNEFORS
AKTIEBOLAGET LYCKSELE INDUSTRIHUS	LYCKSELE
AKTIEBOLAGET SKYTTEANSKA I LYCKSELE	LYCKSELE
SKYTTEANSKA I DOROTEA AB	DOROTEA
HEDENSBYNS TERMINAL AB	SKELLEFTEÅ
JOKKMOKKS NÄRINGSLIVSUTVECKLING AB	JOKKMOKK
JOKKMOKKS TURISTCENTER AB	JOKKMOKK
JOKKMOKKS TURISTSERVICE AB	JOKKMOKK
TURISM I JOKKMOKK AB	JOKKMOKK
ÄLSVBYNS HOTELL AB	ÄLSVBYN
BIOENERGI I LULEÅ AB	LULEÅ
GAMMELSTADS OMNIBUSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEKRAFT AB	LULEÅ
LULEÅ BOGSERBÅTSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ MÄSS- OCH KONGRESS AB	LULEÅ
LILLPITE KVARN AB	PITEÅ
RENHÅLLNINGEN PITEÅ AB	ÖJEBYN



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

Datum	Vår beteckning
2000-02-03	1999/0234-28
Ert datum	Er beteckning
1999-10-14	Fi98/3243

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Uppdrag från regeringen att utreda om vissa statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) fick den 17 juni 1998 i uppdrag från regeringen att utreda i vilken utsträckning företag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter enligt LOU. NOU redovisade uppdraget i en rapport den 30 november 1998 (NOU:s dnr 1998/0172-21, då betecknat som 172/98-21). I bilaga C till rapporten redovisades de statliga företag vars bedömning att de inte var upphandlande enheter inte kunde godtas. NOU anförde att dessa bolag borde beredas möjlighet att bemöta NOU:s ställningstagande.<sup>1</sup>

NOU fick den 4 november 1999 i uppdrag av regeringen att göra en ny bedömning av de i rapportens bilaga C uppräknade bolagen efter det att bolagen getts möjlighet att yttra sig. NOU skulle också översiktligt kartlägga om statliga bolag anses vara upphandlande enheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen. En sammanfattande redovisning av uppdraget skall lämnas till regeringen senast den 1 februari 2000.<sup>2</sup>

### Sammanfattande redovisning av uppdraget

NOU har tillskrivit de bolag vars bedömning att de inte var upphandlande enheter kunde ifrågasättas. Denna redovisning av uppdraget innehåller endast de i bilaga C till rapporten 1998 uppräknade bolagen.

NOU har i en allmän motivering kommenterat bolagens invändningar och gjort några klarlägganden av sina uttalanden i rapporten 1998/0172-28, se bilaga A.

Utöver de bolag som redan under utredningen året 1998 ansett sig vara upphandlande enheter (bilaga B) har även Apoteket AB, AB Svenska Miljöstyrningsrådet och Institute for Research and Holding AB (IRECO) nu angivit att bolagen följer LOU. Vidare har ett dotterbolag till AB Svenska Spel, Casino Cosmopol AB (tidigare Bellman Casino AB) angivit att bolaget har

<sup>1</sup> Den av regeringen medgivna tiden medgav inte ytterligare en kommuniceringsomgång.

<sup>2</sup> Regeringsbeslut Fi98/3243 (delvis).

genomfört en förenklad upphandling enligt LOU och avser att även fortsättningsvis fullgöra sina upphandlingar enligt reglerna i LOU.

ALMI Företagspartner AB med regionala dotterbolag gör inga invändningar mot NOU:s uppfattning att bolagen är upphandlande enheter. ALMI anför dock att LOU p.g.a. olika orsaker "inte tillämpas fullt ut i alla bolag" samt att en fullständig tillämpning av LOU ses som olämplig.

Beträffande AB Bostadsgaranti, AB Svensk Exportkredit AB och VPC anser NOU att bolagen inte har sådan ägarstruktur, styrelserepresentation eller står under sådan tillsyn att förutsättningarna i 1 kap. 6 § LOU är uppfyllda. Ytterligare utredning angående AmuGruppen AB visar att det ursprungliga syftet har övergivits och inte längre fullföljs av bolagsgruppen. Bolagen är därför enligt NOU:s mening inte upphandlande enheter.

Frånsett beträffande några dotterbolag vidhåller NOU sin tidigare bedömning angående övriga i bilaga C uppräknade bolag, vilka inte anser sig vara upphandlande enheter men enligt NOU:s förnyade bedömning uppfyller LOU:s krav för att vara upphandlande enheter. Dessa bolag bryter därför enligt NOU:s bedömning mot svensk lag och vid upphandlingar över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv. Bolagen bör därför snarast börja upphandla i enlighet med LOU. Om något bolag eller dess huvudman inte bedömer det som lämpligt att bolagets alla anskaffningar skall underkastas LOU:s reglering, bör bolagen hos sina huvudmän snarast begära att det olagliga förhållandet undanröjs genom att huvudmännen ändrar eller renodlar bolagets uppgifter, alternativt i behövlig grad minskar det statliga inflytandet över bolaget i form av ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

NOU har samtidigt fattat beslut angående bedömningen av vart och ett av dessa bolag. Beslut med särskild motivering översänds inom kort till berörda bolag och ansvariga huvudmän/departement.

NOU har endast gjort en översiktlig granskning av motsvarande bolag i andra medlemsstater inom EU. Såvitt NOU och de svenska, här granskade bolagen, känner till finns det i andra medlemsstater endast några enstaka exempel på företag med statligt ägande vilka är jämförbara med de aktuella svenska företagen eller deras verksamhet. De andra medlemsstaterna synes i huvudsak ha behållit merparten av ifrågavarande allmännyttig verksamhet utan kommersiell karaktär i förvaltningsform eller privatiserat den. En utförligare redogörelse finns i bilaga A.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 26 januari 2000, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och juristen Eva Sveman.

Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

#### NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

**Bilagor:**

Bilaga A - Allmän motivering och jämförbara bolag i andra medlemsstater

Bilaga B - Bolag som anser sig vara upphandlande enheter enligt LOU

Bilaga C - Bolag som enligt NOU är upphandlande enheter

**För kännedom:**

I rapporten behandlade bolag

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

Datum	Vår beteckning
2000-02-03	1999/0234-28
Ert datum	Er beteckning
1999-10-14	Fi98/3243 (delvis)

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Bilaga A till uppdrag från regeringen att utreda om vissa företag med statligt ägande tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)- Allmän motivering

<b>Genomförande .....</b>	<b>3</b>
<b>Innebörden av NOU:s beslut .....</b>	<b>4</b>
<b>Företagens huvudsakliga invändningar.....</b>	<b>5</b>
Utredningens begränsade omfattning .....	6
Rättspraxis .....	6
Behov i det allmännas intresse.....	7
Behovens kommersiella eller industriella karaktär .....	10
Bolaget och dess ägare.....	12
Konkurrensutsättning, risktagande och vinstkrav.....	13
Tidsaspekten och förändringar.....	15
Bestämmande inflytande .....	17
Dotterbolag .....	18
Bolagsform.....	20
Upphandling omöjlig eller olämplig .....	21
<b>NOU vidhåller sin bedömning att nedanstående bolag är upphandlande enheter .....</b>	<b>21</b>
AB GÖTA KANALBOLAG.....	22
AB SVENSKA SPEL .....	22
AB TUMBA BRUK.....	24
NORRLAND CENTER AB.....	24
POSTBOLAGEN AB .....	25
SAMHALL AB.....	27
SOS ALARM SVERIGE AB.....	28
SP - SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNINGSINSTITUT AB .....	29
STATLIGA AKADEMISKA HUS AB .....	31
SVENSKA LAGERHUS AB.....	33
SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD AB .....	34
TERACOM AB.....	35
<b>NOU anser att följande företag inte är upphandlande enheter .....</b>	<b>36</b>
AB BOSTADSGARANTI .....	36
AMUGRUPPEN AB.....	37
AB SVENSK EXPORTKREDIT .....	39
VÄRDEPAPPERSCENTRALEN VPC AB .....	39

<b>Bolag som anger att de helt eller delvis tillämpar LOU .....</b>	<b>39</b>
ALMI FÖRETAGSPARTNER AB .....	39
APOTEKET AB .....	41
CASINO COSMOPOL AB.....	41
AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET.....	41
INSTITUTE FOR RESEARCH AND COMPETANCE HOLDING AB (IRECO) .....	41
 <b>Bolag med motsvarande verksamhet i andra medlemsstater i EU .....</b>	<b>42</b>
 <b>Rättsfall och litteratur .....</b>	<b>43</b>

## Genomförande

NOU fick den 17 juni 1998 i uppdrag av regeringen att utreda i vilken utsträckning företag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter enligt LOU. NOU redovisade uppdraget i rapport den 30 november 1998. I en bilaga till rapporten redovisades de statliga företag vars bedömning att de inte var upphandlande enheter inte kunde godtas. NOU fick den 4 november 1999 i uppdrag att göra en ny bedömning av de sistnämnda bolagen efter det att bolagen först getts möjlighet att yttra sig. NOU skulle också översiktligt kartlägga om statliga bolag anses vara upphandlande enheter i andra medlemsländer i Europeiska unionen. En sammanfattande redovisning av uppdraget skall lämnas till regeringen senast den 1 februari 2000.<sup>1</sup>

NOU har med anledning av uppdraget inhämtat yttrande från de bolag vars bedömning inte kunde godtas i rapporten 1998. NOU ställde i huvudsak<sup>2</sup> tre frågor till bolagen.

1. Om och i vilken utsträckning bolaget (koncernen) tillämpar LOU samt eventuella motiv till att LOU inte tillämpas.
2. Har det under innevarande år inträffat några ändringar i lag eller i bolagets organisation, som kan påverka frågans bedömning?
3. Har bolaget kännedom om motsvarande bolag i andra medlemsländer i EU anses vara upphandlande enheter?

Den fortsatta redovisningen innehåller enligt NOU:s beslut<sup>3</sup> endast bedömningar angående de i bilaga C till rapporten 1998 uppräknade bolag. Övriga bolag, vars bedömning kan ifrågasättas, kan bli föremål för NOU:s granskning vid ett senare tillfälle.

Den av regeringen angivna tidsramen<sup>4</sup> har endast medgivit en sammanställning av bolagens svar med beaktande av övriga nu eller tidigare ingivna handlingar, åberopade förarbeten, övriga offentliga handlingar, information på bolagens hemsidor, samtal med representanter för bolag och övriga uppgifter, som varit tidsmässigt möjliga för NOU att infordra. NOU har mot denna bakgrund gjort en sammantagen bedömning av bolagens invändningar samt en omprövning av varje

<sup>1</sup> Regeringsbeslut Fi98/3243 (delvis).

<sup>2</sup> NOU har ställt dessa frågor till alla företag. Skrivelserna var dock inte utformade på samma sätt. Varje skrivelse innehöll NOU:s bedömning från rapporten 1998 och i några fall innehöll även andra frågor, vilka NOU önskade få särskilt belysta.

<sup>3</sup> Vid nämndsammanträdet den 26 januari 2000 beslöts att denna rapport skall redovisa bedömningen av endast de bolag vilka varit föremål för bedömning i bilaga C till rapporten 1998 och således inte de i slutet av den bilagan uppräknade bolagen Systembolaget, Venantius, Zenit Shipping, SKD företagen, SGAB, Gränges Gruvor och Svenska Specialfastigheter. Inte heller Sveriges Television AB, vissa dotterbolag till SJ och bolag inom Telia-koncernen, vilka berörts i rapporten 1998 omfattas av denna granskning. Det enda undantaget utgörs av IRECO Holding AB, som angavs sig vara upphandlande enhet.

<sup>4</sup> Begärt uppskov har inte beviljats, se nedan. Representant för finansdepartementet meddelade dock den 26 januari att NOU kan avlämna rapporten "några dagar senare".

bolag/bolagsgrupp var för sig. Rapporten har kompletterats med en översiktlig kartläggning av huruvida statliga bolag anses vara upphandlande enheter i andra medlemsländer i Europeiska unionen.

## Innebörden av NOU:s beslut

Sveriges internationella åtaganden och statens krav på laglydnad, tillsyn och god hushållning förutsätter att de upphandlande enheterna kan identifieras.<sup>5</sup>

Internationella åtaganden. Sverige, som medlemsstat i EU, har skyldighet att känna till vilka företag med statligt ägande som skall följa reglerna om offentlig upphandling.<sup>6</sup> Sverige skall vidare "vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt".<sup>7</sup> 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".<sup>8</sup> Att i förväg kunna bestämma vilka företag som omfattas av regleringen gagnar en skyndsamt handläggning av upphandlingsärenden.

NOU, som enligt lag utövar tillsyn över LOU:s tillämpning måste därför i förväg kunna identifiera de upphandlande enheter som omfattas av lagen. NOU saknar dock lagliga befogenheter att fastställa vilka organisationer som är upphandlande enheter.<sup>9</sup> Slutsatserna i denna rapport utgör således endast en bedömning av en expertmyndighet. Bedömningen görs mot bakgrund av den tillgängliga informationen och utgör en rekommendation om vilka företag med statligt ägande som bör följa bestämmelserna i LOU.

Laglydnad. Det är givetvis viktigt att en lag följs av alla som omfattas av dess tillämpningsområde. Därtill kommer även statens ansvar för att föregå med gott exempel. Flera företrädare för de granskade bolagen med statligt ägande samt i andra sammanhang<sup>10</sup> även vissa kommunala bolag har efterfrågat varför "deras"

<sup>5</sup> NOU:s skrivelse till regeringen den 10 september 1999, dnr 1999/0187-29.

<sup>6</sup> I direktiv 93/37/EEG art 1 b) andra st. anges att medlemsstaterna skall hålla förteckningar över upphandlande enheter. Dessa skall vara så fullständiga som möjligt och medlemsstaterna skall regelbundet informera kommissionen om varje ändring i sina förteckningar. Direktiv 93/36/EEG art 1, fjärde st. hänvisar till samma bestämmelse. Motsvarande bestämmelse finns även i direktiv 92/50/EEG art. 1 e). För fullständigare information se NOU:s rapport 1998 sid. 9 f.

<sup>7</sup> Rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG, art. 1. Denna bestämmelse återoppar i inledningen av bl.a. EG-domstolens dom i Mannesmann-målet.

<sup>8</sup> Samma som ovan.

<sup>9</sup> Jfr. t.ex. den norska Lov om offentlige anskaffelser, 1 kap. 1 § i vilken det anges att Nærings- og energidepartementet i omtvistade fall avgör om ett organ skall anses vara en upphandlande enhet i enlighet med lagens bestämmelser.

<sup>10</sup> Spörsmålet om något bolag med statligt ägande är en upphandlande enhet förekommer ganska ofta bland NOU:s telefonfrågor och i flera klagomålsärenden. Upphandlingskommittén anger i SOU 1999:139, sid. 153 följande. "Kommittén har vid hearingar och sammanträden erfart att såväl leverantörer som företrädare för upphandlande enheter anser att det är stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd. Andra upphandlande enheter som anstränger sig att följa bestämmelserna kan instämmas till domstol för en i sammanhanget mindre förseelse och riskerar att upphandlingen får göras om."

bolag granskas när andra bolag som "så uppenbarligen bryter mot lagen" inte utsätts för samma granskning.<sup>11</sup>

Kraven på god hushållning med resurser ligger utanför ramarna för denna rapport men NOU önskar ändå erinra om den offentliga upphandlingens besparingspotential.<sup>12</sup>

## Företagens huvudsakliga invändningar

NOU har i rapporten den 30 november 1998<sup>13</sup> angivit vilka organisationer som enligt NOU:s bedömning får anses utgöra upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.<sup>14</sup> I bilaga E till rapporten görs en tolkning av begreppet upphandlande enhet. Flera av NOU:s skrivningar och slutsatser har kritiserats av de nu granskade bolagen. Framför allt orden "inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär" har föranlett flera intressanta kommentarer från bolagens sida. NOU kompletterar därför sina tidigare bedömningar med följande tillägg och klargöranden.

Av lagtexten, rättspraxis och doktrin kan man sluta sig till att 1 kap. 6 § skall avse organisationer som tillgodoser allmänna intressen och vars verksamhet helt eller delvis undgår marknadens normala regler.<sup>15</sup> Vilka behov som exakt avses är emellertid en svår uppgift att avgöra och exakt förklara i allmänna ordalag. NOU hänvisar till stöd för detta till vad generaladvokaterna uttalat i sina förslag till avgöranden i Mannesmann- och Arnhem-målen,<sup>16</sup> nämligen att uttrycket är "svårbegripligt"<sup>17</sup> och att det "inte lämpar sig för en allmän och abstrakt tolkning".<sup>18</sup> NOU avstår därför i denna rapport från att göra några nya definitioner.

Flera aspekter är dock värda att diskutera. NOU kommenterar därför nedan bolagens olika invändningar samt tolkningar av begrepp och övriga

<sup>11</sup> Framför allt Systembolaget har nämnts. NOU har dock i annat sammanhang granskat frågan huruvida Systembolaget AB omfattas av LOU.

<sup>12</sup> Effekter av LOU, rapport från NOU, januari 1998 och SOU 1999:139. Statens besparingar till följd av väl genomförda upphandlingar och sund konkurrens på marknaden i statsfinansiellt hänseende kan uppgå till betydande belopp. Efter fyra års tillämpning av LOU har den årliga netto besparingen till följd av lagens tillämpning bland upphandlande enheter uppskattats till 3,3 miljarder kronor.

<sup>13</sup> NOU:s beslut vid nämndsammanträde den 24 november 1998 i ärende dnr 1998/0172-29 (172/98-29 enligt äldre beteckning).

<sup>14</sup> Bilaga D till rapporten.

<sup>15</sup> Generaladvokaten Légers förslag i Mannesmann-målet, p. 69. Liknande tankar finns även i prop. 1992/93:88, sid. 40.

<sup>16</sup> Generaladvokaterna Léger och La Pergola anger detta i sina yttranden. Se C-44/96 Mannesmann, REG 1998 I-73 punkt 64 och C-360/96, Arnhem, REG 1998 sid I-6821 p. 44. La Pergola anger att uppgiften att definiera "de behov som är relevanta enligt upphandlingsdirektivet är en svår, för att inte säga omöjlig uppgift".

<sup>17</sup> Generaladvokaten Légers förslag till avgörande i Mannesmann-målet, p. 64.

<sup>18</sup> Generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande i Arnhem-målet, p. 42. "Det är här fråga om en bestämmelse som inte lämpar sig för en allmän och abstrakt tolkning, just eftersom gemenskapslagstiftaren har velat ge bestämmelsen den ovannämnda rent funktionella karaktären."



omständigheter som kan inverka på bedömningen, såsom graden av beroende av staten, bolagens risktagande, vinstkravet och konkurrensutsättning på marknaden.

### Utredningens begränsade omfattning

Flera bolag invänder mot att NOU i rapporten 1998 inte närmare undersökt de faktiska förhållandena och påpekar att rätt bedömning skulle kräva en mera ingående analys av de olika bolagens syfte, arbetssätt och villkor på marknaden än den formella granskning som NOU har utfört. Motsvarande invändning görs även angående bristande analys av dotterbolagens verksamhet.

Det nu genomförda remissförfarandet av den tidigare rapporten har dock syftat till att råda bot på eventuella missuppfattningar och låta bolagen bemöta NOU:s bedömning. Bolagen har getts möjlighet att klargöra på vilket sätt NOU:s granskning var missvisande.<sup>19</sup>

Vad beträffar bolagens invändningar vill NOU även hänvisa till att arbetet under hösten 1998, i likhet med det nu slutförda arbetet, bedrivits inom snäva tids- och kostnadsramar.<sup>20</sup> Rapporten skulle inte heller bli för omfattande, vilket klargörs i båda uppdragen genom kravet på en "sammanfattande redovisning". Även om NOU under året 1999 förväntade sig ett längre och mera omfattande utredningsuppdrag,<sup>21</sup> framgår det av regeringens formulering att ett sådant bedömts obehövt<sup>22</sup> och att det nuvarande uppdraget inte avser någon fördjupning eller utökning av utredningen utan endast att göra en ny bedömning efter det att "bolagen getts möjlighet att yttra sig". NOU har trots detta eftersträvat att inom de givna ramarna göra en så fullständig och objektiv utredning som möjligt.

### Rättspraxis

Några bolag har påstått att NOU inte tillräckligt belagt sina slutsatser med rättsfall som stödjer eller motsäger desamma.

<sup>19</sup> Förhoppningen om att NOU får fördjupa sin utredning framförs även i NOU:s rapport 1998, sid. 6. Samtidigt är det kännetecknande att bland de bolag som anger att NOU enligt bolaget uppfattning inte gjort en tillräcklig djup granskning, återfinns de som på NOU:s förfrågningar åren 1998 och 1999 lämnat de mest knapphändiga uppgifterna om bolagens syfte och verksamhet.

<sup>20</sup> NOU har både före och efter uppdragets mottagande begärt att tidpunkten för avrapportering till regeringen senareläggs men inte fått gehör för sina synpunkter om skälighetsutredningstid. NOU har därför vid nämndsammanträdet den 15 december 1999 gjort följande protokollsanteckning: "NOU:s hemställan om en och en halv månads anstånd med redovisningen av regeringsuppdraget avseende statliga bolags tillämpning av LOU har avslagits av regeringen. Kvaliteten på utredningen kommer därmed att sjunka. Den ansvariga handläggaren får nämligen arbeta under mycket stor tidspress, bl.a. eftersom nästan samtliga aktuella bolag meddelat att de har en annan uppfattning än NOU."

<sup>21</sup> Som framgår av NOU-info okt. -99, sid. 4, förväntade sig NOU fram till oktober 1999 ett nytt mera omfattande uppdrag från regeringen, d.v.s. "att fortsätta dialogen med de bolag, vars bedömning att de inte behöver följa LOU kan ifrågasättas".

<sup>22</sup> Regeringen delade t.ex. inte NOU:s uppfattning att "bedömningar som bygger på färdigkommunicerat material" och "behovet av att kunna föra en dialog med de enskilda bolagen, vilken normalt förutsätter skriftväxling i flera omgångar" fordrade anstånd med avrapporteringen av regeringens uppdrag.

Regeringsuppdraget medgav, såvitt NOU kunde förstå, inte en slutsats att rättsläget ännu inte var klarlagt i sådan utsträckning att NOU inte skulle kunna ta ställning i frågan. NOU anser att alla relevanta domar har beaktats. Vid tiden för utarbetandet av NOU:s föregående rapport fanns i stort sett endast två domar från EG-domstolen, vilka behandlade begreppet upphandlande enhet inom de klassiska sektorerna; Beentjes och Mannesmann. I slutskedet av arbetet tillkom även Arnheim-domen, vars skrivningar snabbt applicerades på det redan skrivna.<sup>23</sup> Sedan dess har det tillkommit ytterligare två domar som i någon utsträckning berör begreppet upphandlande enhet, Connemara och Unitron.<sup>24</sup> Arnheim och Connemara behandlar begreppet upphandlande enhet, medan Mannesmann även drar gränsen mellan en upphandlande enhet och dess dotterbolag. Unitron behandlar upphandling av varor (öronmärken till svin) genomförd av en annan organisation än en upphandlande enhet.

Den enda dom, vilken direkt behandlar tolkningen av begreppet upphandlande enhet i svensk rättspraxis, avser laglighetsprövning enligt kommunallagen.<sup>25</sup> Rättens slutsats vad gäller tolkning av detta begrepp kan på goda grunder anses tveksam och numera överspelad till följd av lagändring fr.o.m. januari 1998.<sup>26</sup>

NOU kan således inte se att några relevanta domar inte har beaktats eller att några nytillkomna domar ändrar NOU:s tidigare tolkningar.

### Behov i det allmännas intresse

Flera bolag har gjort egna tolkningar och kritiserat NOU:s tolkning av begreppet allmänt intresse.

"Särskilt" inrättats eller "särskilt intresse"? I 1 kap. 6 § LOU talas om att det är det behov som organisationen inrättats för, som är det relevanta för bedömningen av om organisationen täcker behov i det allmännas intresse. I några av de bakomliggande EU-direktiven anges att behovet skall vara "särskilt", eventuellt att enheten "särskilt inrättats för" att tillgodose ett allmänt intresse.<sup>27</sup> NOU utgår dock

<sup>23</sup> Förutom egna slutsatser stödjer sig NOU även på vid tillfället känd doktrin och utredningar från flera oberoende advokatbyråer. Dessa hade dock inte hunnit ta del av Arnheim-domen, innan de i enlighet med avtal med NOU varit tvungna att avge sina rapporter.

<sup>24</sup> Målnummer och fullständigt namn på åberopade EG-domstolens domar finns i slutet av denna bilaga. Det är viktigt att observera att flera av bedömningarna i domarna görs mot bakgrund av EG-fördraget, men i vissa fall berör tolkningen av tidigare versioner av upphandlingsdirektiven.

<sup>25</sup> Kammarrättens dom i mål nr 8109-1995, ej prövningstillstånd i Regeringsrätten.

<sup>26</sup> Domarna redovisas i NOU:s rapport 1998 och kommenteras i NOU:s nyhetsbrev NOU-info.

<sup>27</sup> NOU konstaterar här att de olika språkversionerna av direktiven inte är enhetliga och att det i EG-domstolens domar talas både om att enheten "särskilt inrättats" och om att den "inrättats för att tillgodose ett särskilt intresse". Oliheterna kan bero på generaladvokaternas modersmål och översättningarna från domstolsspråket. I den svenska översättningen av direktiven anges i varu- och byggdirektivet "särskilt syfte", medan ordet "särskilt" saknas i tjänstedirektivet och inte heller återfinns i LOU. I de engelska och tyska versionerna av alla tre klassiska direktiv används uttrycken "established for the specific purpose", resp. "die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde", vilka tyder på "särskilt syfte". De franska och spanska uttrycken "créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général" och "creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil" tyder snarare på "särskilt inrättats". I de danska versionerna återges det motsvarande rekvisitet som "hvis oppgave

ifrån att staten - när den beslutar sig för att själv eller genom någon organisation den har ett avgörande inflytande över, tillgodose ett behov - alltid har ett "särskilt syfte" med skapandet av den organisation som skall tillgodose behovet. Då den relativa graden av tillgodoseende av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär inom det berörda bolagets verksamhet saknar betydelse,<sup>28</sup> är det inte meningsfullt att utreda om enheten "särskilt inrättats för" visst syfte eller om den inrättats för att tillgodose "ett särskilt syfte". Avsaknaden av ordet "särskilt" i 1 kap. 6 § LOU anses därför inte ha någon betydelsebärande funktion. De behoven företaget inrättats för kan alla anses vara särskilda.

NOU kan emellertid tänka sig att det finns även sådana intressen som regeringen och riksdagen vill få tillgodosedda inom ramen för statlig företagsverksamhet men endast vid sidan om ordinarie verksamheten, t.ex. jämställdhet, miljöanpassning av ett företags produktion<sup>29</sup> eller etnisk mångfald.<sup>30</sup> En skillnad kan på så sätt göras mellan t.ex. ett uttalat "särskilt" behov såsom "att bereda arbetshandikappade meningsfullt arbete"<sup>31</sup> och ett allmänt syfte att genom företagets lokalisering skapa bättre sysselsättningsmöjligheter utanför storstadsregionerna.

Statens eller allmänhetens intresse? Några bolag anger att det "allmännas intresse" omfattar endast "statens" intresse, men inte "allmänhetens intresse" eller "politiska intresse". NOU vill inte acceptera sådana distinktioner och vidhåller vad som härom sagts i tidigare utredning. NOU vill vidare hänvisa till den tolkning av uttrycket "allmänt intresse" som EG-domstolen gör i Connemara-målet<sup>32</sup> och till vad generaladvokaten Léger anför om "verksamhet som är till direkt nytta för allmänheten" i motsats till individuella intressen eller gruppintressen.<sup>33</sup> NOU anser därmed att det t.ex. är ett allmänt intresse att den sammantagna svenska industrin är framgångsrik eller att alla delar av landet får nyetableringar. Även om ett företags insatser riktar sig till enbart en viss del av riket (t.o.m. enbart en del av Norrland), betyder detta inte att företaget inte skulle fullgöra ett allmänt intresse.<sup>34</sup>

---

det er at imødekomme almenhetens behov, dog ikke på det erhvers- eller forretningsmaessige område" I varudirektivet anges däremot "der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhetens behov, dog ikke behov av industriel eller kommersiel karakter". I EES-landet Norge anges att "offentligrettslig organ er ethvert organ: - som er oprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmenhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter" etc.

<sup>28</sup> Se domssammanfattningen i Arnhem- domen, p. 3.

<sup>29</sup> I flera ägardirektiv finns formuleringar som t.ex. "Jämställdhet skall ingå som en naturlig del i personalarbetet" och "Bolaget skall i sin affärsverksamhet värna om och utveckla miljömedvetenhet".

<sup>30</sup> Skr. 1999/2000:20, sid.4.

<sup>31</sup> Samhall AB.

<sup>32</sup> Connemara- domen, p. 32, i vilken EG-domstolen anser att ett bolag som värnar om de nationella skogsområdena och skogsindustri och tillhandahåller olika anläggningar i det allmännas intresse (samt uppfyller krav på kontroll av bolagets ekonomiska verksamhet) är en upphandlande enhet enligt en äldre lydelse av varudirektivet.

<sup>33</sup> Förslag i Arnhem- målet, p. 65.

<sup>34</sup> Argumentet har framförts av Norrland Center AB, som anger att bolagets verksamhet riktar sig främst till 10 - 15 kommuner i Norrlands inland med ca 1,5 % av Sveriges befolkning.

Nationella förhållanden. Ett mindre antal bolag har pekat på att NOU:s slutsats att de svenska förhållandena skall tillmätas betydelse inte har täckning i EG-rätten och att alla bolag inom EU skall bedömas lika.

NOU vidhåller dock sin ståndpunkt och anser att det är givet att begreppet upphandlande enhet måste tolkas mot bakgrund av de syften som den nationella staten haft med att inrätta företaget. I denna bedömning ingår den sociala och förvaltningsrättsliga tradition som finns i Sverige. Samma tankar ligger sannolikt bakom EG-domstolens upprepade uttalanden att begreppet upphandlande enhet måste tolkas i funktionella termer.<sup>35</sup> Generaladvokaten La Pergola anger att kategorin "allmännyttigt karaktär" skiljer sig avsevärt från en medlemsstat till en annan och alltefter den historiska tidpunkten i fråga.<sup>36</sup> Generaladvokaten Léger hänvisar för sin del till att tolkningen av begreppet skall göras av de nationella domstolarna,<sup>37</sup> vilket borde innebära att även den nationella rätts- och samhällsordningen skall beaktas.<sup>38</sup>

NOU delar därför inte heller uppfattningen att det endast är EG-domstolen<sup>39</sup> som kan fastställa vilka organ som omfattas av upphandlingsreglerna. NOU anser att det av olika uttalanden klart framgår att detta främst ankommer på den nationella förvaltningen eller nationella domstolar.<sup>40</sup> NOU har också till regeringen, som förslag till ändring i LOU, framfört att "NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. För närvarande saknar NOU befogenhet att vidta åtgärder för att fastställa eller genom annan få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter."<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Arnheim-domen, p. 62 och Connemara-domen, p. 31.

<sup>36</sup> Generaladvokatens förslag i Arnheim-målet, p. 43. Han anser vidare att det inte är "avsikten att direktivet skall hänvisa till kategorier som är enhetliga för hela gemenskapen. Det är härvidlag tillräckligt att tänka på att direktivet enbart samordnar - och inte harmoniserar - de olika bestämmelserna som gäller på nationell nivå på området för upphandling." Vidare anser han "inte att direktivet genom definitionen ifråga i praktiken har tillskapat en gemenskapskategori. I direktivet hänvisas helt enkelt till vad som i det avseendet föreskrivs i medlemsstaternas lagstiftningar."

<sup>37</sup> Förslag till avgörande i Mannesmann-målet, p. 97 och 98.

<sup>38</sup> I EG-domstolens domar angående begränsning av de fria rörligheterna beaktas medlemsstaternas rätt att göra sådana begränsningar som erfordras med hänsyn till staternas "sociala och kulturella särdrag". Se t.ex. Läära-domen, p. 12 och 13 angående spelautomater eller C-67/98 Questore di Verona mot Diego Zenatti angående vadhållningsverksamhet.

<sup>39</sup> Något företag har också uttryckt åsikten att detta kan ske enbart på talan av Europeiska kommissionen.

<sup>40</sup> Jfr. EG-domstolens domar som riktar sig till de nationella domstolarna och "tillsynsmyndigheter", såsom danska Klagenævnet. Det ankommer också på dessa att kontrollera de faktiska omständigheterna (se t.ex. Mannesmann-domen, p. 45).

<sup>41</sup> NOU:s nämndbeslut dnr. 1999/0187-29. Regeringen har vid regeringssammanträde den 14 oktober 1999 beslutat att överlämnat skrivelsen till Upphandlingskommittén. Kommittén anger i SOU 1999:139, sid. 156 att det "finns behov av åtgärder för att underlätta tillsynsmyndighetens arbete med att skapa ökad efterlevnad". På sid. 155. återger Upphandlingskommittén NOU:s bedömning att en anledning till att så få upphandlingar överprövas kan vara att relativt få leverantörer känner till vilka organisationer - utöver kommun, stat eller landsting - som är upphandlande enheter. En ytterligare anledning kan vara att en leverantör sällan i tid uppmärksammar en pågående anskaffning och hinner gå till länsrätt och påtala att organisationen

### Behovens kommersiella eller industriella karaktär

Det är numera ostridigt att det är arten av behoven och inte sättet på vilket bolaget arbetar som skall bedömas. Detta framgår av både EG-kommissionens skrivningar,<sup>42</sup> EG-domstolens formuleringar i Arnhem-domen och de svenska förarbeten.<sup>43</sup>

Kommersiellt bolag. NOU har i en bilaga<sup>44</sup> till rapporten 1998 angivit att NOU anser att en av regeringen i redogörelsen för bolag med statligt ägande återgiven definition av "kommersiellt bolag" väl kan godtas även avseende vad som rimligen kan anses med begreppet industriell eller kommersiell karaktär i 1 kap. 6 § LOU.<sup>45</sup> Vissa bolag har argumenterat utifrån denna definition och flera andra bolag har kommit med invändningar mot att definitionen av NOU använts för att bestämma bolagens kommersiella eller industriella karaktär.

NOU vill betona att definitionen använts endast som kontroll av NOU:s slutsatser.<sup>46</sup> Som det påpekas på flera andra ställen i rapporten<sup>47</sup> har målsättningen

---

torde vara en upphandlande enhet som borde följa LOU. I sin bedömning anger Upphandlingskommittén att den "anser att svårigheterna med att fastställa om en organisation är en upphandlande enhet innebär problem för leverantörer och tillsynsmyndigheten. I dagsläget kan endast frågan avgöras av en domstol i samband med en överprövning eller mål om skadestånd. Organisationer som enligt lag är upphandlande enheter men som inte följer lagen gör i princip alltid otillåtna direktupphandlingar."

<sup>42</sup> Kommissionens vägledning, tjänster, sid. 11.

<sup>43</sup> I prop. 1996/97:153, sid. 56 anges: "I denna paragraf har betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären förtydligats till att avse de behov i det allmännas intresse, för vilka enheten inrättats. Bestämmelsen i dess tidigare lydelse tillmätte felaktigt karaktären hos den upphandlande enheten denna betydelse."

<sup>44</sup> Bilaga E, sid 10 - 11.

<sup>45</sup> I skr 1998/99:20 på sid. 14 återgiven definition av Riksdagen Revisorer 1997/98:2 sid. 81f. NOU anger på sidan 11 i bilaga E till rapporten 1998 att tillämpningen av definitionen innebär att endast sådana *bolag* kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär som

- 1) har *vinstkrav*,
- 2) inte helt eller delvis omfattas av lagstadgat *monopol eller ensamrätt*,
- 3) inte är *anslagsfinansierade* och
- 4) inte har några *särskilda uppgifter*.

Denna definition har lagts till grund för NOU:s första urval av bolag vilka inte ansåg sig vara upphandlande enheter men där avsaknaden av industriell eller kommersiell karaktär kunde misstänkas. NOU:s genomgång har också visat att denna preliminära urvalsmetod stämde väl och att de flesta bolag som då ansågs tillgodose ett allmänt intresse och inte uppfyllde något av de ovanstående fyra kraven fortfarande bedöms utgöra upphandlande enheter.

Regeringen anger även i skr. 1999/2000:20, sid. 8 "Som kommersiella företag räknas de företag som har vinstkrav, ej omfattas av lagstadgat monopol, inte är anslagsfinansierade och saknar särskilda uppgifter. I vissa fall finns dock gränsdragningsproblem. Det är regeringens mål att ytterligare söka bidra till att renodla varje företags syfte och mål för att kunna utveckla och tydliggöra de ingående värdena i portföljen."

<sup>46</sup> En jämförelse mellan listan på de bolag som enligt regeringens bedömning inte är kommersiella och NOU:s lista på bolag som är eller borde vara upphandlande enheter överensstämmer i allt väsentligt. Avvikelser i denna rapport utgörs av AmuGruppen, vilken anges vara ett icke-kommersiellt företag, men inte anses vara upphandlande enhet. Angående Svenska Lagerhus AB är förhållandena de omvända. Det är emellertid värt att notera att Svenska Lagerhus AB i Skr. 1998/1999, sid. 13 och 15 uppgavs vara ett icke-kommersiellt fastighetsbolag. Avvikelser

varit att så objektivt och fullständigt som möjligt bedöma arten av det *behov* som bolaget inrättats för att täcka och inte *arbetsättet* hos bolaget.

NOU har också i ett senare yttrande uttalat att ett statligt bolag kan vara ett "statligt monopol av kommersiell karaktär" genom att dess verksamhet bedrivs på detta sätt samtidigt som det intresse bolaget skapats för att täcka kan anses sakna industriell eller kommersiell karaktär.<sup>48</sup>

NOU är medveten om att t.ex. tolkningen av begreppet "särskilda och exklusiva rättigheter" inte är särskilt ägnat för tolkningen av 1 kap. 6 § LOU.<sup>49</sup> Den omständigheten att staten för verksamhet som riktar sig till allmänheten väljer att reglera verksamheten eller att utrusta ett företag med tillståndspliktig exklusiv rätt (monopol) eller speciell rätt kan inte fränkännas betydelse vid bedömningen.<sup>50</sup> Statens handlingssätt anger vilken vikt som tillmäts graden av kontroll som staten kan utöva över hur behovet tillgodoses.<sup>51</sup>

Enbart bolagens egen bedömning kan inte godtas vad avser de klassiska sektorerna.<sup>52</sup>

Industrins behov. Ett företag gör en tolkning av begreppet industriell eller kommersiell karaktär som industrins och näringslivets behov.<sup>53</sup>

NOU kan inte godta denna tolkning då nämnden anser att ett allmännyttigt icke kommersiellt eller industriellt behov kan vara att främja, stödja och öka konkurrenskraften hos den inhemska industrin som helhet.

---

beträffande övriga icke-kommersiella bolag, motiveras av bristande statligt inflytande i form av tillskjutet kapital, tillsyn eller styrelserepresentation.

<sup>47</sup> Bilaga F till rapporten 1998, t.ex. sid. 2 och 6.

<sup>48</sup> Beslut vid nämndsammanträde angående yttrande i ärendet dnr 1999/0070-26.

<sup>49</sup> Generaladvokaten Légers förslag till avgörande i Mannesmann-målet, p. 56 - 58. Uttrycket "särskilt tillstånd" förekommer dock i 4 kap. 1 § LOU. Det kan ifrågasättas om uttrycket inte borde vara "särskilda och exklusiva rättigheter". Jfr. Hentze och Sylvén, sid. 280.

<sup>50</sup> Även om t.ex. detaljhandel med alkoholhaltiga drycker eller spelverksamhet typiskt sett är verksamheter som ger goda inkomster åt staten, kan - såvitt NOU förstår - en ensamrätt på marknaden inte försvaras enbart genom hänvisning till statens intresse att få högsta möjliga inkomster (Franzén-målet eller Schneider- och Läära-domarna).

<sup>51</sup> Jfr. Mannesmann-domen p. 22 - 24. Domstolen utgår där i sin tolkning från den lagstiftning som var tillämplig på enheten. Enhets monopolställning tillmättes betydelse vid bedömningen av om det har tillkommit för att tillgodose intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Jfr. även Hentze och Sylvén, sid. 132.

<sup>52</sup> Jfr. vad generaladvokaten anger i sitt förslag till avgörande i Mannesmann-målet, p. 73: "Den nationella domstolen kan inte godkänna att det angivna syftet om att tillgodose industriella eller kommersiella behov skulle dölja en verksamhet av allmänt intresse i syfte att undgå lagens tvingande regler"

<sup>53</sup> T.ex. SP, som särskilt hänvisar till att bolaget och dess dotterbolag skall tillgodose industrins/små och medelstora företags behov.

## **Bolaget och dess ägare**

Ett företag har anfört att det inte avser att tillämpa LOU fram till dess att regeringen meddelar annat. Flera andra företag har hänvisat till sina huvudmäns bedömningar.

Bolagets eget beslut. Det bör påpekas att varje organisation är ansvarig för sitt beslut huruvida organisationen omfattas av LOU eller inte. Ansökan om överprövning eller skadeståndskrav med anledning av överträdelse av upphandlingsreglerna kan riktas endast mot den organisation som utfört upphandlingen.<sup>54</sup> Ett företag med statligt ägande kan därför inte frånhända sig ansvaret för sin laglydnad till ägaren. Staten kan inte formellt fatta beslut åt ett av staten ägt företag. Den kan påverka de beslut som fattas av bolaget endast genom sin representation i styrelse, tillsyn eller genom ägardirektiv som antas på bolagsstämman.

Huvudmännens bedömning. NOU anser att statens övriga intressen kan påverka en objektiv bedömning av denna fråga. De statliga företagen är "betydelsefulla i Sverige, både som arbetsgivare, leverantörer och kunder men mindre i ett globalt perspektiv."<sup>55</sup> Det kan därför inte uteslutas att staten använder sitt inflytande över företagen till att gynna inhemska leverantörer på bekostnad av leverantörer från andra medlemsstater,<sup>56</sup> eller att företaget själv försöker tillgodose detta statens verkliga eller inbillade behov.<sup>57</sup> Motsvarande kan förväntas gälla även andra medlemsstater. Själva grundsyftet men reglerna för offentlig upphandling är att öppna den nationella upphandlingsmarknaden och förhindra att medlemsstater, i form av myndigheter eller statliga företag under statligt beslutande inflytande, gynnar de inhemska producenterna eller på annat sätt motverkar de fria rörligheterna<sup>58</sup> av varor, tjänster, kapital och personer eller snedvrider den fria konkurrensen på den inre marknaden.<sup>59</sup> Statsmaktens åsikt kan därför beaktas men får inte tillmätas någon avgörande betydelse i detta avseende.

<sup>54</sup> 7 kap. 1, 2 och 6 §§ LOU.

<sup>55</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 9.

<sup>56</sup> Generaladvokaten i Mannesmann-målet, anger i p. 46 att offentliga myndigheter har "en naturlig tendens att gynna nationella företag för att bevara arbetsplatser och för att främja det egna landets ekonomiska utveckling; detta är inte förenligt med målsättningen att genomföra den inre marknaden".

<sup>57</sup> Mannesman- domen, p. 43 f.

<sup>58</sup> I det första varudirektivet (77/62/EEG) hänvisas redan i inledningen till förbudet i art. 30 EG-fördraget mot kvantitativa importrestriktioner. I det första byggdirektivet hänvisas till direktivets syfte, särskilt den fria etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. Se även EG-domstolens domar i mål C-21 Du Pont de Nemours Italiana SpA. Mot Unitá sanitaria locale No 2 di Carrara REG. 1990 I - 889 och C-199/85 Kommissionen mot Italien REG 1987 1039. Domstolen påtalar direktivets syfte att underlätta ett effektivt uppnående inom gemenskapen av fri etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>59</sup> Sue Arrowsmith skriver i The Law of Public and Utilities Procurement, sid. 110 följande: "However, the fact that an entity sells to the market clearly does not immunise it from pressure: nationalised industries have been some of the worst perpetrators of discriminatory practices."

## **Konkurrensutsättning, risktagande och vinstkrav**

Flera argumenteringar i företagens skrivelser men även i rättsfallen och doktrinen<sup>60</sup> kretsar kring företagets agerande på marknaden och den eventuella förekomsten av konkurrens.

Konkurrensutsättning. Flertalet granskade bolag anger att de är konkurrensutsatta.<sup>61</sup> EG-domstolen anger att frånvaron av konkurrens inte är ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt (upphandlande enhet). Däremot kan "den omständighet att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden, (kan nämligen) vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär"<sup>62</sup>.

Enligt NOU:s tolkning, som strider mot vad som anges i de första förarbetena till LOU, kan från LOU:s tillämpning inte regelmässigt undantas alla sådana företag som tillhandahåller varor och/eller tjänster som normalt tillgodoses genom marknaden om det statsägda företaget utsätts för normal konkurrens. NOU anser att uttalanden i förarbetena sannolikt hade fått en annan utformning om dessa skrivits efter Mannesmann och Arnhem-domarna.<sup>63</sup>

Risktagande. I förarbetena till LOU anges att direktivens tillämpning förutsätter att den offentliga verksamheten "är utrustad med en offentligt skyddsnät som tillåter att den inte bedrivs på ett affärsmässigt sätt." Ett sådant skyddsnät existerar inte om företaget kan upphöra, läggas ned eller på annat sätt upphöra om det uppvisar dåligt resultat.

Även generaladvokaten La Pergola anger i sitt förslag till avgörande i Arnhem-målet som en viktig komponent i bedömningen bolagets ekonomiska beroende av staten och graden av den risk som kännetecknar förvaltningen av bolaget i fråga.<sup>64</sup> Han anger: "Enligt min mening omfattar således begreppet organ som lyder under offentlig rätt, i den mening som avses i tjänstedirektivet, organ som tillgodoser

<sup>60</sup> Sue Arrowsmith skriver: "It is submitted that it is necessary to examine closely the extent of which an entity is subject to real market disciplines, including the extent of competition, the stringency of financial targets and the availability of subsidies, before this limitation may be relied to."

<sup>61</sup> Flera bolag hänvisar härvid till vad som anges i EG-kommissionens meddelande om Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen, sid. 6. NOU vill därför påpeka att avsnittet avser tillämpning av direktiv 93/38/EEG och således de upphandlande enheterna inom de s.k. försörjningssektorerna, dvs. enligt definitionen i 4 kap. 1 § LOU.

<sup>62</sup> Arnhem-domen p. 49 och 50.

<sup>63</sup> Prop 1992/93:88 sid. 41. Där anges även: "Om det offentliga ägandet inte medför att företaget har en inriktning eller en verksamhet som innebär att företaget tillhör någon i viss mening skyddad del av förvärvsverksamheten skall det inte tillämpa lagen."

<sup>64</sup> Arnhem-målet, punkt 44 i generaladvokatens yttrande. Han anger bl.a. att uttolkaren således enbart kan forska i sambandet mellan tillgodosendet av behoven och statens struktur (givetvis i vidsträckt bemärkelse) och, framför allt, i det ekonomiska beroendet av staten, det enda kriteriet av allmän karaktär som kan vara tillämpligt på det område som det här är fråga om.



allmännyttiga behov "utanför reglerna för en normal kommersiell förvaltning"<sup>65</sup>, under förutsättning att även de övriga villkoren i definitionen i fråga är uppfyllda.<sup>66</sup>

EG-domstolen fördjupar inte generaladvokatens tankar i den delen som avser risktagande. Domstolen anger dock: "Den omständigheten att det förekommer konkurrens är emellertid inte tillräckligt för att utesluta möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten (...) låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Således kan ett sådant organ till exempel förorsaka ekonomiska förluster av att det för en viss politik för inköp från det organ som det är nära beroende av." Domstolen anger vidare att artikel 1 b i direktiv 92/50 kan tillämpas på ett visst organ, även om privata företag tillgodoser eller skulle kunna tillgodose samma behov som detta, och att frånvaron av konkurrens inte är nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt."<sup>67</sup>

NOU anser därför att det snarare är uteslutandet av möjligheten av att ett organ tar andra hänsyn än ekonomiska än bedömningen av risktagandet i verksamheten, som är avgörande för bedömningen av behovens karaktär.

Vinstkravet. En vanlig invändning är också att företaget har lönsamhetskrav<sup>68</sup> på sig. Invändningen verkar i sig vara berättigad<sup>69</sup> men måste ställas i relation till lagens nuvarande lydelse och tolkning och ses mot bakgrund av utvecklingen inom den statliga och kommunala förvaltningen i övrigt. Det är behovets art - behov som inte har en industriell och kommersiell karaktär - som är avgörande för frågan huruvida organisationen skall vara upphandlande enhet, inte om verksamheten drivs kommersiellt eller i vinstsyfte. Regeringen skriver att det med medlemskapet i EU som för in konkurrens i tidigare skyddade sektorer och med den accelererande globaliseringen inte längre finns samma förutsättningar eller i vissa fall behov av att bedriva verksamhet för nationella intressen eller enligt särskilt stipulerade villkor. "För företag med särskilda uppgifter och mindre grad av kommersiella inslag är ett viktigt mål att verka med lägsta kostnad givet den nytta som skall produceras." För både dessa och företag av mer kommersiell art gäller att företagen skall ha optimal kapitalstruktur för att minimera kapitalkostnaderna.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Dom av den 16 juni 1987 mål C-118/85, Kommissionen mot Italien (rättsfallssamling s. 2619, jfr från senaste tid domen av den 18 mars 1997, mål C-343/95, Diego Cali (rättsfallssamling I-1547).

<sup>66</sup> Jfr. även generaladvokaten Légers förslag p. 69.

<sup>67</sup> Arnhem-domen, p. 43 och 47.

<sup>68</sup> Lönsamhetskrav, vinstkrav och vinstsyfte är några av de uttryck som används. Dessa har dock inte samma innebörd.

<sup>69</sup> Invändningen får stöd av tidigare förarbeten och NOU:s användning av avsaknaden av vinstsyfte som tecken på att ett företag är upphandlande enhet. I prop. 1992/93:88, sid. 64 anges: "Genom att enheten inte skall vara av industriell eller kommersiell karaktär undantas enheter som visserligen är i allmän ägo eller står under det allmännas bestämmande inflytande, men som bedriver verksamhet i vinstsyfte." Senare lagändring, uttalandet i prop. 1996/97:153, 56 och EG-domstolens ovannämnda domar visar att bolagsdriften i vinstsyfte inte kan utesluta tillämpningen av LOU.

<sup>70</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 7.

Krav på avkastning är dessutom någonting som per definition hör till aktiebolagsformen.<sup>71</sup> Invändningen om vinstkravet kan därför tillmätas endast marginell betydelse vid den sammanlagda bedömningen av behovens karaktär. Uttalad eftergift av vinstkravet på ett aktiebolag avviker däremot från det som normalt förknippas med aktiebolagsdrift och kan utgöra tecken på att behoven saknar kommersiell karaktär.

Vidare måste beaktas att ytterst få myndigheter eller statliga verk numera saknar långtgående besparings- eller lönsamhetskrav eftersom statsfinanserna och statens egendom skall förvaltas och hanteras på ett så kostnadseffektivt sätt som möjligt. Det krav på kostnadseffektivitet eller skälig avkastning, vilket ställs på aktiebolaget, skulle således ställas på organisationen även om verksamheten drivits (eller fortsatte att drivas) i myndighets- eller verksform.

NOU anser att utredning av konkurrensutsättning, vinstkrav och graden av risktagande hänför sig främst till företagets arbetssätt och utgör endast stöddata vid tolkning av behovens karaktär. Hittillsvarande rättspraxis talar för att det inte är så mycket risktagande, konkurrensutsättning eller vinstkrav som preciserar begreppet upphandlande enhet, utan snarare huruvida det kan uteslutas att en organisation vid sina inköp kan ta andra än rent kommersiella hänsyn.<sup>72</sup>

### **Tidsaspekten och förändringar**

Direktiv- och lagtexten hänvisar till det behov som organisationen inrättats för.<sup>73</sup> Flera bolag anser att NOU bör bortse från det ursprungliga syftet och endast bedöma de aktuella förhållandena. Svenska Lagerhus AB är ett av de bolag som anger att NOU endast inriktat sig på den verksamhet och det syfte som förelåg då bolaget inrättats och bolagiserats. Bolaget anser att dess syfte, mål och verksamhet härefter under åren genomgått stora förändringar. Bolaget önskar därför bli bedömt efter den verksamhet som bedrivs idag och efter de förhållanden under vilka verksamheten numera bedrivs.

AmuGruppen gör tolkningen att det enligt EG-domstolens praxis (Mannesmann) är det aktuella behovet när upphandling sker som är avgörande, inte det historiska behovet. AmuGruppen uppfattar det så att nämnden är införstådd med detta förhållande eftersom NOU i sin skrivelse till bolaget efterfrågat förändringar i bolagets organisation under det senaste året.

NOU gör följande bedömning. Tidpunkten för upphandlingsdirektivens och LOU:s tillämpning är upphandlingstillfället. Ett företag som inte gör några anskaffningar alls bryter inte mot lagen. Det får dock observeras att även direktupphandlingar är upphandlingar i LOU:s mening. De företag som är upphandlande enheter måste därför även vid små inköp följa LOU. Att utreda frågan huruvida ett företag omfattas av LOU kan emellertid av praktiska skäl inte

<sup>71</sup> Vinstkravet är en förutsättning för bolagsform och det som i t.ex. skattesammanhang skiljer hobbyverksamhet från näringsverksamhet.

<sup>72</sup> Arnhem- och Connemara-domarna.

<sup>73</sup> I direktivtexten används uttrycket "tillkommit för".

anstå till dess att företaget står i begrepp att göra en anskaffning. Bedömningen måste därför rimligen göras i förväg.

I förarbetena till LOU<sup>74</sup> anges följande beträffande förhållandet att enheten har "bildats" för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse.<sup>75</sup> "Därmed avses att enheten som bildats i syfte att fullgöra vad som annars skulle ha utförts inom förvaltningen, blir att betrakta som upphandlande enheter. Om sålunda en förvaltning bolagiserar sin verksamhet blir bolaget en upphandlande enhet, förutsatt att det allmänna har ett bestämmande inflytande över bolaget." Uttalandena tolkas av NOU så att de bolag som tidigare drivits eller kunde ha drivits i myndighets- eller verksform inte kan upphöra att vara upphandlande enheter utan en påtaglig verksamhetsändring som visar att bolaget inte längre skall täcka det behov det skapats för eller att behovet blir rent kommersiellt eller inte längre är allmännyttigt. Det räcker dock inte att verksamheten som knyts till behovet i det allmännas intresset försvagas eller kraftigt minskar i förhållande till övrig kommersiell verksamhet. Sådan verksamhet måste i praktiken helt upphöra.<sup>76</sup>

NOU menar att man vid bedömningen måste utgå från det behov såsom det beskrivs vid tidpunkten för företagets inrättande men inte kan bortse från de förändringar företaget senare genomgått vad avser inriktning och arbetsform.<sup>77</sup> Uttrycket "inrättats" kan därför läsas så att det syftar på den tidpunkt då bolaget tilldelades uppgiften att tillgodose ett angivet (särskilt) behov. Samtidigt måste dock uttrycket tolkas så att varje formell och för behovens karaktär relevant ändring i t.ex. bolagsordningen skall beaktas. Uttrycket "inrättats" måste sannolikt därför bedömas utifrån bolagets formella status vid varje tillfälle.

Rent faktiska förändringar i företagets sätt att arbeta kan däremot inte tas med i bedömningen om inte dessa motsvaras av formella förändringar i t.ex. bolagsordningen. Den omständigheten att ett företag, i enlighet med ägarens direktiv, under långa tidsperioder styrs av vinstsyfte och uppträder kommersiellt på en konkurrensutsatt marknad utesluter inte att det, med hänsyn till det behov det inrättats för att täcka och sitt beroende av staten, låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Som EG-domstolen anger, kan ett sådant organ t.ex. förorsakas ekonomiska förluster av att det för en viss politik för inköp från den

<sup>74</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 63.

<sup>75</sup> I prop. 1996/97:153, sid. 56 anges att bestämmelsen har "förtydligats med en precisering av att enheten skall vara inrättad för att täcka dessa allmänna behov".

<sup>76</sup> Mannesmann-domen p. 25, i vilken det uttalas att det förhållande att det endast är en relativt obetydlig del av verksamheten som består av att tillgodose allmänna intressen inte är relevant, då en upphandlande enhet fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose.

<sup>77</sup> I kommentaren till norska Lov om offentlige anskaffelser, sid. 61 anger författarna att det avgörande, med hänsyn till syftet med regelverket, måste vara vilket syfte som tillgodoses vid tidpunkten för upphandlingen och inte vilket syfte som varit för handen vid tidpunkten för organisationens inrättande. Även generaladvokaten La Pergola anger i sitt förslag till avgörande i Arnhem-målet att kategorin "allmännyttigt karaktär" skiljer sig avsevärt från en medlemsstat till en annan och alltefter den historiska tidpunkten i fråga. Detta kan tyda på att vissa syften enligt hans uppfattning med tiden kan upphöra att vara allmännyttiga.

organ som det är nära beroende av.<sup>78</sup> Enligt NOU:s bedömning krävs det därför i regel något nytt beslut om bolagets inriktning eller någon påtaglig ändring i det rättsliga miljön inom vilken det verkar för att det ursprungligen angivna syftet med bolagets bildande inte längre skall anses gälla.

Stabilitet och förutsebarhet. Upphandlingssystemet kräver viss stabilitet och förutsebarhet. Företagens status att omfattas av LOU kan således inte ändras fram och tillbaka beroende på typen av upphandling eller den aktuella marknadssituationen. Om några formella och relevanta förändringar inte kan påvisas är det inte rimligt att ständigt ompröva huruvida företaget omfattas av LOU eller inte.

Även om ett företag kan bli och upphöra att vara en upphandlande enhet utan att detta visas utåt, anser NOU att kravet på förutsebarhet i offentlig upphandling fordrar att förändringen synliggörs. Den omständigheten att företagens allmännyttiga behov utan industriell eller kommersiell karaktär inte har uppnåtts eller har ändrats eller övergivits bör därför, om möjligt, kunna urskiljas även av andra än företaget och dess ägare, såsom leverantörer och tillsynsmyndigheter.<sup>79</sup>

Några företag har gjort gällande att de underlag NOU använt sig av var föråldrade, bl.a. skrivningarna i regeringens skrivelse 1998/1999:20. NOU vill dock peka på att regeringen inför detta år kraftigt omarbetat sin skrivelse 1999/2000:20 och i denna framhäver sitt aktiva ägande genom aktiv förvaltning.<sup>80</sup> I skrivelsen anges vidare att det för varje företag anges tydlig affärsidé och mål med verksamheten samt att dessa bygger på de av bolagen varje år inlämnade verksamhetsbeskrivningarna om hur affärsidén och målen uppfylls.<sup>81</sup> NOU beaktar de ändrade skrivningarna men kan endast utgå från sådana ändringar som direkt påpekats av regeringen eller visats av bolagen genom upprättade handlingar.

Regeringen anför dock att ett grundligt analysarbete skall göras med syfte att genomlysaffärsidé och strategier, föreslå nödvändiga förändringar etc. "I detta ligger också att belysa statens syfte med ägandet."<sup>82</sup> NOU anser att detta analysarbete i förening med utrensning av de uttalanden och motiveringar som inte längre kan anses aktuella för företagen kan bidra till en större klarhet även i fråga om vilka företag som är upphandlande enheter.

### **Bestämmande inflytande**

Som EG-domstolen anger är de tre villkoren avseende behov, juridisk person och inflytande kumulativa.<sup>83</sup> Den omständigheten att staten, kommunala organ eller andra upphandlande enheter behåller en "nära anknytning" eller ett bestämmande inflytande över verksamheten preciserar ytterligare verksamhetens karaktär.

<sup>78</sup> Arnhem-domen, p. 43.

<sup>79</sup> Jfr. vad generaladvokaten anger i sitt förslag till avgörande i Mannesmann-målet, p. 73 och 79.

<sup>80</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 6.

<sup>81</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 4.

<sup>82</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 8. Detta arbete blir dock enligt uppgift inte slutfört inom överskådlig tid.

<sup>83</sup> Mannesman-domen, p. 21 och Arnhem, p. 29.

Bestämmelsen om inflytande undantar sådana privata företag från tillämpningen av LOU, vars verksamhet till stor utsträckning avser leveranser av allmännyttiga varor.<sup>84</sup>

I Connemara-domen anger EG-domstolen att statens kontroll inte behöver innefatta tilldelning av upphandlingskontrakt om staten "i varje fall indirekt utövar en sådan kontroll."<sup>85</sup>

NOU:s slutsats är att det inte krävs någon kontinuerlig inblandning från statens sida utan att det räcker med att det finns en faktisk möjlighet till inflytande.

I årets utgåva av Skr. 1999/2000:20 finns bland de omstridda bolagen endast fyra vilka inte är majoritetsägda av staten, kommunen eller landsting.<sup>86</sup> Utövat av ett bestämmande inflytande behöver dock inte begränsa sig till innehav av merparten av aktierna utan kan i ett företag ske även genom andra finansiella, ekonomiska eller strukturella medel, vilka anses utgöra ett likvärdigt ekonomiskt deltagande. Med tillskjutet kapital kan avses även det ursprungliga kapitalet eller det egna kapitalet.<sup>87</sup>

### Dotterbolag

EG-domstolen anger att varje bolag skall bedömas för sig. För att ett företag skall anses som en upphandlande enhet är det således inte tillräckligt att det bildats av ett bolag som är upphandlande enhet. Det är inte heller tillräckligt att dess verksamhet finansieras av kontanta medel som härrör från en verksamhet som bedrivs av en upphandlande enhet.<sup>88</sup> NOU instämmer givetvis i detta. Dotterbolaget i sig skall uppfylla alla de i 1 kap. 6 § LOU angivna villkoren. De mer eller mindre osjälvständiga operativa dotterbolagen och stabsfunktionsbolagen får presumeras tillgodose samma behov som moderbolaget. NOU anser därför att från LOU:s reglering i regel inte kan undantas sådana dotterbolag, vilka utför de uppgifter som moderbolaget inrättats för att tillgodose eller, utan att ha annan verksamhet vid sidan om, är ett service- transport- eller

<sup>84</sup> Förutsatt att dessa företag skulle uppfylla kravet på att vara inrättade för att tillgodose ett allmännyttigt behov utan kommersiell karaktär.

<sup>85</sup> Connemara-domen, p.34. Domen gäller tillämpning av direktivens äldre lydelse.

<sup>86</sup> Norrland Center (statens ägande 33,3 %), Sveriges Rese och Turistråd AB (50 %), Bostadsgaranti AB (50 %) och Svensk Exportkredit AB (50 %). Värdepapperscentralen VPC AB och SAQ Kontroll AB har sålts.

<sup>87</sup> Mannesmann, sid. 81, fotnot 11 till p. 17 i generaladvokatens yttrande redogörs för liknande bestämmelser i den österrikiska lagen. Kravet på sättet för uppfyllande av alla rekvisit beskrivs på lite olika sätt. I kommentarerna till den norska lagen tycks författarna mena att även om ingen av de tre förutsättningarna i sig är uppfylld kan organet ändå anses vara upphandlande enhet om det offentliga totalt sett har ett bestämmande inflytande. I de svenska och danska kommentarerna anges i regel att åtminstone ett krav måste vara helt uppfyllt. Kravet på att "kapital huvudsakligen har tillskjutits" formuleras i den danska versionen av direktiven så att hälften av driften betalas av staten eller annan upphandlande enhet ("hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende...")

<sup>88</sup> Mannesmann-domen p. 39.

fastighetsförvaltningsbolag åt koncernens allmännyttiga verksamhet som saknar kommersiell eller industriell karaktär.<sup>89</sup>

Det är inte förenligt med EG-rätten och svensk lag att upphandlande enhet skall kunna kringgå reglerna om offentlig upphandling genom att lägga ut uppgiften på ett bolag. Ett bolag som är upphandlande enhet skall inte kunna hänskjuta en upphandling till ett annat bolag, t.ex. ett dotterbolag, och därmed undandra sig ansvaret för att följa upphandlingsreglerna.<sup>90</sup>

Ett annat problemområde är statens förhållande till de statsägda bolagen. NOU penetrerar inte närmare gränsdragningen mellan statliga anslag och statliga köp<sup>91</sup> men noterar att flera statliga bolag anser att de inte uppbär några statliga anslag och hävdar att utbetalningarna i verkligheten utgör ersättning för statens köp av tjänster. Detta synsätt kan endast godtas om statens beställningar upphandlas enligt LOU.<sup>92</sup> Bestämmelserna om att upphandling inte behöver ske från en annan upphandlande enhet med ensamrätt kan vara tillämpliga endast vid upphandling av tjänster.<sup>93</sup> Det är således möjligt att avsteg från LOU sker även i de fall när staten, som är en upphandlande enhet, utan stöd av LOU köper från ett statligt bolag utan att ha upphandlat de kontrakt leveranserna bygger på.<sup>94</sup> Frågorna bör analyseras närmare av bolagen och de upphandlande enhet som köper från dessa bolag med hänsyn till den risk för brott mot upphandlingsreglerna (både LOU och EG:s upphandlingsdirektiv) och den badwill som skulle förorsakas staten respektive de aktuella företagen vid en felbedömning av de aktuella frågorna.

Den bild av företagets organisation som tecknas i offentliga utredningar eller i tillstånds- och anslagssammanhang inte i alla lägen motsvarar bolagens verkliga organisation. Ur statens och den utomstående läsarens horisont ter sig vissa

<sup>89</sup> Som EG-domstolen angivit i Mannesmann-domen p. 43, kan ett moderbolag inte överlåta rättigheter och skyldigheter i upphandlingskontraktet till ett privat dotterbolag med den verkan att direktivets bestämmelser då skulle upphöra att gälla. Detta förutsatte enligt domstolen att projektet från början omfattats av mottagarens verksamhet och att kontraktet tilldelades av den upphandlande enheten för mottagarens räkning.

<sup>90</sup> Se Mannesmann-domen och generaladvokatens förslag p. 98 - 100.

<sup>91</sup> T.ex. Posten anser att staten inte ger koncernen några anslag utan att staten av postkoncernen köper grundläggande kassaservice för 200 miljoner kr till den del av befolkningen som saknar alternativ och i de områden det inte är kommersiellt motiverat att bedriva verksamheten. Jfr Ds 1997:58.

<sup>92</sup> Statliga bolag är från staten skilda juridiska personer. Näringsdepartementet skulle vid sådant betraktelsesätt ha upphandlat vissa tjänsterna. Tjänsterna såsom kassaservice i glesbygden eller administration av s.k. 112-samtal skulle då inte kunna köpas från Posten AB eller SOS Alarm AB utan att dessa tilldelats kontrakt efter en upphandling i konkurrens. Någon upphandling av dessa tjänster har, såvitt NOU kunnat konstatera, inte skett. Då NOU förutsätter att regeringskansliet följer LOU är slutsatsen att utbetalningarna är statsanslag eller bidrag till verksamheten av allmännyttig och icke-kommersiell karaktär.

<sup>93</sup> LOU 5 kap. 2 § LOU och EG-domstolens dom i mål C-107/98 Teckal.

<sup>94</sup> Unitron-domen, p. 10. I domen återges att Klagenævnet for Udbud uttalade att det danska ministeriets överlåtelse av administration av systemet för öronmärkning till ett företag "förmodligen egentligen borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande i enlighet med direktiv 93/36." Klagenævnet konstaterade emellertid att denna fråga inte omfattades av prövningen i det mål som anhängiggjorts vid den.

koncerner som ett enda företag (Samhall, Posten, Statliga Akademiska Hus m.fl.). Vid kontakt med bolagen framkommer det dock att moderbolagen inte sällan endast är ett holdingbolag som inte utövar någon självständig verksamhet.<sup>95</sup> Verksamheten utförs av koncernens dotterbolag.<sup>96</sup> I Skr. 1999/200:20 behandlas t.ex. 59 företag med statligt ägande, men i regel utan en närmare angivelse av antalet dotterbolag eller dotterbolagens verksamhet.<sup>97</sup>

Det bör slutligen observeras att vissa regler gäller även vid överföring av offentliga uppdrag till privata bolag. Härvid bör observeras reglerna i 1 kap. 25 § LOU, vilka gäller byggtreprenader, samt vad som anges i EG-domstolen i Unitron-domen om att förbud mot diskriminering på grund av nationalitet kan vid överföring av offentliga uppdrag gälla även privata bolag.<sup>98</sup>

### **Bolagsform**

De nationella domstolarna och myndigheterna skall göra en funktionell tolkning. EG-rättens målsättning är inte att lägga sig i den nationella bolags- och förvaltningsrätten utan att åstadkomma en fördragsenlig tillämpning och tolkning av densamma.<sup>99</sup> Den juridiska formen spelar således inte någon roll. Viss presumtion får emellertid anses gälla för att syftet med ett aktiebolag är vinstsyftet.<sup>100</sup>

Enbart den omständigheten att en verksamhet som tidigare bedrivits i form av ett statligt verk eller myndighet numera bedrivs i bolagsform innebär i sig inte att bolaget inte kan anses vara en upphandlande enhet. Att staten utnyttjar en organisation till att tillgodose allmänna intressen och att organisationens verksamhet till följd av statens inblandning helt eller delvis undgår marknadens normala regler visar att organisationen antingen är upphandlande enhet eller ingår i statsförvaltningen på ett sådant sätt att den de facto utgör en del av denna.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> Postbolagen påpekar således att holdingbolaget Posten AB inte bedriver någon verksamhet och därför inte kan vara upphandlande enhet.

<sup>96</sup> NOU berör i denna rapport inte den ännu något oklara frågan huruvida ett bolag som är upphandlande enhet får köpa från andra juridiska personer inom samma koncern utan föregående upphandling. Den bedömning som gjorts av NOU angående kommuner och kommunalägda bolag tyder dock på att så normalt inte är fallet.

<sup>97</sup> Motsvarande skrivelse för 1998/1999 har varit fylligare på denna punkt. NOU:s rapport 1998 behandlade 335 bolag.

<sup>98</sup> Tolkningen gäller art. 2.2. i direktiv 93/36/EEG. I domslutet anges att en upphandlande enhet, när den ger en (privat) organisation, som inte själv är en upphandlande enhet, speciella eller exklusiva rättigheter att verka inom det offentliga tjänsteområdet, skall kräva att denna organisation vid sina inköp inom ramen för denna verksamhet skall iaktta förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. NOU har redogjort för domen i NOU info dec. -99.

<sup>99</sup> Se närmare härom i NOU:s rapport 1998, bilaga E, sid. 3.

<sup>100</sup> 12 kap. 1 § aktiebolagslagen. NOU beaktar därför snarare att staten i vissa fall anger att angivna företag, trots sin form, inte drivs med vinstkrav.

<sup>101</sup> Beentjes och Tecal-domarna. I den sistnämnda var det fråga om ett kommunalt bolag.

### Upphandling omöjlig eller olämplig

Flera bolag anser att tillämningen av LOU skulle helt omöjliggöra fortsatt verksamhet eller åtminstone att "en fullständig tillämpning av LOU" inte är lämplig.

Skyldighet att tillämpa lagen. NOU kan inte lagligen beakta att företrädarna för bolag uppger att uppfyllandet av LOU:s regler försvårar bolagets verksamhet eller kan minska vinstmarginalerna. Sveriges riksdag har, som ett led i samordningen av upphandlingsförfaranden i enlighet med EG-direktiven, stiftat LOU som innehåller förutsättningar för lagens tillämpning. För NOU gäller därför att vid bedömningen av frågan vilka som omfattas av LOU göra en bedömning av de i lagen angivna förutsättningarna. De nyssnämnda lämplighetsargumenten kan därför inte bli relevanta. NOU kan således inte beakta argument av denna art, på samma sätt som en skattemyndighet i sin bedömning av skattskyldigheten inte kan ta hänsyn till att ett företag skulle ha större utvecklingsmöjligheter och bättre lönsamhet om det inte behövde betala skatt. I likhet med skattskyldigheten innebär egenskapen att vara upphandlande enhet en skyldighet att följa den aktuella lagstiftningen. Denna erbjuder dock lagliga undantag och alternativa handlingssätt.

Lagstiftningens tillämpning. LOU innehåller flera undantag från en generell skyldighet att upphandla samt flera valmöjligheter att välja lämpligt förfarande. Det är NOU:s uppfattning att statliga företag, av vilka flera uppger att de redan nu tillämpar reglerna om icke diskriminering, likabehandling av anbudsgivarna m.m., kan tillämpa LOU utan att detta skall behöva innebära någon väsentlig ändring eller inskränkning i företagets verksamhet.

### NOU vidhåller sin bedömning att nedanstående bolag är upphandlande enheter

Mot bakgrund av det ovan anförda vidhåller NOU sin inställning att nedanstående bolag är att betrakta som upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 kap. LOU. Sannolikheten att de nedan nämnda bolagen bryter mot svensk lag och vid upphandling över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv är stor. Bolagen bör därför snarast börja upphandla i enlighet med LOU. Om något bolag eller dess huvudman inte bedömer det som lämpligt att bolagets alla anskaffningar skall underkastas LOU:s reglering, bör bolagen hos sina huvudmän snarast begära att det olagliga förhållandet undanröjs genom att huvudmännen ändrar eller renodlar bolagets uppgifter, alternativt i behövlig grad minskar det statliga inflytandet över bolaget i form av ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.<sup>102</sup>

<sup>102</sup> Jfr. generaladvokatens yttrande i Mannesmann-målet, p. 79: "Det ankommer på grundarna att begränsa organets affärsområde om de önskar att dessa (upphandlings)bestämmelser inte skall tillämpas på verksamhet som inte hör till detta område."



## **AB GÖTA KANALBOLAG**

(dnr 1998/0273-28)

Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet och avser att hålla fast vid denna ståndpunkt fram till dess att regeringen meddelar annat. AB Göta Kanalbolaget anger att NOU:s slutsats inte är tillfredsställande eftersom nämnden inte i tillräcklig grad utrett frågan, inte har undersökt förhållanden i andra EU-länder och inte gett exempel på rättsfall som stödjer eller motsäger NOU:s uppfattning. AB Göta Kanalbolag anger att budgeten för år 2000 inte omfattar mer än ca 9 milj i total volym köpta varor och tjänster och en total omsättning på ca 33 milj. Förutom att tillhandahålla kanalen för trafik bedriver bolaget ett kulturellt upprustningsarbete enligt gamla ursprungliga metoder, vilket innebär svårigheter att få tillräckligt många anbud vid de flesta offertförfrågningar. Bolaget är dock positiv till att organisera sitt upphandlingsarbete med god moral, etik samt ett affärsmässigt och konkurrensbefrämjande sätt samt i tillämpliga delar i enlighet med LOU.

NOU anser att AB Göta Kanalbolag är upphandlande enhet. Bolaget anslagsfinansieras av staten genom särskilda belopp för att rusta upp kanalen. Bolaget skapades genom ett riksdagsbeslut för att tillvarata kanalens förvaltning. Statens ägande motiveras av att det är en statlig angelägenhet att ansvara för att kanalen rustas upp och drivs så att dess värde som kulturhistoriskt byggnadsverk och ett attraktivt turistmål kan vidmakthållas. Verksamheten regleras av staten.<sup>103</sup> NOU anser därför att bolaget skapats för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Den tillgängliga utredningen ger inte stöd för annat än att bolaget fortfarande fullgör de uppgifter det skapats för. Då bolaget dessutom ägs av staten är det att anse som upphandlande enhet. Att bolaget har liten upphandling eller arbetar med kulturellt upprustningsarbete eller att det finns få anbudsgivare är inte argument som ändrar NOU:s uppfattning. De två sistnämnda argumenten snarare förstärker uppfattningen att bolaget är en upphandlande enhet.

Såvitt bolaget och NOU känner till finns det inte några bolag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med bolaget och dess verksamhet.

## **AB SVENSKA SPEL**

(dnr 1998/0261-28)

Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet och anger följande. Svenska Spel-koncernen består av - förutom ett antal vilande bolag, vilka saknar intresse i förevarande sammanhang - Casino Cosmopol AB, Svenska Spels Fastighets AB, AB Svenska Spels Servicecenter och AB Svenska Spel. Casino Cosmopol AB förklarar sig följa LOU. De övriga tre bolagen anser sig inte behöva följa LOU.

<sup>103</sup> Prop. 1991/92:134, bet. 1991/92:NU33.

NOU kan inte godta bolagets bedömning och vidhåller sin bedömning från november 1998 och juni 1999<sup>104</sup> att Svenska Spel AB är upphandlande enhet.

AB Svenska Spel bildades genom en sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst. Svenska Spels affärsidé är att till svenska folket sälja ett varierande utbud av spännande och underhållande spel med penningvinster på ett ansvarsfullt sätt. Spelmarknaden är visserligen mycket reglerad men ändå konkurrensutsatt genom ATG och föreningslivet. Under året har tillkommit vadslagning på hundkapploppning.<sup>105</sup> I tidigare skrivningar angavs att statens ambition var att verka för att spelmarknaden långsiktigt utvecklas på ett positivt sätt för att möjliggöra höga inkomster till bl.a. staten.<sup>106</sup> Det skall dock ske inom ramen för ett socialt ansvarstagande, en väl utbyggd service och utan risk för att säkerheten i hanteringen eftersätts.<sup>107</sup> Bolaget anges ha ett lagstadgat monopol eftersom spelverksamheten inte får bedrivas utan tillstånd, även om det på spelmarknaden finns andra aktörer som ATG, Bingolotto och folkrörelserna. NOU anser att bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är en juridisk person och är helt ägt av staten. AB Svenska Spel är därför upphandlande enhet.

Någon anledning till varför Svenska Spels Fastighets AB eller Svenska Spels Servicecenter AB, vars enda uppgift synes vara att förvalta koncernens fastigheter och ge service åt moderbolaget,<sup>108</sup> inte skulle omfattas av LOU eller bedömas på annat sätt än Casino Cosmopol AB, har inte kommit fram.

Svenska Spel AB anger att det europeiska branschorganet, European Lotteries, bekräftar att inte något statskontrollerat spelbolag inom EU anser sig vara en upphandlande enhet. Av EG-domstolens domar framgår dock att varor och tjänster för motsvarande verksamhet har upphandlats i Italien och i Finland.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Ny genomgång av frågan med anledning av en förfrågan från en leverantör, NOU:s dnr 1999/0114. NOU har därvid beaktat även vad som anförts i delbetänkandet av Lotterilagsutredningen, SOU 1998:144. Frågan om upphandling av kasinoverksamheten skett i enlighet med LOU har därefter blivit föremål för domstolsprövning. Av beslut och domar i överprövningsmål framgår inte att AB Svenska Spel i rätterna gjort någon invändning mot att bolaget skulle vara upphandlande enhet, utan endast att kontraktet skulle slutas av det helägda dotterbolaget Bellman Casino AB, numera Casino Cosmopol AB.

<sup>105</sup> Skr. 1999/2000:20.

<sup>106</sup> AB Svenska Spel betonade vid samtal med NOU statens ambition att inkomsterna inte hamnar hos privata intressenter utan hos staten eller idrottsrörelse m.fl. NOU noterar dock att vinstintresset tonas ner i propositioner och offentliga utredningar och att det allmännyttiga syftet .i stället lyfts fram.

<sup>107</sup> Prop. 1995/96:169.

<sup>108</sup> NOU anser inte att ett dotterbolag vars verksamhet består av att enbart ge service åt den egna koncernen kan bedömas på andra grunder än moderbolaget. Om dotterbolaget inte funnits hade fastighetsförvaltningen skötts av det upphandlingspliktiga moderbolaget. Lagstiftningens ändamål skulle förfela om en del av upphandlingsskyldigheten kunde undantas enbart genom att lägga en viss funktion på ett servicebolag utan annan egen självständig verksamhet.

<sup>109</sup> EG-domstolens domar i fallen Lotomatica och Läärä.

**AB TUMBA BRUK**

(dnr 1998/0275-28)

Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet och tillämpar därför inte LOU. Tumba Bruk anger följande. NOU:s uppfattning bygger på en felaktig bedömning av rättsläget och bolagets affärssituation. Bolaget anser att NOU gjort sin bedömning mot bakgrund av ett mycket begränsat material. Tumba Bruk anser vidare att det föreligger väsentliga skillnader mellan omständigheterna i Mannesmann-målet och Tumba Bruks affärssituation. Tumba Bruk skulle i praktiken inte kunna fortsätta sin nuvarande verksamhet om det skulle tillämpa LOU.<sup>110</sup>

NOU vidhåller att bolaget är upphandlande enhet. AB Tumba Bruk har ensamställning på marknaden avseende framställning och tryckning av svenska sedlar. Tryckning av pass har enligt uppgift upphandlats av Rikspolisstyrelsen.<sup>111</sup> Den omständigheten att bolaget även säljer papper i konkurrens med andra bolag, kan inte ändra bedömningen att bolaget är inrättat för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse, framställning av sedlar. Verksamheten kan p.g.a. ensamrätten inte anses kommersiell eller industriell. Bolaget är helägt av Sveriges Riksbank. Bolaget anser att dess ställning inte bygger på ett lagligt monopol. Definitionen av upphandlande enhet innehåller dock inte, som EG-domstolen påpekar, ett krav på att ensamrätten eller monopolen skulle vara lagligt.<sup>112</sup>

NOU uttalar sig inte här i frågan huruvida hänsyn till rikets säkerhet kan medföra att bestämmelsen i 1 kap. 3 § LOU blir tillämplig och därmed vissa upphandlingar (t.ex. för sedelframställningen) kan ske enligt reglerna i 6 kap. LOU.

Tumba Bruk anser att ingen av brukets europeiska eller utomeuropeiska konkurrenter är upphandlande enheter. De flesta konkurrenterna är emellertid helt privata bolag. I några länder trycks sedlarna direkt av landets riksbank. Tumba bruk saknar kännedom om andra europeiska bolag som skulle kunna vara statligt ägda och jämförbara med Tumba Bruk.

**NORRLAND CENTER AB**

(dnr 1998/0276-28)

Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet och anger följande. Bolaget emotsätter sig starkt att likhetstecken sätts mellan ett politiskt intresse och ett allmänt intresse. Bolaget riktar sig till maximalt 10 - 15 kommuner huvudsakligen i Norrlands inland, vars befolkning utgör ca 1, 5 procent av Sveriges och ca 12 procent av Norrlands befolkning. Bolaget verkar i stark konkurrens med andra etableringsföretag och skall enligt bolagsordningen "på kommersiella grunder

<sup>110</sup> Därvid ingår även uppdrag åt andra stater än Sverige, varav en del utomeuropeiska. Upphandling i enlighet LOU skulle omöjliggöra för Tumba Bruk att åta sig vissa uppdrag då bolaget inte skulle kunna garantera sekretesskrav på de tryckta produkternas utformning och beståndsdelar.

<sup>111</sup> Enligt bolagets hemsida utförs tryckning av pass och identitetshandlingar även åt motsvarande myndigheter i andra länder.

<sup>112</sup> Arnhem-domen, p. 61.

utveckla näringslivet i Norrland...". Bolaget vill även starkt invända mot NOU:s antagande att det huvudsakliga kapitalet tycks ha tillskjutits av staten. Bolaget har hittills inte upphandlat varor eller tjänster till ett värde som överskrider tröskelvärdena.

NOU har i rapporten 1998 angivit att ytterligare utredning om ägar- och styrelseförhållandena kan krävas. NOU vidhåller bedömningen från november 1998 att bolaget är upprättat för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär.

Bolaget bildades år 1991 för att främja företagandet i Norrland. Verksamheten bygger på samarbete mellan staten, Norrlands industricentra AB och Stiftelsen Norrlandsfonden (vars kapital tillskjutits av staten och LKAB). Bolaget marknadsför Norrland som en långsiktig lönsam etableringsregion i syfte att få flera verksamheter att etablera sig i Norrland. En viktig del av Norrland Center AB:s arbete består av uppsökande verksamhet. Kontakter tas med företag och organisationer i storstadsområdena för att intressera dem om möjligheterna och fördelarna med att etablera verksamhet i Norrland. Med hjälp av fakta och analyser som Norrland Center AB kostnadsfritt bistår med kan sedan varje enskilt företag fatta bra långsiktiga beslut. Bolaget anges ha fyra anställda.

NOU anser att bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är en juridisk person och ägs till två tredjedelar av offentligrättsliga organ<sup>113</sup> varmed dess huvudsakliga kapital får anses ha tillskjutits av staten.<sup>114</sup> Norrland Center AB bör därför anses vara upphandlande enhet.

Det är inte bekant om det finns några bolag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är jämförbara med Norrland Center AB.

### **POSTBOLAGEN AB**

med dotterbolag (dnr 1998/0236-28)

Dotterbolagen är bl.a. Posten Logistik AB, Posten Sverige, Postfastigheter AB, Postgirot Bank AB.

Bolaget hänvisar till sitt yttrande den 17 november 1998, i vilket det anges att inget bolag inom Postkoncernen är upphandlande enhet. Posten AB bemöter nu NOU:s rapport 1998/0172-28 och anger följande. Holdingbolaget Posten AB bedriver inte någon verksamhet och kan därför inte vara upphandlande enhet. Det står inte heller i överensstämmelse med EG-domstolens praxis att grunda bedömningen på hur "starkt grepp" en ägare har över ett bolag. Inte heller existensen av en kontroll- och tillsynsmyndighet, Post- & Telestyrelsen, har någon relevans. Att generella lagar av offentligrättslig karaktär är tillämpliga på ett bolag är inte i sig en omständighet som medför att ett bolag är en upphandlande enhet. Postkoncernen anser sig verka på marknader med reell konkurrens.<sup>115</sup> Statliga

<sup>113</sup> Stiftelsen Norrlandsfonden är sannolikt upphandlande enhet.

<sup>114</sup> Med staten avses vid tolkning av LOU staten i vid bemärkelse, såsom kommuner, landsting, kommunala bolag offentliga stiftelser som är upphandlande enheter m.fl.

<sup>115</sup> Detta har utvecklats redan i Postens skrivelse till NOU den 17 november 1998.

anslag för tillhandahållandet av den grundläggande kassaservicen är små, jämförda med koncernens totala omsättning.<sup>116</sup> Behovet av upprätthållandet av kassaservice ifrågasätts.<sup>117</sup> Postbolagen anser att slutsatsen att Posten AB inte kan gå i konkurs till följd av det enhetliga priset för enstaka försändelser är felaktigt. Posten anser att bolagen har vinstkrav, inte omfattas av monopol eller ensamrätt, inte är anslagsfinansierade<sup>118</sup> och inte har några särskilda uppgifter. Posten AB kritiserar också NOU:s användning av dessa kriterier som tecken på att bolagen är upphandlande enheter.<sup>119</sup>

NOU vidhåller sin bedömning från november 1998 och juni 1999<sup>120</sup> att bolagen inom Postkoncernen (med vissa undantag) är upphandlande enheter. NOU vill, utöver det tidigare anförda ange följande. Även om Posten är utsatt för en inte obetydlig konkurrens, förlitar sig staten inte på att de konkurrerande bolagen skall tillgodose den grundläggande uppgiften som anges vara att "alla skall kunna nå alla med meddelanden, varor och betalningar".<sup>121</sup> Uppgiften att tillgodose dessa grundläggande allmännyttiga behov har sålunda inte konkurrensutsatts utan tilldelats Posten AB genom ett icke upphandlat avtal med staten. Så länge Posten genom något av sina dotterbolag fullgör dessa uppgifter är dessa att betrakta som upphandlande enheter, under förutsättning att de övriga förutsättningarna i 1 kap. 6 § LOU är uppfyllda. NOU kan mot bakgrund av den föreliggande utredningen inte se att något annat bolag än Postgirot Bank AB inte uppfyller dessa villkor.<sup>122</sup> Postgirot Bank AB anses inte av NOU utgöra en upphandlande enhet. Vad beträffar invändningen att Posten AB inte driver någon verksamhet, är invändningen rent teoretisk, då LOU omfattar alla anskaffningar, även direktupphandlingar för småbelopp. Det är inte sannolikt att Posten AB inte gjort en enda anskaffning under sin verksamhet.

Posten anger att Sverige och Finland är de enda medlemsstaterna inom EU som har avreglerat postmarknaden. I Finland tillämpar Suomen Posti Oy inte upphandlingsdirektiven. Frågan har dock inte varit föremål för någon utredning. NOU:s efterforskningar har inte lett till någon klarhet angående Suomen Posti Oy. Post Danmark är enligt danska Konkurrencestyrelsen en upphandlande enhet. I flertalet andra stater ligger postdistributionen inom den statliga förvaltningen.

<sup>116</sup> Anges uppgå till 200 miljarder kr jämfört med den totala omsättningen på 24 miljarder kr.

<sup>117</sup> SOU 1998:159, Betalserviceutredningen. Utredningen föreslår att postlagen och statens avtal med Posten bör ändras och den statliga ersättningen till Posten AB bör därför tas bort.

<sup>118</sup> Staten köper av postkoncernen grundläggande kassaservice för 200 miljarder kr till den del av befolkningen som saknar alternativ och det inte är kommersiellt motiverat att bedriva verksamheten.

<sup>119</sup> Kommenteras i denna rapport under rubriken Behovens kommersiella eller industriella karaktär.

<sup>120</sup> NOU:s ärende dnr 1999/0099-21 i vilket NOU meddelade danska Konkurrencestyrelsen att i vart fall Posten AB enligt NOU:s bedömning är en upphandlande enhet.

<sup>121</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 45.

<sup>122</sup> Staten skall enligt uppgift sälja Postgirot Bank AB.

## **SAMHALL AB**

(dnr 1998/0238-28)

Samhall anser att skillnad måste göras mellan moderbolaget Samhall AB, dess regionala bolag, säljbolag och koncerngemensamma bolag. Fr.o.m. januari 2000 har dotterbolagen nedan angivna namn.

Regionala bolag: Samhall Baltic AB, Samhall Bothnia AB, Samhall Brahe AB, Samhall Gotia AB, Samhall Gripen AB, Samhall Midland AB, Samhall Vasa AB  
Affärsbolaget Samhall Kablage AB

Säljbolag: Samhall Femett AB, Samhall IDC AB, Samhall Informationsteknik AB

Koncerngemensamma bolag: Samhall Support AB, Samhall Resurs AB, Samhall Leasing AB.

Samhallgruppen anser att bolagen är inrättade för att täcka behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär. Samhallgruppen omfattas därför inte av LOU. En omfattande omorganisation av hela Samhall har genomförts. De tidigare 13 regionala bolagen har fr.o.m. 1 januari 2000 blivit sju. Samhall AB inklusive servicebolaget Samhall Support AB har i det närmaste halverats. Bolagsordningen skall ändras så att aktierna i fortsättningen skall ge möjlighet till utdelning. Samhall hänvisar till tolkningar av begreppet "industriell eller kommersiell karaktär" som gjorts av advokatfirman Lindahl<sup>123</sup> och Sue Arrowsmith.<sup>124</sup> Samhall anser vidare att ingen bestämd uppfattning kan hämtas från EG-domstolens Arnhem-dom, eftersom denna rör "traditionella allmännyttiga behov". Samhallgruppen anser sig bedriva verksamhet inom ramen för icke traditionella allmännyttiga behov. Samhallbolagen kan indelas i olika kategorier, vilka enligt bolagens egen uppfattning, borde bestå av Samhall AB, Regionala bolag, affärsbolag; servicebolag och säljbolag. Ingen av dessa grupper omfattar bolag som är upphandlande enheter. Samhall anser det angeläget att NOU, innan nämnden tar ställning i frågan, samråder med NOU:s motsvarigheter inom EU-området, för att få frågan belyst i ett enhetligt gemenskapsperspektiv. Olikartad rättstillämpning inom medlemsstaterna kan få besvärliga konsekvenser från konkurrens- och effektivitetssynpunkt.

NOU vidhåller sin bedömning från november 1998 och juni 1999 att Samhallbolagen är upphandlande enheter. NOU fäster vikt vid att Samhall och de i koncernen ingående bolagen saknar ett direkt vinstkrav och har särskilda uppgifter att värna om handikappades rätt till avlönat arbete.<sup>125</sup> Formen för statlig finansiering, att staten betalar s.k. merkostnadsersättning för verksamhet som inte täcks av Samhalls försäljnings- och övriga intäkter, tyder på att verksamheten inte är konkurrensutsatt på lika villkor med andra aktörer på marknaden.<sup>126</sup> Denna

<sup>123</sup> NOU redogör för advokatfirmans uppfattning i rapporten, bilaga E under rubriken Samhall AB. Firman ansåg att det finns skäl att ifrågasätta om rekvisitet behov i det allmännas intresse omfattar allmänpolitiska strävanden eller åtgärder då verksamheten primärt är inriktad på att tillfredsställa arbetshandikappades rätt till arbete samt gjorde bedömning att uppgiften "att bereda människor arbete är en typisk kommersiell företeelse, låt vara att det harmoniserar med politiska strävanden".

<sup>124</sup> The Law of Public and Utilities Procurement, sid. 110

<sup>125</sup> Att Samhall inte har ensamrätt till denna arbetskraft påverkar inte bedömningen.

<sup>126</sup> Ersättningen bestäms årligen och är baserad på det antal timmar Samhall åtagit sig att bereda sysselsättning. Arbetstimmar som inte ryms inom den bestämda tidsramen berättigar inte till

bedömning görs också mot bakgrund av att Samhalls prissättning och konkurrenspolicy står under insyn av särskilt organ, Kontaktrådet, som består av representanter för näringslivet. Samhall är som företag Sveriges femte största arbetsgivare.<sup>127</sup> Bolagen är helägda av staten och statens ägande motiveras av behovet att uppfylla sektorpolitiska mål, t.ex. social-, närings- eller arbetsmarknadspolitiska. NOU anser därför att Samhall och dess dotterbolag, vilka inte har någon självständig verksamhet vid sidan om Samhalls huvudinriktning, är upphandlande enheter eftersom dessa har inrättats för att tillgodose allmännyttiga behov av arbete för handikappade och dessa behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>128</sup> Bolagen är juridiska personer och är helt ägda av staten. Samtliga bolag inom koncernen bör därför anses vara upphandlande enheter.

Samhall och NOU känner endast till ett bolag i Storbritannien, Remploy Limited, som på något sätt kan jämföras med Samhall AB och dess verksamhet. Remploy anställer personer med arbetshandikapp och är ett statligt bolag som erhåller statsbidrag från brittiska staten för sin verksamhet. Bolagets jurist anger att Remploy visserligen omfattas av definitionen "contracting authority" men är undantaget i och med att företaget bedriver industriell och kommersiell verksamhet.<sup>129</sup>

### **SOS ALARM SVERIGE AB**

(dnr 1998/0277-28)

SOS Alarm Sverige AB och dotterbolaget SOS Alarm Flygambulans AB tillämpar inte LOU och bolagen anser sig inte vara upphandlande enheter. Skälet härtill är att verksamheten bedrivs i vinstsyfte på helt kommersiella villkor och på en konkurrensutsatt marknad. Detta gäller även avtalet med staten avseende mottagning och vidarekoppling av s.k. 112-samtal. Det nu gällande avtalet med staten löpte ut den 31 december 1999. Behovet är av allmänt intresse men av kommersiell karaktär. SOS bär risken för att uppdraget inte blir lönsamt. Staten tillskjuter inga ytterligare medel utöver dem som förhandlats fram mellan parterna. Även de övriga verksamheterna sjukvårdsupplysnings-, säkerhets-och jourteletjänster är kommersiella.

NOU kan inte godta bolagets bedömning och vidhåller sin bedömning från november 1998 att SOS Alarm Sverige AB är upphandlande enhet. Regeringen anger att SOS Alarm är landets enda renodlade specialist på larmmottagning och

---

ersättning. Samhall anser att ersättningen från principiell synpunkt inte nämnvärt skiljer sig från bidrag som privata företag beviljas i anställningsfrämjande syfte.

<sup>127</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 10. Som källa anges Affärsvärlden. Samhall uppges ha över 25 000 anställda i Sverige (29 000 anställda enligt Samhalls skrivelse till NOU).

<sup>128</sup> I skrivelsen från Samhall den 25 maj 1999 anges att Samhall har "tillkommit i syfte att ge funktionshindrade möjlighet att delta i produktion av varor och tjänster. Produktionen sker därför med anpassning till de funktionshindrades förutsättningar. Det är vidare förutsatt att uppdraget skall genomföras med fullt iakttagande av marknadens villkor."

<sup>129</sup> NOU har från Samhall erhållit ifrågavarande meddelande. I detta anges. " ...Remploy is NOT a contracting authority because of its industrial/commercial operations. /.../ Position confirmed with our sponsoring department."

åtgärdsstyrning. Sedan starten 1974 har företaget svarat för samordning av räddningsuppdrag av bland annat polis, brandförsvaret, ambulans, sjöräddning, jourhavande läkare, fjällräddning och militär. En särställning av betydelse är att SOS Alarms ägarstruktur gör att företaget står oberoende i förhållande till larminstallatörer, jourföretag och utryckningstjänster. Bolaget ansvarar på uppdrag av sina ägare för SOS-tjänsten i Sverige, genom att ta emot och förmedla larm på nödnumret 112. För kommunernas räkning alarmeras räddningstjänsten och för landstingen alarmeras och dirigeras ambulansstrafiken. På uppdrag av landstingen ansvarar SOS Alarm även för sjukvårdsupplysningen. Regeringen anger att SOS Alarms verksamhet delvis har en ensamställning på marknaden. Vidare ägs bolaget till hälften av staten och resten av Förenade Kommunföretag och Landstingsförbundet, vilket gör att NOU anser att bolagen är upphandlande enheter. Av utredningen framgår inte att dotterbolaget skulle tillgodose något annat syfte än moderbolaget. Även dotterbolaget skall anses utgöra upphandlande enhet.

SOS Alarm anger att det finns bolag med motsvarande verksamhet i Norge och Danmark. Dessa anser sig inte vara upphandlande enheter. NOU har från danska och norska myndigheter fått svaren att de danska företagen är privatägda och således inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv medan flygambulans i Norge har upphandlats. Norska socialdepartementet genom Akut medicinsk kommando central koordinerar resurser i akutlägen.

### **SP - SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNING SINSTITUT AB**

SMP Svensk Maskinprovning AB och SITAC AB (dnr 1998/0279-28)

Företaget anser sig inte vara upphandlande enhet och anger följande. SP instämmer i att företaget är en juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation. SP anser sig vara en organisation som inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse men övervägande skäl talar för att de behov som SP tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär. SP anser att NOU sammanblandat arten av behoven och karaktären hos den upphandlande enheten.<sup>130</sup> SP hänvisar till uttalandena vid bolagiseringen av SP<sup>131</sup> och betonar att företaget skulle vara ett nationellt expertorgan "i enlighet med industrins behov" och förse "svensk industri med det underlag som krävs för att kvalificera produkter för de stora exportmarknaderna". Idag omfattar SP:s verksamhet alla de delar som är karakteristiska för ett forskningsinstitut. Tjänsterna kommer in i alla led från utveckling till användning av produkter och system. I teknikspridningen, vilken är speciellt inriktad mot små och medelstora företag, ingår aktiviteter som kunskapsförmedling och olika former av utbildning. De behov SP tillgodoser är därför av industriell eller kommersiell karaktär.

<sup>130</sup> Rapportens bilaga E, sid. 10 - 11. NOU kommenterar detta ovan under rubriken "Behovens kommersiella eller industriella karaktär".

<sup>131</sup> Prop. 1992/93:239.



Dotterbolagen SMP - Svensk Maskinprovning AB och SITAC AB bör enligt SP bedömas var för sig och oberoende av SP.<sup>132</sup> SMP arbetar främst med besiktningar av entreprenadmaskiner, lyftanordningar, hissar, portar, m.m. Vidare utförs säkerhets-, kapacitets- och miljöprovningar av maskiner och utrustningar. Sitacs verksamhet består av certifiering/typgodkännande av byggprodukter samt certifiering av byggprodukter samt certifiering av personer. SP anger att de båda dotterbolagen arbetar på marknader som kännetecknas av stark konkurrens. Dotterbolagen bedriver ingen forskning utan aktiviteterna består av mer standardiserade tjänster. SP påpekar att företagen har vinstsyfte, ingen monopolsituation, inga anslag och inga särskilt angivna uppgifter.<sup>133</sup> SP anser att även dotterbolagen har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär.

NOU kan inte godta SP:s bedömning och vidhåller sin bedömning från november 1998 att företaget är upphandlande enhet. Av utredningen framgår att SP erbjuder näringsliv och samhälle tjänster inom teknisk utvärdering, mätteknik, forskning och utveckling präglade av kompetens, effektivitet, opartiskhet och internationell acceptans och bidrar därmed till näringslivets utveckling och konkurrenskraft samt till säkerhet, resurshållning och god miljö i samhället. SP fungerar som en länk mellan den akademiska forskningen och företagets behov av teknisk kunskap. Verksamheten startade år 1920 under namnet Statens Provningsanstalt. Det nuvarande företaget bildades året 1993 sedan riksdagen beslutat att överföra verksamheten till det nybildade företaget.<sup>134</sup> De ekonomiska målen är formulerade i propositionerna som föregick bolagiseringen. Verksamheten skall generera de överskott som erfordras för investeringar och utveckling hos ett teknik- och forskning och utvecklingsinstitut på en europeisk nivå. Avkastningskraven skall ställas utifrån normala kommersiella bedömningar med beaktande av verksamhetens förutsättningar. Företaget skall bidra till näringslivets utveckling och konkurrenskraft samt till säkerhet, resurshållning och god miljö i samhället.<sup>135</sup> Dessa krav kan enligt NOU:s bedömning anses vara av allmänt intresse som saknar kommersiell karaktär. Företaget skall vidare utgöra en länk mellan den akademiska forskningen och företagets behov av teknisk kunskap. Även denna verksamhet synes vara allmännyttig genom att det ligger i samhällets

<sup>132</sup> SP hänvisar till EG-domstolens domar och konstaterar att NOU i sin tidigare utredning inte gjort någon analys av dotterbolagen.

<sup>133</sup> SP pekar i och för sig med rätta på att dessa kriterier för "kommersiellt bolag" är av begränsat värde genom att det främst avser karaktären hos det upphandlande bolaget.

<sup>134</sup> Prop. 1992/93:239, bet. 1992/93:NU32.

<sup>135</sup> Under 1998 har SP genomfört den andra etappen i uppdraget från regeringen gällande tekniköverföring till små och medelstora företag (SMF) omfattande 150 projektaktiviteter i samverkan med 450 företag, bland annat vad gäller utveckling och marknadsintroduktion av produkter, information om regler på olika exportmarknader och framtagning av produktdokumentation. Under hösten 1998 beslutade regering och riksdag att ge SP det samlade ansvaret för den grundläggande fysikaliska mättekniken i landet. Avsikten är att skapa ett nationellt metrologiskt institut enligt den modell som gäller inom andra EU-länder. Huvuddelen av verksamheten finns sedan tidigare samlad vid SP. Företaget deltar bland annat i bildandet av ett centrum för miljödriven företagsutveckling. Avsikten är att institutet skall bli en länk mellan forskning, utbildning och företagets konkreta miljöarbete. Efterfrågan på SP:s tjänster inom utvärdering, utveckling och forskning ökade under 1998 och förutses

intresse att resultaten av akademisk forskning inte stannar inom den akademiska världen men kommer industrin till godo. SP är helägt av staten och är delvis anslagsfinansierat för vissa tjänster.<sup>136</sup> Företaget har enligt NOU:s bedömning inte visat att dessa förutsättningar ändrats genom något formellt beslut om förändring av bolagets verksamhet (t.ex. riksdagsbeslut, ändring av bolagsordning). NOU anser att förutsättningarna för att företaget skall anses vara en upphandlande enhet är uppfyllda.

För den händelse att något eller några av bolagen inte arbetar med ensamrätt eller inte till någon del är anslagsfinansierade torde detta eller dessa dotterbolag inte omfattas av LOU.<sup>137</sup>

SP och NOU känner inte till några företag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med företaget och dess verksamhet.

#### **STATLIGA AKADEMISKA HUS AB**

Med åtta helägda dotterbolag (dnr 1998/0229-28)

Med Dotterbolagen avses Statliga Akademiska Hus i Göteborg AB, Statliga Akademiska Hus i Linköping AB, Statliga Akademiska Hus i Luleå AB, Statliga Akademiska Hus i Lund AB, Statliga Akademiska Hus i Stockholm AB, Statliga Akademiska Hus i Ultuna AB, Statliga Akademiska Hus i Uppsala AB och Statliga Akademiska Hus Umeå AB.

Bolagen anser sig inte vara upphandlande enheter och anger följande.

Bolagsordningarna för koncernens bolag innehåller inte några bestämmelser om att bolagets syfte är annat än att bereda dess aktieägare vinst. Koncernens hyresgäster hyr lokaler av dotterbolagen. Hyresgästerna har inte någon skyldighet att hyra sina lokaler av koncernen. Koncernen är utsatt för konkurrens från bl.a. privata hyresvärdar och måste, för att få hyra ut sina lokaler, kunna erbjuda konkurrenskraftiga villkor. I praktiken tillgodoser universiteten och högskolorna i stor utsträckning sitt lokalbehov genom andra hyresvärdar än koncernen. Koncernen står därför en risk för att dess lokaler inte hyrs ut och att företaget därigenom ådrar sig förluster vilka i förlängningen skulle kunna leda till att Akademiska Hus eller några av bolagen försätts i konkurs. Koncernen är utsatt för risker i sin verksamhet. Akademiska Hus gör upplåning från de finansiella marknaderna på egna meriter utan statliga garantier. Övervägande skäl talar mot att Akademiska Hus och dess dotterbolag skulle utgöra upphandlande enheter.

NOU kan inte godta företagens bedömning och anser att koncernens bolag är upphandlande enheter. Akademiska Hus bildades i samband med Byggnadsstyrelsens ombildning 1992 - 93. Koncernen skulle dels garantera långsiktigheten och upprätthålla värdet i statens innehav av högskolefastigheter, dels garantera att fastighets- och förmögenhetsförvaltningen genomfördes på ett kompetent och effektivt sätt. Koncernen skulle erbjuda universitet och högskolor ändamålsenliga lokaler och service på marknadsmässiga villkor.<sup>138</sup> Av regeringens

<sup>136</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 17.

<sup>137</sup> NOU har inte haft möjlighet att kontrollera alla nödvändiga förutsättningar avseende bolagen.

<sup>138</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 124.

skrivelse år 1998<sup>139</sup> framgår att Akademiska Hus AB, tillsammans med Svenska Lagerhus AB och Kasernen Fastighets AB, anses tillhöra sådana företag som skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten.<sup>140</sup> Regeringen angav att dessa företag, till skillnad mot kommersiella fastighetsförvaltningsbolag som Vasakronan AB<sup>141</sup>, inte drivs med vinstkrav. Akademiska Hus anges ha delvis ensamställning på sin marknadssektor.<sup>142</sup> Styrelserna i Akademiska Hus utses numera utan särskilda krav på representation från berörda universitet och högskolor.

NOU inser att Akademiska Hus AB utsätts för konkurrens, särskilt i nyetablerings- och nybyggnadssituationer. Frånvaron av konkurrens är dock enligt EG-domstolen inte en nödvändig förutsättning för att en organisation omfattas av upphandlingsdirektiven och därmed av LOU. Koncernen förvaltar dock även fastighetsbestånd av ändamålskaraktär. Gemensamt för dessa är enligt prop. 1997/98:137, sid. 8 att fastigheterna är "starkt förbundna med viss statlig verksamhet och att de inte kan förvaltas på renodlat kommersiella grunder. Ett motiv för ett långsiktigt statligt ägande av ändamålsfastigheter är att kunna erbjuda statlig verksamhet långsiktiga och stabila förutsättningar." Genom att åt staten förvalta och till universitet och högskolor tillhandahålla specialanpassade ändamålsfastigheter<sup>143</sup> uppfyller Akademiska Hus AB kraven på att vara ett företag inrättat för att tillgodose behov i det allmännas intresse, vilket inte är av kommersiell eller industriell karaktär.<sup>144</sup> Även om situationen varit sådan att endast en mindre del av verksamheten hade sådan karaktär, påverkar detta inte

<sup>139</sup> Skr 1998/99:20.

<sup>140</sup> I prop. 1997/98:137 återges utredningens (SOU:1997:96) definition av en ändamålsfastighet som "i regel består av en byggnad som helt saknar eller har en mycket liten alternativ användning och att den har skräddarsytt för sitt ändamål. Vissa lokaler är så specialanpassade till unika hyresgästbehov, läge och funktion att hyresvärden sannolikt aldrig kan finna en alternativ användning som på ett rimligt sätt kan förränta kapitalet. Ett ömsesidigt och starkt beroendeförhållande föreligger mellan hyresvärd och hyresgäst."

<sup>141</sup> Vasakronan AB har, såvitt framgår av tillgänglig utredning, numera renodlats till ett rent kommersiellt fastighetsbolag. De fastigheter, som var speciella ändamålsfastigheter, har lagts in i det nybildade bolaget Specialfastigheter Sverige AB. Se prop. 1997/98:137, sid. 11. NOU har i ett tidigare beslut 1997/0271-21 angivit att Vasakronan inte omfattas av LOU och vidhöll denna bedömning i rapporten 1998.

<sup>142</sup> Regeringens prop. 1992/93:37 "Ny organisation för förvaltning av statens fastigheter och lokaler m.m." och prop. 1997/98:137 "Förvaltning av statens fastigheter och statliga myndigheters lokalförsörjning". På sidan 9 anges bl.a. att högskolornas fastigheter kan vara både placeringsfastigheter och starkt specialiserade ändamålsfastigheter. Vissa är kulturfastigheter (Uppsala och Lunds universitetsmiljöer), vissa disponeras med särskilda villkor och i vissa fall har man eftersträvat sammanhållna campusområden.

<sup>143</sup> Regeringen anger i prop. 1997/98:137, sid. 8 att en fastighetsrörelse av ändamålskaraktär vanligtvis inte utgör en självständig affärsidé, utan fastighetsrörelse bedrivs i ett ömsesidigt beroendeförhållande med en primärverksamhet. Inriktningen bör vara att stödja den myndighet som brukar ändamålslokalerna i sin verksamhet. "De ekonomiska målen får här inte samma mening som i en fullt konkurrensutsatt verksamhet där ekonomiska resultatmått fungerar som det viktigaste, och kanske det enda, kriteriet för effektivitet."

<sup>144</sup> Enligt utredningen SOU:1997:187 är det inte meningsfullt att angående sådana fastigheter tala om en marknad eller marknadsläk hyra.

bedömningen.<sup>145</sup> Detta tillsammans med statens ägande medför att samtliga bolag i Akademiska Hus koncernen utgör upphandlande enheter.

Såvitt bolaget och NOU känner till finns det inte några bolag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är jämförbara med Akademiska Hus.

### **SVENSKA LAGERHUS AB**

Dokumenthuset i Sverige AB (dnr 1998/0280-28)

Bolaget anser sig fortfarande inte vara upphandlande enhet och anger följande. Lagerhus har i skrivelse till Finansdepartementet den 11 december 1998 yttrat sig i frågan. Bolaget anser att NOU:s rapport i väsentliga delar bygger på felaktiga faktauppgifter och på antaganden som inte är korrekta. NOU har inriktat sig på den verksamhet och det syfte som förelåg då Lagerhus inrättades och bolagiserades. Företagets syfte, mål och verksamhet har härefter under åren genomgått stora förändringar. Företaget skall bedömas efter den verksamhet som bedrivs idag och efter de förhållanden under vilka verksamheten numera bedrivs. Lagerhus drivs i vinstsyfte och med höga vinstkrav. Fastighetsförvaltning utgör inte Lagerhus huvudsakliga verksamhet. Tjänsteförsäljning utgör 50 procent av intäkterna. Den del av faktureringen som är hänförlig till myndigheter och organisationer uppgick under 1998 till ca 72 procent. Beredskapslagringen är på väg att reduceras. Museiverksamheten bedrivs enligt strikta kommersiella principer och verksamheten bedrivs inte i de fall den är olönsam. Spannmålslagring är under avveckling, men är och har varit lönsam. Underhåll av medicinsk utrustning bedrivs i partnerskap med andra privata intressenter. Företaget har ett vinstkrav, omfattas inte av något lagstadgat monopol, är ej anslagsfinansierat och ej ålagt att bedriva verksamhet av väsentligt samhällsintresse.

Dokumenthuset ägs till 25 procent av WM-data AB. Av kunderna återfinns 75 procent inom den privata sektorn. Dokumenthus arbetar nationellt och internationellt med databaserad dokumenthantering, innefattande så kallad postfångst, digitalisering av data och image av stora dokumentströmmar och annan angränsande verksamhet. Verksamheten bedrivs i hård konkurrens och under strikta lönsamhetskrav. Största kunder är bank- och försäkringsväsendet men även andra företag och organisationer.

NOU har inte hunnit tillmötesgå Svenska Lagerhus AB:s begäran om ett sammanträde. Av NOU:s skriftliga utredning framgår följande. Företaget är helägt av staten. Verksamheten startade 1917 och bygger nu på ett beslut i riksdagen år 1954. Lagerhus skall enligt beslutet förvalta de statliga lagerhusen, handha lagring av spannmål, frö, fodermedel och andra varor ävensom bedriva handel och annan verksamhet som är förenlig med lagerrörelsen. Lagerhus skulle vidare i sin verksamhet vara beredd att åta sig de särskilda uppgifter som avtalades med statsmakterna. Företaget förvaltar vidare ca. 200 anläggningar med en total

<sup>145</sup> Mannesmann-domen, p. 25. NOU anser sig därför inte kunna göra någon bedömning på grundval av "övervägande skäl", vilken Akademiska Hus efterlyste.

lageryta om cirka 550 000 kvadratmeter på ett hundratal platser i landet. En del av anläggningstillgångar överläts i januari 1992 till Lagerhus från Överstyrelsen för Civil Beredskap (ÖCB). Lagring av beredskapsförnödenheter (inklusive medicinsk utrustning) i händelse av kris och krig finns i viss utsträckning kvar. Enligt regeringens bedömning år 1998 hörde Lagerhus till sådana företag som skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten.<sup>146</sup> Lagerhus har också erhållit partihandelstillstånd för läkemedel och har därigenom fått möjlighet att erbjuda olika kunder tredjepartslogistik av läkemedel, vilket kan utvecklas till en kompletterande verksamhet.

NOU beaktar att verksamheten anges drivas kommersiellt och finansieras uteslutande av försäljningsintäkter. Verksamheten anges vara konkurrensutsatt i och med att myndigheterna måste upphandla de tjänster Lagerhus erbjuder i enlighet med LOU. Vid bedömning av de allmänna behov, vilka Lagerhus skall tillgodose, måste dock beaktas att företaget fortfarande fullgör det syfte företaget inrättats för, nämligen beredskaps-, katastroflagring och förvaring av offentlig egendom. Detta medför att företagen får anses ha inrättats i syfte att tillgodose ett behov i det allmännas intresse och företaget fortfarande tillgodoser detta behov. Behovet kan, trots den affärsrättsliga formen för övrig verksamhet, inte anses vara av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>147</sup> Företaget är en juridisk person och är helägt av staten. Svenska Lagerhus AB bör därför anses vara en upphandlande enhet.

NOU kan mot bakgrund av tillgängligt material inte se annat än att det majoritetsägda dotterbolaget, Dokumenthuset i Sverige AB inte fullföljer motsvarande uppgifter av allmännyttig och icke-kommersiell karaktär vad beträffar databaserad dokumenthantering. NOU anser sig därför inte ha stöd för att vidhålla att Dokumenthuset i Sverige AB är upphandlande enhet.

NOU känner inte till om det finns några företag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är jämförbara med företaget och dess verksamhet.

## **SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD AB**

(dnr1998/0259-28)

Företaget är tveksamt till om det är en upphandlande enhet och anger följande. Företagets aktiviteter anpassas till respektive marknad, vilket också innebär att en hög andel av inköpen sker utomlands. Detta sker mycket decentraliserat och i nära samverkan med näringslivet för att nå den medfinansiering som eftersträvas. Medfinansieringen från näringslivet till aktiviteter med statlig finansiering överstiger i genomsnitt förhållandet 2:1. Att formalisera upphandling av marknadsföringstjänster leder enligt företagets mening till fördyring för organisationen. Företaget nämner även arbetskulturen utomlands, att effektiviteten

<sup>146</sup> Se ovan vad som anförs om Akademiska Hus AB.

<sup>147</sup> Mannesmann-domen p. 24 och 25. I den sistnämnda punkten anges att det förhållande att det endast är en relativt obetydlig del av verksamheten som består av att tillgodose allmänna intressen inte är relevant, då en upphandlande enhet fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose.

måste kunna mätas och följas upp på ett annat sätt samt att medfinansieringsviljan från näringslivet sannolikt blir lägre med en mera formaliserad arbetsgång.

NOU, som haft även muntliga telefonkontakter med företaget, vidhåller sin bedömning från november 1998 att företaget är en upphandlande enhet. Företaget godtar att det inrättats i ett allmännyttigt syfte utan kommersiell karaktär<sup>148</sup> men anser att förutsättningarna i 1 kap. 6 § andra stycket inte är uppfyllda eftersom staten endast äger halva aktiekapitalet. Av årets redogörelse för företag med statligt ägande framgår att proportionerna av kapital som tillskjutits till projektkostnaderna av staten och näringslivet har växlat under åren. I övrigt anges att projektsamverkan med näringslivet förekom på en rad områden. Värdet av denna samverkan, som ej redovisas i Turistrådets årsredovisning, överstiger 25 (99) miljoner kronor. Beaktat detta tillägg har näringen finansierat 47 procent (52) och staten 53 procent (48) av verksamheten 1998. Staten har beviljat 68,5 miljoner kronor som anslag för 1999. För 1998 var anslaget 68,1 miljoner kronor och för 1997 68,4 miljoner kronor. För 1997 erhöles ett engångsbelopp om 90 miljoner kronor. Staten har därutöver medfinansierat ett antal EU-projekt de senaste åren.<sup>149</sup> NOU anser därför att staten, utöver hälften av aktiekapitalet, i vart fall periodvis tillskjuter även merparten av företagets rörelsekapital. Företagets revisorer utses av RRV. NOU anser därför att villkoret om statens beslutande inflytande är uppfyllt och att Sveriges Rese och Turistråd AB är en upphandlande enhet. Om avsikten emellertid är att staten i vid bemärkelse (inklusive kommuner, kommunala bolag, offentliga stiftelser och andra upphandlande enheter) inte skall tillskjuta bolagets huvudsakliga rörelsekapital, då torde företaget inte vara en upphandlande enhet.

NOU har inte fått kännedom om något annat företag i medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med Sveriges Rese- och Turistråd AB.

### **TERACOM AB**

Dotterbolagen Teracom Components AB, Factum Elektronik AB och Boxer TV-Access AB<sup>150</sup> (dnr 1998/0281-28)

Företaget anser att det inte bör omfattas av LOU och anger bl.a. följande. Företaget anser sig inte ha ensamrätt på utsändningstjänster. Företagets verksamhet är utsatt för konkurrens. Företagen skall bedömas var för sig.

Teracom AB:s huvuduppgifter är utsändning av radio och TV. Företagets verksamhet har dominerats av utsändningar av public service företagen (Sveriges

<sup>148</sup> Syftet med inrättandet anges vara att Sverige skall ha en hög attraktionskraft som turistland och en långsiktig konkurrenskraftig turistnäring. Sveriges Rese- och Turistråd AB har till uppgift att svara för övergripande marknadsföring och information utomlands av Sverige som turistland. Turismen bedöms ha stor betydelse för sysselsättningen, särskilt i vissa regionalpolitiskt prioriterade områden. Se närmare i prop. 1994/95:100 bil. 13 och prop. 1994/95:177, bet. 1994/95:KrU28, rskr. 1994/95:395.

<sup>149</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 150. Uppgifter inom parentes anger belopp för året 1997.

<sup>150</sup> Teracom anger att dotterbolagen HD-Divine AB och Nordic Digital Television AB inte längre bedriver någon verksamhet.

Television AB, Utbildningsradio AB och Sveriges Radio AB och TV AB). Dessa företag gör rikstäckande sändningar med tillstånd av regeringen. I de villkor som bifogas tillstånden anges att företagen skall köpa utsändningstjänster från Teracom AB. Utsändningsverksamheten i denna del är därmed inte konkurrensutsatt men skall bedrivas med skälig lönsamhet. Teracoms konkurrensutsatta verksamhet motsvarar ca 38 % av omsättningen under år 1997. I ett avtal som bilagts regeringens beslut om att digitala TV-sändningar skall inledas i Sverige ingår bl.a. att Teracom AB skall handha den tekniska driften av multiplexar och vara sändaroperatör. NOU delar Teracom AB:s egen bedömning att företaget står under kontroll av det allmänna och att staten har tillskjutit aktiekapitalet och utser mer än halva antalet ledamöter i styrelsen. NOU anser dock till skillnad från Teracom att företaget har inrättats för att täcka ett behov i det allmännas intresse och att dessa behov inte är av kommersiell eller industriell karaktär eftersom företagen har särskilda uppgifter och i princip monopol för delar av verksamheten. SVT, SR och UR samt TV 4 är ålagda att anlita Teracom.<sup>151</sup> Teracom AB skall därför anses vara en upphandlande enhet.

NOU har inte fått fram några uppgifter om att Teracoms dotterbolag Teracom Components AB och Boxer TV Access AB skulle tillgodose andra behov än de som Teracom tillgodoser inom ramen för den allmännyttiga verksamheten. Vid sådant förhållande är även dessa bolag upphandlande enheter. Factum Electronic AB bedriver dock konsultverksamhet och kan mot bakgrund av tillgänglig material inte anses utgöra upphandlande enhet.

NOU känner inte till några företag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med Teracom och dess verksamhet.

## **NOU anser att följande företag inte är upphandlande enheter**

### **AB BOSTADSGARANTI**

(dnr 1998/0272-28)

Företaget anser sig inte vara upphandlande enhet. Tillgängliga uppgifter visar att företagets ägande och styrelsrepresentation inte är sådan att kravet på statligt inflytande är uppfyllt. NOU anser därför inte att AB Bostadsgaranti är en upphandlande enhet.

Såvitt företaget och NOU känner till finns det inte några företag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med företaget och dess verksamhet. Bostadsgarantibolaget har fått denna information från Association of European Home Warranty Organisations.

---

<sup>151</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 17.

## AMUGRUPPEN AB

(dnr 1998/0232-28)

Dotterbolagen är AmuGruppen Hadar AB och NU Personaluthyrning AB. AmuGruppen anser sig inte vara upphandlande enhet och framförde i sina skriftliga inlagor<sup>152</sup> och vid sammanträden med NOU<sup>153</sup> i huvudsak följande. AmuGruppen anser att företaget och dotterbolagen inte fyller något (specifikt) behov i det allmännas intresse, i vart fall inte något behov som inte är kommersiellt. Företaget är således inte någon upphandlande enhet. AmuGruppen pekar på de förändringar som skett inom AmuGruppen under de senaste åren. Syftet med AmuGruppen har gradvis förändrats därhän att det numera i de styrdokument som gäller för företaget inte finns några spår av annat än ett kommersiellt intresse från statens sida. AmuGruppen är inte en del av sysselsättningspolitiken på annat sätt än vilket utbildningsföretag som helst som konkurrerar om statliga eller privata utbildningsuppdrag. Det framgår även numera av bolagsordningen<sup>154</sup> att staten kan tänka sig att andra ägare tar över företaget. Något krav på att utbildning skall erbjudas i hela landet finns inte längre. Enligt nämnden är kapitaltillskottet på MSEK 600 till företaget 1996 ”ett indicium på AmuGruppens allmännyttiga karaktär”. I själva verket innebar statens beslut att sanera företaget ett val mellan ett antal alternativ som vilken ägare av ett aktiebolag som helst hade ställts inför vid en radikal förändring av marknadsförutsättningarna. Staten valde därvid att rädda företaget från konkurs och tillskjuta medel för omstrukturering av företaget till en lönsam, flexibel men fortfarande mångfacetterad utbildningsrörelse. Samtidigt klargjordes att ytterligare kapitaltillskott inte kunde påräknas. Det anslag från staten som AmuGruppen uppbär härrör från ett avtal om kostnadsfördelning som träffades vid företagets bildande 1993, varigenom företaget mot viss ersättning från staten tog över ansvaret för vissa lokaler med långa hyreskontrakt som redan då översteg företagets behov. För år 1999 uppgår ersättningen från staten för lokalerna till knappt tre miljoner kronor. Det finns inte längre något som tyder på att AmuGruppen skall bidra till något sektorpolitiskt mål. Att sådana ordalag förekom ännu 1998 får närmast tillskrivas slentrian. Koncernen har beslutat att fr.o.m. mars 2000 byta namn till Lernia AB. Den minskade andelen av arbetsmarknadsutbildning tillsammans namnbytet visar att den tidigare mycket starka kopplingen till arbetsmarknadsutbildningen upphört. Skulle AmuGruppen anses vara en upphandlande enhet skulle det enligt företagets mening påtagligt hämma konkurrensen på utbildningsområdet.

<sup>152</sup> AmuGruppen har inkommit med flera inlagor, senast den 19 januari 2000. I beslutsunderlaget ingår även en skrivelse från bolagets revisor vid KPMG.

<sup>153</sup> Representanter för AmuGruppen och NOU har träffats två gånger och har haft flera telefonsamtal. Därvid överlämnades även ägardirektiv av den 13 april 1999, aktuell bolagsordning, årsredovisning, PM för Näringsdepartementets räkning daterad 1999-03-19 angående LOU:s tillämpning på AmuGruppen m.m.

<sup>154</sup> Bolaget åberopar t.ex. § 7 andra stycket i bolagsordningen.



NOU fäster sig vid att det har skett viktiga formella förändringar. Begreppet arbetsmarknadsutbildning är numera struket i bolagsordningen<sup>155</sup>, styrelsen utses av bolagsstämman och staten som ägare har givit uttryck för att även annan än staten kan vara en framtida ägare. Enligt de aktuella ägardirektiven skall AmuGruppen "koncentreras mot områden där lönsamhet samt uthållighet och konkurrensfördelar kan uppnås" Gruppen behöver inte längre "samråda med arbetsmarknadens parter bl a i fråga om inriktningen, omfattningen och utbildningsverksamheten" och utbildning behöver inte längre erbjudas i hela landet.

Av utredningen framgår att företaget ursprungligen inrättades i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse, ett behov som ej är av industriell eller kommersiell karaktär och företagets kapital huvudsakligen tillskjutits av staten som också tillsatt hela företagets styrelse. AmuGruppen AB är ett av staten helägt aktiebolag. Trots stora förändringar bedrev bolaget till ganska nyligen i stort sett samma verksamhet som det fram till 1985 bedrev inom ramen för Skolöverstyrelsen och därefter och till juli 1993 inom en statlig uppdragsmyndighet, AmuGruppen. Myndigheten hade med nu gällande regler varit att anse som en upphandlande enhet enligt bestämmelserna i LOU. I förra årets redogörelse över statliga bolag klassificerades AmuGruppen AB som ett bolag som tillkommit för "Uppfyllande av sektorpolitiska mål" och att AmuGruppen AB fortfarande var ett bolag med särskilda arbetsuppgifter, dvs. "ett bolag som ålagts att bedriva verksamhet av väsentligt samhällsintresse oavsett om verksamheten är olönsam eller ej". I årets utgåva<sup>156</sup> anges att AmuGruppen skall "medverka till att den enskilde får hög kompetens och god anställningsbarhet, och därmed en bra beredskap för ett föränderligt arbetsliv". Ägardirektiven visar dock att staten har nya krav på verksamhetens inriktning.

Då bolaget ägs av staten och är en juridisk person är frågan om AmuGruppen har visat att det inträffat sådan formell förändring att bolaget inte längre har till uppgift att täcka ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Vad som tidigare anförts under rubriken "Tidsaspekten" och en avvägning av de olika argumenten ledde till att NOU ansåg att övervägande skäl talade för att AmuGruppen AB, AmuGruppen Hadar AB och NU Personaluthyrning inrättades i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse och att detta behov inte var av industriell eller kommersiell karaktär. Nyttillkommen utredning visar dock att det ursprungliga syftet har övergivits och inte längre fullföljs av bolagsgruppen.<sup>157</sup> Bolagen bör därför inte anses vara upphandlande enheter.

<sup>155</sup> Arbetsmarknadsutbildning är numera ersatt av yrkesutbildning och yrkesförberedande utbildning. Kopplingen till arbetsmarknadsutbildning finns ej längre i AmuGruppens bolagsordning.

<sup>156</sup> Skr. 1999/2000:20, sid. 92.

<sup>157</sup> Enligt § 2 bolagsordningen skall bolaget bedriva utbildning för arbetslivet med huvudinriktning på yrkesförberedande utbildning, företagsutbildning och rehabiliteringsutbildning samt därmed förenlig verksamhet.

Varken AmuGruppen eller NOU känner till några bolag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är jämförbara med AmuGruppen.

### **AB SVENSK EXPORTKREDIT**

(dnr 1998/0274-28)

NOU:s bedömning är att bolaget lämnar statsstödda krediter, vilket får anses vara ett behov i det allmännas intresse<sup>158</sup> och att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Staten äger dock endast hälften av aktierna medan övriga aktier ägs av kommersiella banker.<sup>159</sup> NOU anser därför att kravet på statligt bestämmande inflytande i form av tillskjutet kapital och styrelserepresentation inte är uppfyllt. AB Svensk Exportkredit är inte en upphandlande enhet i LOU:s mening.

### **VÄRDEPAPPERSCENTRALEN VPC AB**

(dnr 1998/0282-28)

Bolaget anser sig inte vara upphandlande enhet och anger följande. I juli 1999 såldes statens 50 procentiga aktieinnehav i VPC till fyra banker. Staten har därefter inget inflytande i form av styrelserepresentation eller tillsyn. NOU:s tidigare ställningstagande kan inte längre anses aktuellt.

NOU godtar till följd av de inträffade förändringarna att VPC inte längre är upphandlande enhet enligt LOU. Den form av tillsyn som Finansinspektionen utövar synes inte vara tillräcklig för att anse att VPC står under statligt inflytande i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

## **Bolag som anger att de helt eller delvis tillämpar LOU**

### **ALMI FÖRETAGSPARTNER AB**

med dotterbolag (dnr 1998/0231-28)

ALMI Företagspartner AB har dotterbolag ALMI Företagspartner Blekinge AB, ALMI Företagspartner Dalarna AB, ALMI Företagspartner Gotland AB, ALMI Företagspartner Gävleborg AB, ALMI Företagspartner Halland AB, ALMI Företagspartner Jämtland AB, ALMI Företagspartner Jönköping AB, ALMI Företagspartner Kalmar AB, ALMI Företagspartner Kronoberg AB, ALMI Företagspartner Norrbotten AB, ALMI Företagspartner Skaraborg AB, ALMI Företagspartner Skåne AB, ALMI Företagspartner Stockholm AB, ALMI Företagspartner Sörmland AB, ALMI Företagspartner Uppsala AB, ALMI Företagspartner Värmland AB, ALMI Företagspartner Väst AB, ALMI Företagspartner Västerbotten AB, ALMI Företagspartner Västernorrland AB,

<sup>158</sup> Denna verksamhets andel anges vara liten, vilket dock inte inverkar på bedömningen.

<sup>159</sup> I SEK:s årsredovisning för 1998, sid. 6 anges att Handelsminister Leif Pagrotsky i ett pressmeddelande förklarade att "SEK är av stort värde för svenskt näringsliv och att staten borde ha ett fortsatt ägarengagemang i bolaget". Ministern uppgav vidare att den svenska staten avsåg att initiera diskussion om ägandet med de olika ägarbankerna snarast möjligt. "Denna diskussion har initierats av svenska staten och en process, som skall leda till att SEK:s ägarbanker säljer samtliga sina aktier, pågår." Enligt uppgift från SEK får dock staten inte köpa större andel av bolaget och staten (A-aktier) har inte större möjlighet att utse styrelse än vad ägarbankerna (B-aktier) har (§ 7 i bolagsordningen).

ALMI Företagspartner Västmanland AB; ALMI Företagspartner Örebro AB, ALMI Företagspartner Östergötland AB.

ALMI Företagspartner har vid korrespondens 1998 angivit att moderbolaget är att betrakta som upphandlande enhet men att svaret var osäkert angående dotterbolagen. NOU ansåg att ALMI och samtliga dotterbolag har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. Dessa behov är bl.a. genom undantagandet från den finansiering som sker på den allmänna kreditmarknaden<sup>160</sup> inte av kommersiell karaktär. Då ALMI företagen är juridiska personer och även förutsättningarna för ägande och styrelserepresentation är uppfyllda, bör ALMI företagspartner AB och dess samtliga regionala dotterbolag anses vara upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.

ALMI har med anledning av NOU:s aktuella förfrågan gjort en genomgång av upphandlingar inom ALMI-koncernen, vilken visat att

- de upphandlingar som görs oftast är av begränsad storlek
- de avser konsulttjänster och i mindre omfattning anskaffning av varor, byggtreprenader etc.
- de ofta avser specialkompetens
- de ofta görs under tidspress
- upphandlingarna under senare tid har följt LOU i varierande utsträckning.

Bedömningen är dock att upphandlingarna gjorts på affärsmässiga grunder. Av dessa orsaker tillämpas LOU inte fullt ut i alla bolag. LOU tillämpas dock vid projekt finansierade av EU:s strukturfonder och vid större projekt. ALMI välkomnar ånyo ett klargörande vad gäller tillämpningen av LOU. ALMI ser dock "en fullständig tillämpning av LOU som olämplig". Det är t.ex. av stor vikt att LOU inte omfattar de upphandlingar som ALMI genomför för kunds räkning. Under året har det inte inträffat några organisatoriska förändringar eller kända ändringar i lag. ALMI anser sig inte ha resurser att undersöka huruvida motsvarande organisationer i andra länder inom EU anses vara upphandlande enheter. En sådan undersökning bör genomföras av NOU.

NOU konstaterar att ALMI Företagspartner AB och ALMI:s regionala dotterbolag inte motsätter sig NOU:s bedömning att samtliga bolag utgör upphandlande enheter och bör följa LOU.

Frågor under vilka omständigheter en upphandlande enhet lagligen skall följa LOU är inte föremål för denna rapport. NOU vill dock påpeka att en upphandlande enhet inte har några valmöjligheter att tillämpa LOU endast i de fall den finner det lämpligt utan skall tillämpa reglerna vid alla upphandlingar, såvitt LOU inte stadgar ett uttryckligt undantag från tillämpningen. Frågorna om i vilka situationer LOU skall tillämpas resp. inte tillämpas kommer att tas upp med ALMI vid ett senare tillfälle.

NOU har inte lyckats utreda huruvida det finns några bolag i andra medlemsstater av den Europeiska unionen, som är fullt jämförbara med ALMI-koncernen och dess verksamhet.

<sup>160</sup> Förordningen 1994:1100 om statlig finansiering genom regionala utvecklingsbolag 9 §.

**APOTEKET AB**

(dnr 1998/0233-28)

Apoteket AB anger att bolagets styrelse i april 1999 beslutade att bolaget numera är en upphandlande enhet. Sedan dess pågår arbete med att sprida medvetenhet om reglerna i organisationen. En upphandlingsinstruktion skall tillämpas från och med årsskiftet 1999/2000.

**CASINO COSMOPOL AB**

(Dotterbolag till AB Svenska Spel)

Bolaget anser sig vara upphandlande enhet medan moderbolaget AB Svenska Spel och övriga dotterbolag inte anser sig vara det.

**AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET**

(dnr 1998/0260-28)

Bolaget har i skrivelse den 18 januari 2000 meddelat att det inte har någonting att erinra mot NOU:s bedömning att bolaget är en upphandlande enhet.

**INSTITUTE FOR RESEARCH AND COMPETANCE HOLDING AB  
(IRECO)**

(dnr 1999/0240-28)

Bolaget anser sig vara upphandlande enhet.

## Bolag med motsvarande verksamhet i andra medlemsstater i EU

Regeringens uppdrag till NOU omfattar en kartläggning av förhållanden i andra medlemsstater inom EU. Även flera statliga företag<sup>161</sup> anser det angeläget att NOU, innan nämnden tar ställning i frågan, samråder med NOU:s motsvarigheter inom EU-området för att få frågan belyst i ett enhetligt gemenskapsperspektiv.

NOU redovisar i anslutning till varje bedömd bolagsgrupp vad som är bekant om motsvarande bolag i andra stater. Såvitt NOU och de granskade bolagen känner till finns det endast ett fåtal företag ägda av andra medlemsstater inom den Europeiska unionen, vilka är fullt jämförbara med bolaget och dess verksamhet. De andra medlemsstaterna synes ha behållit merparten av ifrågavarande allmännyttiga verksamhet i förvaltningsform eller överlämnat den till privata entreprenörer. Det finns dock en del statliga bolag med klar kommersiell karaktär.

Det är värt att notera att medlemsstaterna har viss skyldighet att hålla listor över de nationella upphandlande enheterna och till EG-kommissionen rapportera vilka dessa är.<sup>162</sup> Förfrågningar hos tjänstemän vid Europeiska kommissionen och representanter för några medlemsstater<sup>163</sup> visar dock att det de senaste åren inte skett några uppdateringar av medlemsstaternas listor.

EG:s rättsmedeldirektiv<sup>164</sup> bygger på att det i första hand är leverantörerna som skall ges möjlighet till överprövning och skadestånd och därmed skall övervaka upphandlingssystemets efterlevnad. Samtliga rättsfall som anhängiggjorts i EG-domstolen bygger på att någon leverantör hävdar att en viss organisation borde följa EG:s upphandlingsdirektiv. Detta skall dock inte tolkas så att det endast är EG-domstolen som äger fastställa vilka som är upphandlande enheter. Domstolens domar och EG:s upphandlingsdirektiv ger tvärtom klart uttryck för att det är de nationella domstolarna som skall pröva huruvida någon upphandlande enhet överträtt upphandlingsbestämmelserna.

Nationella myndigheter såsom NOU är sällsynta och i den mån sådana existerar, knutna till regeringsdepartement. NOU känner inte till någon annan oberoende utredning med samma inriktning eller omfattning som den förevarande.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> T.ex. Samhall och AB Göta Kanalbolaget.

<sup>162</sup> Se närmare not 3 ovan och NOU:s rapport 1998/0172-28, framför allt sid. 9 ff. "Behovet att fastställa vilka juridiska personer i Sverige som omfattas av LOU".

<sup>163</sup> En tjänsteman vid NOU har i samband med sammanträde med Europeiska kommitténs Rådgivande kommitté för offentlig upphandling ställt frågor om förhållandena i Nederländerna, Frankrike och Tyskland. Dessa anger att någon lista inte har upprättats.

<sup>164</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

<sup>165</sup> Konkurrencestyrelsen i Danmark anger på sid. 50 i boken EU's udbudsdirektiver de organ som är införda på listan samt nämner några andra som kan föras på denna, när densamma formellt uppdateras. Konkurrencestyrelsen namnger i denna grupp bl.a. Örestadsselskapet I/S, Hovestadsområdets Sygehusfaelleskab, Statens og Kommunernes Indkøbsservice, Post Danmark,

## Rättsfall och litteratur

### Åberopade rättsfall

Arnhem - C-360/96 Gemeende Arnhem och Gemeende Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998 sid I-6821.

Mannesmann - C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG), REG 1998 I-73.

Beentjes - C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna (REG s. 4635).

Connemara - C-306/97 Connemara Machine Turf Company Ltd mot Coillte Teoranta, Irland (Även kallad Irish Forestry Board).

Teckal - C-107/98 Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia.

Unitron - C-275/98 Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svinproducenters Serviceselskab mot Ministeriet för Fødevarer, Landbrug og Fiskeri.

Lotomatica - C-272/91, Kommissionen mot Italien, REG 1994 I-1409.

### Litteratur

Lov om offentlige anskaffelser mv av 27. November 1992 nr 116 med forskrifter, Andreas Wahl, Tom Melbye Eide, Inger Roll-Matthiesen, 1995  
Kommuneforlaget, Oslo.

Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, 1996.

Margareta Hentze och Hans Sylvén, Offentlig upphandling, 1998.

KonkurrenceStyrelsen Udbudsregler, EU's udbudsdirektiver, Vejledning, Köpenhamn, november 1998.

Artikeln i (1999) 8 Public Procurement Law Review, Issue 1: The "Arnhem" Case: Definition of "Body Governed by Public Law" av Rhodri Williams. SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling. För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. Delbetänkande av Upphandlingskommittén.

NOU - Effekter av lagen om offentlig upphandling, januari 1998.

## **Bilaga B till Uppdrag från regeringen att utreda om vissa företag med statligt ägande tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Affärsverk och bolag som år 1998 ansåg sig vara upphandlande enheter**

**Följande 32 bolag anser sig vara upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.**

AB KURORTSVERKSAMHET  
AB Tranås Kuranstalt  
AB SVENSK BILPROVNING, ASB  
ALMI FÖRETAGSPARTNER AB (moderbolaget)  
AmuGruppen Västerbotten AB (finns inte längre)  
Bergeforsens Kraft AB  
Fastighets AB Kasernen i Halmstad  
Fastighets AB Kasernen i Kristinehamn  
Fastighets AB Kasernen i Skövde  
Fastighets AB Kasernen i Stockholm  
Fastighets AB Kasernen i Uppsala  
Göteborgs Trafikleder AB  
Happaranda Värmeverk AB (finns inte längre)  
HOLDING AB VID HÖGSKOLAN I LULEÅ (finns inte med i årets upplaga)  
Jämtkraft AB (finns inte längre)  
KASERNEN FASTIGHETS AB  
KUNGLIGA DRAMATISKA TEATERN AB  
KUNGLIGA OPERAN AB (OPERAN)  
Ljusfors Kraft AB (finns inte längre)  
Luleå Energi AB (finns inte längre)  
Pajala Värmeverk AB (finns inte längre)  
Stockholmsleder AB (publ.)  
SVENSKA RYMDAKTIEBOLAGET

SVENSK-DANSKA BROFÖRBINDELSEN AB, SVEDAB  
 Vattenfall Bohus-Dal Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Indalsälven AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Regionnät AB (finns inte längre)  
 VÄGVERKETS INVESTERINGSAKTIEBOLAG VÄGINVEST  
 Öresundskonsortiet  
 Överkalix Värmeverk AB (finns inte längre)  
 Övertorneå Värmeverk AB (finns inte längre)

**Följande 32 bolag anser sig vara upphandlande enheter enligt enligt 4 kap. 1 § LOU**

AB Finspång Energi (numera Vattenfall Bråviken AB)  
 AB Pite Energi AB (finns inte längre)  
 A-BANAN PROJEKT AB  
 Bastusels Kraft AB  
 Bergforsens Kraft AB (uppges även 1 kap. 6 §)  
 Bodens Energi AB (finns inte längre)  
 Bråviken Energi AB (finns inte längre)  
 Forsmarks Kraftgrupp AB  
 Fyriskraft AB  
 Gotlands Energi AB  
 Gulsele AB  
 Haparanda Värmeverk (finns inte längre)  
 Jämtkraft AB (finns inte längre)  
 Lilla Edets Fjärrvärme AB (finns inte längre)  
 Ljusfors Kraft AB (finns inte längre)  
 Luleå Energi AB (finns inte längre)  
 Nyköping Energi AB (finns inte längre)  
 Pajala Värmeverk AB (finns inte längre)  
 SwePolLink AB  
 VATTENFALL AB  
 Vattenfall Bohus-Dal Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Indalsälven AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Norrnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Regionnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Sjuhärad Elnät AB (Västgötanät AB, finns inte längre))  
 Vattenfall Skaraborg Elnät AB (Västgötanät AB, finns inte längre)  
 Vattenfall Södertörn Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Vätter Nät AB (finns inte längre)  
 Västerbergslagens Energi AB (finns inte längre)  
 Överkalix Värmeverk AB (finns inte längre)  
 Övertorneå Värmeverk AB (finns inte längre)

**Affärsverk**



Till gruppen av upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU skall räknas de statliga verk som per definition är att anses som upphandlande enheter enligt nedan.

LUFTFARTSVERKET  
SJÖFARTSVERKET  
STATENS JÄRNVÄGAR SJ  
SVENSKA KRAFTNÄT AFFÄRSVERK

**Vid årets utredning tillkommer följande 4 bolag/bolagsgrupper som anser sig vara upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.**

APOTEKET AB  
INSTITUTE FOR RESEARCH AND HOLDING AB (IRECO)  
CASINO COSMOPOL AB (tidigare Bellman Casino AB - ett dotterbolag till Svenska Spel AB)  
ALMI FÖRETAGSPARTNER AB med dotterbolag ALMI Företagspartner Blekinge AB, ALMI Företagspartner Dalarna AB, ALMI Företagspartner Gotland AB, ALMI Företagspartner Gävleborg AB, ALMI Företagspartner Halland AB, ALMI Företagspartner Jämtland AB, ALMI Företagspartner Jönköping AB, ALMI Företagspartner Kalmar AB, ALMI Företagspartner Kronoberg AB, ALMI Företagspartner Norrbotten AB, ALMI Företagspartner Skaraborg AB, ALMI Företagspartner Skåne AB, ALMI Företagspartner Stockholm AB, ALMI Företagspartner Sörmland AB, ALMI Företagspartner Uppsala AB, ALMI Företagspartner Värmland AB, ALMI Företagspartner Väst AB, ALMI Företagspartner Västerbotten AB, ALMI Företagspartner Västernorrland AB, ALMI Företagspartner Västmanland AB; ALMI Företagspartner Örebro AB, ALMI Företagspartner Östergötland AB.  
AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET.

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

Datum	Vår beteckning
2000-02-03	1999/0234-28
Ert datum	Er beteckning
1999-10-14	Fi98/3243 (delvis)

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Bilaga C till Uppdrag från regeringen att utreda om vissa företag med statligt ägande tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

Efter att ha låtit de aktuella bolagen yttra sig över NOU:s tidigare bedömning vidhåller NOU densamma angående följande bolag.

**AB GÖTA KANALBOLAG**

**AB SVENSKA SPEL**

**AB TUMBA BRUK**

**NORRLAND CENTER AB**

**POSTBOLAGEN AB med dotterbolag utom PostGiro AB**

**SAMHALL AB**

**SOS ALARM AB och SOS Alarm Flygambulans AB**

**SP - SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNINGSINSTITUT AB**

**STATLIGA AKADEMISKA HUS AB med dotterbolag (dnr 1998/0229-28)**

**SVENSKA LAGERHUS AB**

**SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD AB**

**TERACOM AB**

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

Datum	Vå beteckning
1999-08-27	1999/0169-29
Ert datum	Er beteckning

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Klarläggande av tidpunkten för upphandlingens avslutande

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

NOU vill med anledning av den senaste tidens rättsutveckling göra regeringen uppmärksam på att det i rättstillämpningen fortfarande råder osäkerhet avseende tiden för upphandlingens avslutande och upphandlingsavtalets ingående. Av juridiska och praktiska skäl är det viktigt att denna tidpunkt kan fastställas exakt. Förutom vikten av att avtalsparter och tredje man vet när ett avtal är juridiskt bindande kan avtalstidpunkten i upphandlingssammanhang ha betydelse främst för fastställande av sista tidpunkten för överprövning i länsrätten eller skadeståndtalans väckande i tingsrätten men har också betydelse för bl.a. reglerna för annonsering efter avslutad upphandling och underrättelser till anbudsgivarna om avbruten upphandling samt sekretessfrågor.

Frågan har uppkommit om ett avtal är ingånget genom att anbud möts av en ren skriftlig accept (t.ex. en beställningsskrivelse som motsvarar anbudsgivarens anbud) eller om det krävs att ett formellt upphandlingsavtal ingås.

Kammarrätten i Stockholm har i lagakraftvunnet beslut den 4 maj 1999, mål nr 3657-1999, med hänvisning till Regeringsrättens refererade avgörande RÅ 1996 ref. 50 gjort tolkningen att något avtal enligt LOU inte har kommit till stånd enbart genom accepten av anbudet varmed överprövning tilläts efter tidpunkten för överlämnande av beställningen (accepten).

En annan tolkning av Regeringsrättens avgörande än den ovanstående har tidigare gjorts av flera andra allmänna förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar, vilka som giltig accept godtagit även muntliga bekräftelser och konkludent handlande (se vidare bifogad PM). Även NOU har flera gånger angivit att Regeringsrättens avgörande RÅ 1996 ref. 50 kan tolkas så att ett skriftligt anbud och en skriftlig accept som överensstämmer helt med anbudet får anses uppfylla kravet på skriftlig form. I andra fall kan accepten utgöras av en skriftlig beställning från den upphandlande enheten. (jfr. Sammanställning NOU info 96 sid. 59, NOU-info december 1998, sid. 21 och Vägledning till 6 kap. LOU, sid.

60). Av praktiska skäl har frågan mycket stort intresse eftersom ett stort antal upphandlingar under tröskelvärdena avslutas genom att den upphandlande enheten överlämnar en beställning.

NOU vill vidare peka på bristande överensstämmelse mellan definitionerna av upphandlingskontrakt och direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU. Definitionerna tycks tala för att även en direktupphandling, som i många fall utgör mindre köp över disk, kräver skriftlig form.

NOU anser det därför angeläget att regeringen uppmärksammar denna problematik och i kommande förslag till lagändring eller uttalanden i förarbetena undanröjer de tveksamheter som för närvarande råder om tidpunkten för ett upphandlingsavtals ingående och upphandlingens avslutande. Det som främst bör klargöras är om upphandlingen kan avslutas på annat sätt än genom en skriftlig kontraktshandling underskriven av båda parter och om sådant avtals slutande styrs av huvudregeln i 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) eller om det skall anses utgöra ett formalavtal som är undantagen från ovannämnda huvudregeln. Därvid bör beaktas även de kommande formerna för elektronisk handeln som förutsätter att anbud möts av en accept/beställning på elektronisk väg.

Vidare bör klarläggas om även direktupphandling måste avslutas genom ett skriftligt avtal. Definitionerna av upphandlingsavtal och direktupphandling bör därvid bringas i överensstämmelse, t.ex. genom att ange att definitionen av upphandlingskontrakt inte omfattar direktupphandling.

En promemoria avseende problematiken kring upphandlingens avslutande bifogas denna skrivelse.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 26 augusti 1999, 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 chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag och de tillägg som beslutats vid nämndmötet.

## NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

### **Bilaga:**

PM avseende tidpunkten för en upphandlingens avslutande.

## PM avseende tidpunkten för upphandlingens avslutande

Tidpunkten för upphandlingens avslutande kan ha betydelse för bl.a. sekretessfrågor, möjligheten till överprövning i länsrätt och begäran om skadestånd i tingsrätt samt reglerna för annonsering efter avslutad upphandling.

IDs 1992:62, sid. 50 anges att en upphandling måste avslutas genom att ett beslut om leverantör fattas. Denna tidpunkt gällde enligt LOU:s lydelse före den 1 januari 1998 även som utgångspunkten för omprövning och skadeståndstalan. Efter lagändringen genom SFS 1997:1056 kan en ansökan om omprövning (7 kap. 1 § LOU) inte tas upp till prövning efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad (7 kap. 8 § LOU).

Avseende annonsering anges i 1 kap.11 § LOU bl.a.:

En enhet som *avslutat en upphandling* enligt bestämmelserna i 2, 3 eller 5 kap. skall inom 48 dagar därefter sända en annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer hur upphandlingen har avslutats.

Liknande regel finns även i 4 kap. 15 § och 6 kap. 16 § LOU.

I 1 kap. 5 § LOU anges definitionerna.

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

*Direktupphandling*: upphandling utan infordrande av skriftligt anbud.

Vissa ålägganden om underrättelse (anbudsgivarna eller EG-kommissionen) finns även i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 5 kap. 13 § LOU avseende beslut att *inte avsluta* en upphandling. Länsrätten kan besluta att en upphandling inte får avslutas (7 kap. 2 § LOU). I 2 kap. 6 § sekretesslagen (1980:100) anges att sekretess avseende upphandling gäller tills "alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet *annars har slutförts*".

Den första tveksamheten uppkommer redan vid frågan om lagändringen i 7 kap. 1 och 8 §§ avser endast tidpunkten för ansökan om överprövning resp. skadeståndstalan eller om den även förskjuter tidpunkten för upphandlingens avslutande samt om dessa två tidpunkter sammanfaller. NOU anser att tidpunkten för upphandlingens avslutande torde sammanfalla med tidpunkten för ett skriftligt kontrakts ingående. Tidpunkten för upphandlingens inte avslutande är däremot beslutstillfället. LOU:s lydelse antyder att upphandlingen inte kan avslutas på annat sätt än genom ett avtals ingående, dvs. att processen syftande till att sluta kontrakt med ekonomiska villkor med en utomstående juridisk person (det som i LOU kallas för upphandlingen) avslutas genom avtalets ingående. I LOU:s ovannämnda regler om upplysningar till anbudsgivarna och

Datum  
1999-08-27

Vå beteckning  
1999/0169-29

underrättelse till EG-kommissionen anges att dessa skall utgå "om enheten beslutat att *inte avsluta* en annonserad upphandling eller göra om upphandlingen". Ordalydelsen, som bygger på EG:s upphandlingsdirektiv i svensk översättning, antyder att upphandlingen inte anses avslutad om den t.ex. avbryts eller uppdraget tilldelas den egna regin. Direktivens utländska ordalydelse styrker ytterligare uppfattningen att upphandling kan avslutas endast genom tilldelning av kontrakt. T.ex. i art. 12:2 "tjänstedirektivet" 92/50/EEG, som motsvarar 5 kap. 13 § LOU anges i svensk översättning att den upphandlande myndigheten skall upplysa om "skälen till att man beslutat att inte avsluta en upphandling för vilken anbud begärts". Motsvarande uttryck på engelska är "the grounds on which it *decided not to award a contract* in respect of which a prior call for competition was made". Även den danska versionen av samma artikel talar om "at de har beslutat *ikke tilldele en kontrakt*". I samma riktning talar även bestämmelsen i 7 kap. 2 § LOU att länsrätten omedelbart får besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Ett inhibitionsförordnande skulle då förhindra att avbryta eller göra om upphandlingen. Frågan kvarstår dock om det varit lagstiftarens avsikt att begreppet avslutad upphandling inte skall innefatta även avbrutna upphandlingar eller om dessa fall skall täckas av t.ex. sekretesslagens uttryck att "ärendet annars har slutförts". Sådana gränsdragningar har dock i regel inte gjorts i doktrinen och i rättspraxis i vilka det anges att upphandling kan avslutas genom avbrytande. Undantagen utgörs av avgöranden av Kammarrätten i Sundsvall i mål 3297-1997 och Länsrättens i Halland i mål 1242-99. I dessa anges att den omständigheten att anbud från kommunal förvaltning antagits inte kunde anses utgöra att upphandlingen har avbrutits. Länsrätten fann att kommunen inte kunde ingå avtal med sig själv, att den antagit anbudet och den behandlat den anbudsgivande enhetens budgetframställning avseende föremålet för upphandlingen. Länsrätten likställde då den upphandlande enhetens beslut att behandla budgetframställningen med att avtal om upphandlingen har slutits, varmed sökandens talan inte längre kunde prövas (beslutet har vunnit laga kraft). Länsrätten i Stockholms län har tidigare i beslut den 14 september 1998 (mål nr Ö 8699-98 E) anført att LOU får "också anses innefatta ett hinder mot överprövning även när upphandlingen avbryts" (den upphandlande enheten har beslutat att inte öppna de inkomna anbuden och avbryta upphandlingen eftersom en leverantör, som ansågs ha betydelse för upphandlingen inte inkommit med sitt anbud). Avseende tidpunkten för skadeståndstalan väckande i sådana situationer då avtal i LOU:s mening inte kan slutas, se även Ds 1994:83, sid. 15 och Eskil Nords kommentar till, till 7 kap. 1 § LOU i Karnov, not 173.

Vid avtalsskrivning uppkommer frågan om upphandlingskontrakt styrs av huvudregeln i 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL), dvs. att det räcker att anbud möts av en ren skriftlig accept (t.ex. en beställningsskrivelse som motsvarar anbudsgivarens anbud) eller upphandlingskontrakt skall anses utgöra ett formalavtal som är undantagen från ovannämnda huvudregeln, varmed det skulle krävas att ett formellt upphandlingsavtal sluts. I sistnämnda fallet uppstår också frågan om ett skriftligt avtal kräver en formell kontraktshandling undertecknad av samtliga avtalsparter eller om kravet uppfylls genom ett skriftligt anbud och en skriftlig accept/beställning.

Datum  
1999-08-27

Vå beteckning  
1999/0169-29

Det är inte heller klarlagt vilka minimikrav det ställs på ett avtal för att det skall uppfylla skriftlighetsvillkor. (Jfr. EG direktivens definitioner som talar om avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör/entreprenör och en upphandlande myndighet som omfattar.....)

Definitionen av och reglerna om direktupphandling tycks inte heller stämma överens med definitionen av upphandlingskontrakt. Direktupphandling är enligt definitionen en upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. Varken domstolarna eller NOU har hittills krävt att sådana direktupphandlingar måste avslutas genom ett skriftligt avtal.

Vissa speciella problem kan vidare uppkomma i situationer när en upphandling skall leda till att avtal sluts med flera leverantörer och samtliga avtal inte sluts vid ett och samma tillfälle. Det är osäkert om det var lagstiftarens avsikt att tidpunkterna för domstolsprövning, annonsering och sekretessens upphörande kan variera beroende på när de enskilda leverantörerna skrivit på avtalet.

NOU har tidigare berört problematiken kring detta i NOU info december 1998 och angivit bl.a. följande.

Upphandlingens syfte är att sluta ett avtal om leverans, utförande av entreprenad eller tjänst. Möjligheten att vid länsrätt begära rättelse i en upphandling begränsas enligt 7 kap. 1 § LOU till den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Från samma tidpunkt löper fristen för att väcka skadeståndstalan i tingsrätten. Den lagändring som gäller fr.o.m. innevarande år har föregåtts av ett avgörande i Regeringsrätten (RÅ 1996:50). I avgörandet uppges bl.a. att det följer av 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) "... att anbud om slutande av avtal och svar på sådant anbud är på sätt anges i 2 - 9 §§ i kapitlet bindande för den som avgivit anbudet eller svaret. Detta innebär som en huvudregel att i det fall anbud och accept överensstämmer helt eller i allt väsentligt (se härom 1 kap. 6 § andra stycket AvtL) ett avtal kommer till stånd redan genom accepten. Undantag härifrån gäller dock enligt 1 kap. 1 § tredje stycket i fråga om avtal, för vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form, där vad som är stadgat särskilt gäller. Denna regel undantar således formalavtal från kapitlets tillämpningsområde." Med upphandlingskontrakt avses enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU ett skriftligt kontrakt som en upphandlande enhet ingår avseende en upphandling enligt lagen. "Härav följer enligt Regeringsrättens mening att förevarande lagstiftning (dvs. reglerna i LOU. *NOU:s anm.*) får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen." ... "Det kan i sammanhanget också erinras om att vid upphandling sekretess gäller enligt 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen (1980:100) i fråga om anbud eller erbjudande intill dess alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal slutits eller ärendet annars har slutförts. Innebörden härav är att konkurrerande leverantörer i allmänhet inte kan få inblick i andras anbud förrän avtal har ingåtts."

Regeringsrättens avgörande kan tolkas så att ett skriftligt anbud och en skriftlig accept som överensstämmer helt med anbudet får anses utgöra ett skriftligt avtal. I

Datum  
1999-08-27

Vå beteckning  
1999/0169-29

andra fall kan accepten utgöras av en skriftlig beställning från den upphandlande enheten. (jfr. *Sammanställning NOU info 96* sid. 59). Av Regeringsrättens beslut i ett annat mål (nr 2006-1997) följer att ett avtal inte kan anses ha slutits förrän en behörig beslutsfattare (i detta fall: landstingsfullmäktige) godkänt överenskommelsen om att sluta ett avtal. Karlskrona tingsrätt har angående en direktupphandling accepterat en muntlig form genom att ange att "man per telefon underrättade samtliga anbudsgivare, varigenom bindande avtal kom till stånd." (Karlskrona tingsrätt mellandom den 25 februari 1998, mål nr T 297/97.) Regeringsrättens tolkning kan rimligen inte avse direktupphandling eftersom denna ofta avser köp över disk som normalt görs muntligen. (I definitionen av upphandlingskontrakt görs inte något uttryckligt undantag för direktupphandling. Denna är däremot definierad som "upphandling utan infordrande av skriftligt anbud".)

Avtal har enligt NOU träffats i och med den skriftliga beställningen (accepten) eller undertecknandet av en kontraktshandling. Upphandlingen är därmed avslutad och den ovillkorliga anbudssekretessen i 6 kap. 2 § 2 st. sekretesslagen kan därmed i normalfallet inte längre åberopas och upphandlingen inte överprövas i länsrätten. Vissa problem uppkommer dock när avtal skall slutas med flera leverantörer och avtal med en av leverantörerna ännu inte är undertecknat. NOU:s inställning är att de delar av upphandlingen är avslutade i vilka avtal har slutits. Den upphandlande enheten kan sannolikt beträffande anbud där avtal ännu ej träffats, som regel hävda förlängd sekretess med hänsyn till den skada som offentliggörandet skulle ha på de återstående avtalen.

En upphandlande enhet eller en annan leverantör kan förmodligen inte framtvinga ett avtals undertecknande. Länsrätten i Gävleborgs län har i dom (mål nr 417-96 E) den 2 april 1996 funnit att yrkandet att några upphandlande enheter skall åläggas att underteckna och överlämna skriftliga avtal till entreprenör inte utgör en sådan fråga som kan prövas av länsrätten enligt LOU. Länsrätten i Dalarnas län har i dom (mål nr 3054-97 E) den 14 april 1998 ansett att ett förhandlat upphandlingsförfarande med efterföljande tecknande av ramavtal var avslutat trots att avtalet inte undertecknats av och beställningarna inte lagts på en av leverantörerna.

Kammarrätten i Stockholm har i lagakraftvunnet beslut den 4 maj 1999, mål nr 3657-1999 med hänvisning till RÅ 1996 ref 50 gjort tolkningen att något avtal enligt LOU inte har kommit till stånd enbart genom accepten. Avgörandet kan tolkas så att ett formalavtal krävs. I flera andra domstolsavgöranden har dock godtagits att även muntliga beställningar och konkludent handlande som bekräftat ett skriftligt anbud kan anses uppfylla kravet på slutet avtal, som t.ex. Karlskrona tingsrätts ovannämnda mellandom T 297/97 och Kammarrätten i Göteborgs avgörande i vilket det godtas att en upphandlande enhet genom beställning ingått ett avtal trots att denna skett via telefax (beslut den 9 juni 1997 i mål nr 2400 och följande dom den 19 augusti 1997 i mål 4487-1997). Rättsläget är därför inte klart.



Datum  
1999-08-27

Vår beteckning  
1999/0169-29

Det vore därför av värde om regeringen i lag eller propositionsuttalande klargjorde om en upphandling kan avslutas på annat sätt än genom ett upphandlingskontrakt samt om sådana kan slutas enligt huvudregeln i 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) eller om det skall anses utgöra ett formalavtal som är undantagen från ovannämnda huvudregeln. Vidare bör klarläggas om även direktupphandling måste avslutas genom ett skriftligt avtal. Definitionerna av upphandlingsavtal och direktupphandling bör därvid bringas i överensstämmelse, t.ex. genom att ange att definitionen av upphandlingskontrakt inte omfattar direktupphandling.

## Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling

<b>1. Inledning</b> .....	<b>3</b>
<b>2. NOU:s kartläggning</b> .....	<b>5</b>
2.1 Material och metod .....	5
2.2 Översikt över kartläggningsresultatet.....	11
<b>3. Otillåten direktupphandling</b> .....	<b>12</b>
3.1 Allmänt.....	13
3.2 Resultat av kartläggningen .....	13
3.3 Praxis från förvaltningsdomstol .....	14
3.4 Praxis från allmän domstol.....	17
3.5 NOU:s synpunkter avseende otillåten direktupphandling .....	17
<b>4. Avbruten upphandling</b> .....	<b>21</b>
4.1 Allmänt.....	21
4.2 Resultat av kartläggningen .....	21
4.3 Praxis från förvaltningsdomstol .....	21
4.4 Praxis från allmän domstol.....	24
4.5 NOU:s synpunkter avseende avbruten upphandling.....	25
<b>5. Tidsobegränsade avtal</b> .....	<b>26</b>
5.1 Allmänt.....	26
5.2 Prövning i förvaltningsdomstol och allmän domstol .....	27
5.3 NOU:s synpunkter avseende tidsobegränsade avtal .....	27
<b>6. Talerätt enligt LOU m.m.</b> .....	<b>28</b>
6.1 Allmänt.....	28
6.2 Praxis från förvaltningsdomstol .....	28
6.3 Praxis från allmän domstol.....	28
6.4 Förbud i 7 kap. 5 § LOU mot överklagande enligt kommunallagen .....	29
6.4.1 NOU:s synpunkter avseende överklagande enligt kommunallagen.....	29
<b>7. Vissa frågor i samband med processen i förvaltningsdomstol</b> .....	<b>29</b>
7.1 Allmänt.....	29
7.2 Avvisning av överprövningsärenden p.g.a. avslutad upphandling, återkallelse av talan m.m. ....	30
7.2.1 NOU:s synpunkter.....	30
7.3 Partsställning i överprövningsmål .....	30
7.3.1 NOU:s synpunkter avseende partsställning .....	31
7.4 Krav på orsakssamband mellan fel och uppkommen skada i överprövningsmål enligt LOU .....	31
7.4.1 Praxis från förvaltningsdomstol .....	31
7.4.2 NOU:s kommentar avseende orsakssamband i överprövningsmål .....	33

7.5. Brist i vissa fall på enhetlig praxis från de svenska förvaltningsdomstolarna .....	33
7.5.1 NOU:s synpunkter avseende brist i vissa fall på enhetlig praxis från förvaltningsdomstolar.....	33
7.6 Krav på snabb process i förvaltningsdomstol.....	33
7.6.1 Allmänt.....	33
7.6.2 Praxis från förvaltningsdomstol .....	34
7.6.3 NOU:s synpunkter avseende kravet på snabb process i förvaltningsdomstol.....	34
<b>8. Vissa frågor i samband med processen i allmän domstol .....</b>	<b>34</b>
8.1 Allmänt.....	34
8.2 Krav på orsakssamband mellan fel och uppkommen skada i skadeståndsmål enligt LOU m.m. ....	34
8.2.1 Praxis från allmän domstol.....	35
8.2.2 NOU:s synpunkter avseende kravet på orsakssamband i skadeståndsmål m.m. ....	36
8.3 Preskriptionstid på ett år avseende skadeståndstalan i LOU .....	36
8.3.1 NOU:s synpunkter avseende preskriptionstiden.....	37
<b>9. Domstolarnas tolkning av begreppet affärsmässighet .....</b>	<b>38</b>
9.1 Historik .....	38
9.2 Uttalanden i domskälen om vad som anses vara affärsmässigt i mål enligt LOU .....	39
9.3 NOU:s synpunkter avseende tolkning av affärsmässighetsbegreppet.....	39
<b>10. LOU:s tillämplighet .....</b>	<b>40</b>
10.1 Omfattas en organisation av LOU eller inte .....	40
10.1.1 Resultat av kartläggningen .....	40
10.2 Omfattas en viss anskaffning av LOU eller inte .....	42
<b>11. Påtalade brister vid utformningen av förfrågningsunderlaget .....</b>	<b>42</b>
11.1.1 Resultat av kartläggningen avseende kravspecifikationen.....	43
11.1.2 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet .....	44
11.2.1 Resultat av kartläggningen avseende utvärderingskriterier .....	44
11.2.2 NOU:s synpunkter med anledningen kartläggningen .....	44
<b>12. Påtalade brister vid anbudsprövningen.....</b>	<b>45</b>
12.1 Resultat av kartläggningen avseende anbudsprövningen.....	45
12.1.1 Tillämpning av utvärderingskriterierna vid anbudsprövningen.....	45
12.1.2 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet .....	46
12.2 Nya hänsyn vid anbudsprövningen.....	46
12.2.1 Allmänt.....	46
12.2.2 Resultat av kartläggningen .....	47
12.2.3 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet.....	47
<b>13. Dokumentation och öppenhet .....</b>	<b>47</b>
13.1 Allmänt.....	47
13.2 Resultat av kartläggningen .....	47
13.3 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet .....	48
<b>14. Krav på förhands- och efterannonsering (Över tröskelvärdena och B-tjänster).....</b>	<b>48</b>
14.1 Allmänt.....	48
14.2 Resultat av kartläggningen .....	48
14.3 NOU:s synpunkter avseende efterannonsering.....	49
<b>15. Orden "eller gemenskapsrätten" saknas i LOU .....</b>	<b>49</b>

## 1. Inledning

Kansliet vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av NOU-utredningen (1999-02-23) dels fördjupat den kartläggning av fel och brister som NOU sammanställt i syfte att utgöra underlag för NOU:s tillsyn och dels kartlagt rättsfall som rör upphandling från förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar i syfte att granska upphandlingsbeteenden som kan eller bör ha betydelse för den framtida tillsynsmyndighetens verksamhet eller föranleda överväganden om nödvändig lagändring. I uppdragsbeskrivningen anges förfaranden såsom otillåten direktupphandling, avbruten upphandling, begränsningar i talerätten, tolkningen av begreppet affärsmässighet, avvisningen av överprövningsärenden, sekretessreglernas inverkan på leverantörers möjlighet att föra talan och benägenheten att utdöma skadestånd samt domstolarnas behandling av skadeståndsanspråk såsom frågor om kausalitet och skadebedömning.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) har varit i kraft i drygt fem år. De rättsmedel som enligt LOU erbjuds fördelade leverantörer är dels överprövning av pågående upphandling (förvaltningsdomstol) och dels skadestånd vid avslutad upphandling (allmän domstol). En talan i förvaltningsdomstol kan, om domstolen anser att upphandlingen inte genomförts enligt LOU, leda till att domstolen beslutar att upphandlingen skall rättas till eller göras om. Dessa rättsmedel infördes i svensk lag efter mönster från EG:s rättsmedelsdirektiv för offentlig upphandling Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 (rättsmedelsdirektiv II). Rättsmedelsdirektiv I gäller för upphandlingar som omfattas av direktiven för upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn. Rättsmedelsdirektiv II gäller för upphandling inom försörjningssektorerna. Möjligheten att begära överprövning och skadestånd enligt LOU gäller oavsett upphandlingens värde och oavsett leverantörens nationalitet.

De exempel som redovisas i rapporten är främst hämtade från domar enligt LOU som NOU tagit del av men också från den erfarenhet som NOU erhållit efter kontakter med leverantörer.

Från leverantörshåll har, sedan LOU trädde i kraft, framhållits ett behov av att sanktionssystemet i LOU bör ses över. I en utredning som NOU presenterade under 1997<sup>1</sup> uppgavs att "Omkring 40 procent av leverantörerna har övervägt att klaga på upphandling genom överprövning men avstått och 20 procent har efter överväganden avstått från skadeståndstalan. Det viktigaste skälet till att man skulle avstå eller har avstått från att begära överprövning är rädsla för att svartlistas av de upphandlande enheterna. Omkring 60 procent av alla leverantörer anser att det finns en risk att bli svartlistad om man klagat på en upphandling." Ett stort antal leverantörer anser sig således inte ha tillgång till lämpliga sanktioner i

<sup>1</sup> Effekter av lagen om offentlig upphandling, s. 42

dagens system. Vid tillskapandet av ett mer effektivt rättsmedelssystem bör åtgärder övervägas bl. a. för dessa leverantörer, t.ex. talerätt för tillsynsorganisationen och möjlighet för leverantör att väcka talan anonymt t.ex. genom att branschorganisationer ges talerätt i dessa fall.

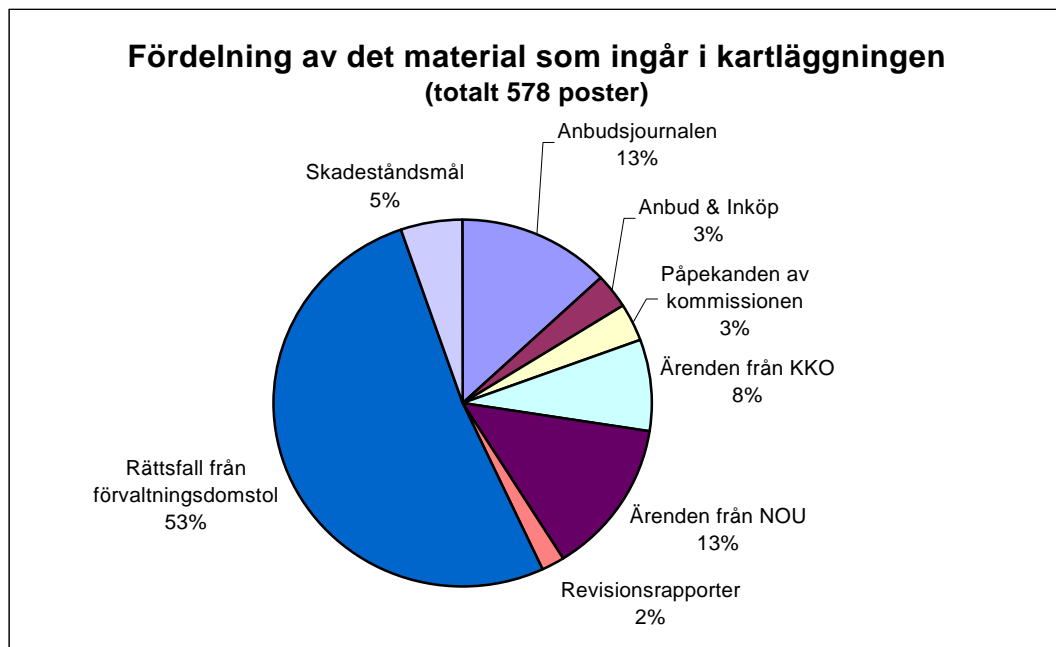
Åtgärder som kommer att övervägas mot de fel och brister som tillgängliga rättsmedel idag inte kommer tillrätta med måste givetvis balanseras mot intresset av att upphandlingsprocessen inte onödigtvis fördröjs eller får ett alltför stort inslag av byråkrati. Ett väl fungerande och effektivt rättsmedelssystem bör tillskapas som uppfyller de krav som ställs i EG:s rättsmedelsdirektiv samtidigt som risken att leverantörer orättfärdigt utnyttjar systemet bör minimeras.

Avsnitt 2 innehåller en presentation av NOU:s fördjupade kartläggning och i efterföljande avsnitt görs en genomgång av olika felaktigheter och brister vid offentlig upphandling. De fel och brister som behandlas är, förutom de som omnämns i uppdraget, de brister som enligt NOU:s kartläggning förekommer oftast (erhållit fler än 20 poster i översikten nedan, se 2.2 ) eller av annan anledning enligt NOU:s erfarenheter anses vara särskilt angelägna att ses över.

## 2. NOU:s kartläggning

### 2.1 Material och metod

En mängd olika material har använts för att kartläggningen på ett så heltäckande sätt skall avspegla de brister som påtalats i upphandlingssammanhang. Till exempel har – vid sidan om rättsfall, påpekanden från kommissionen och ärenden från NOU – kartlagts tidningsartiklar och ärenden från privata granskningsorgan. Rättsfallen utgör stommen i kartläggningen medan övrigt material syftar till att påvisa om upphandlingsreglerna fungerar i praktiken. Förkortningar som används finns förklarade i slutet av rapporten.



Figur 1.

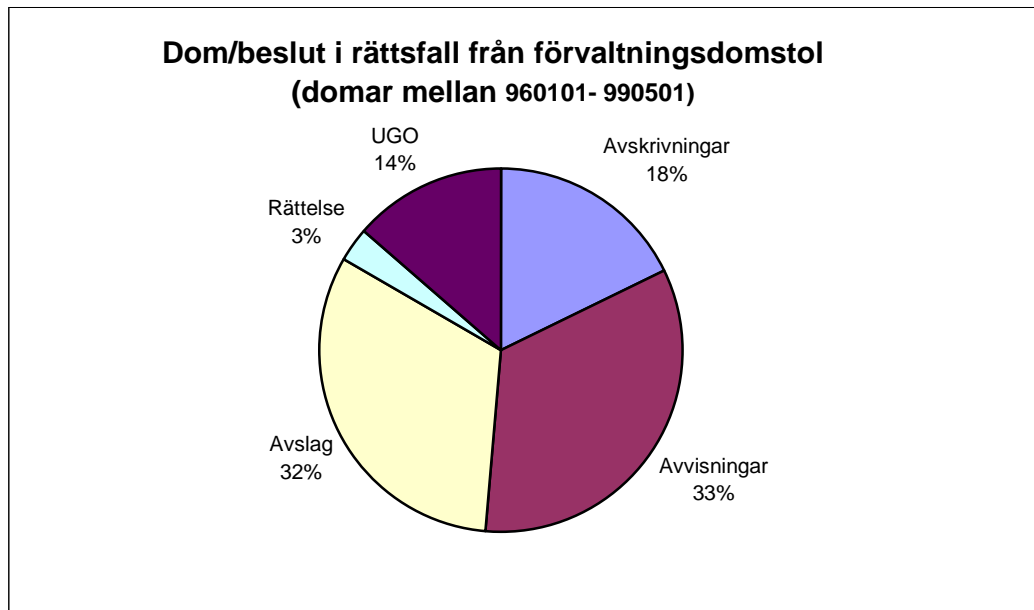
Kartläggningen har begränsats bakåt i tiden med anledning av att t.ex. överprövningar från tiden före Regeringsrättens dom i RÅ 1996 ref. 50 präglas av en mängd avvísningar.<sup>2</sup> I övrigt begränsas kartläggningen till att endast en gång behandla ett visst beteende i en och samma upphandling oavsett om detta behandlats i både rättsfall, granskningsärenden, tidningsartiklar etc. I sådana fall har det material som är av högst dignitet kartlagts.

Vissa källmaterial har registrerats flera gånger i kartläggningen. Anledningen till att ett källmaterial finns på flera poster i kartläggningen är att det ibland innehåller fler än en av de påtalade bristerna. Vid kartläggningen av föremål och värde har i

<sup>2</sup> Med anledning av att LOU före 1996 inte tillät överprövningar efter det att den upphandlande enheten beslutat sig för en viss leverantör. Efter RÅ 1996 ref. 50, som konstaterade att LOU inte stod i överensstämmelse med rättsmedelsdirektiven, ändrades överprövningsmöjligheterna till att gälla fram till den upphandlande enheten slutit avtal med en leverantör. Lagändring (SFS 1997:1068).

några fall kvalificerade gissningar, utifrån t.ex. vald upphandlingsform gjorts, eftersom upphandlingens föremål och värde inte alltid klart och tydligt framgått av källmaterialet.

### Överprövningsmål från förvaltningsdomstolar



Figur 2.

Under pågående upphandlingsförfarande, dvs. fram till dess att avtal slutits, kan en förfördelad leverantör vända sig till länsrätten och begära överprövning av upphandlingen.<sup>3</sup>

Kartläggningen omfattar 264 domar och beslut från förvaltningsdomstolar daterade 1 januari 1996 och fram till 1 maj 1999. De brister som kartlagts i samband med genomgången av förvaltningsdomarna är i första hand tagna från de domskäl som anförts av den högsta instansen som dömt i målet. Saknas domskäl från den högsta instansen i ett mål har domskälen från lägre instans kartlagts. Där sådana saknats har de brister som leverantören påtalat i sitt klagomål registrerats. I vissa fall saknas såväl domskäl som grunderna för leverantörens klagomål vilket föranlett att inga påtalade brister registrerats.

Totalt har i maj 1999 ca 400 domar meddelats från förvaltningsdomstol sedan LOU trädde i kraft den 1 januari 1994. Diagrammet i bilaga 1 visar antalet överprövningar fördelade på år. Av diagrammet framkommer att antalet överprövningar uppgick till ett större antal åren 1995-1997 jämfört med år 1998 och prognosen för 1999.

<sup>3</sup> 7 kap. 1 § LOU.

Figur 2 ovan visar att av de avgöranden som meddelats av förvaltningsdomstol och som ingår i kartläggningen är det endast ca 49 % som har prövats i sak. Övriga 51 % har antingen avskrivits, avslagits eller avvisats oftast därför att beslut/avtal förelåg vid tidpunkten för domstolens prövning. Vid en genomgång av det totala antalet domar, 390 stycken, fram till 1 maj 1999 hade 202 ej prövats i sak, d.v.s. drygt 50 %.

Nedan ges förklaringar på de benämningar som tillämpats i kartläggningen beträffande domar och beslut i mål från förvaltningsdomstolarna.

Benämning	Innebörd	Antal beslut/ domar
Avskrivs	Målet har avskrivits t.ex. på grund av att leverantören återkallat sin talan, den upphandlande enheten avbrutit upphandlingen, klaganden saknar talerätt.	30
Avskrivs (A)	Målet har avskrivits p.g.a. att avtal med leverantör tecknats.	17
Avslag	Leverantörens talan har avslagits. Detta gäller oavsett instans. Avslagsbesluten är för det mesta prövade i sak. Ibland har avslag föranletts av att rätten funnit att upphandling inte pågick eller att leverantören inte kunnat visa skada.	80
Avslag (A)	Leverantörens talan har avslagits p.g.a. att den upphandlande enheten tecknat avtal med leverantör.	2
Avslag (B)	Leverantörens talan har avslagits p.g.a. att den upphandlande enheten fattat beslut om leverantör.	2
Avvisas	23 rättsfall har registrerats "Avvisas" p.g.a. att leverantören saknat talerätt, LOU inte ansågs tillämplig på anskaffningen, leverantören återkallat sin talan etc.	22
Avvisas (A)	Leverantörens klagomål har avvisats p.g.a. att den upphandlande enheten tecknat avtal med leverantör.	46
Avvisas (B)	Leverantörens klagomål har avvisats p.g.a. att den upphandlande enheten fattat beslut om leverantör.	20
Rättelse	Upphandlingen får inte slutföras förrän rättelse har vidtagits.	9
UGO	Upphandlingen skall göras om	36
<b>Totala antalet beslut/domar</b>		<b>264</b>

Figur 3.

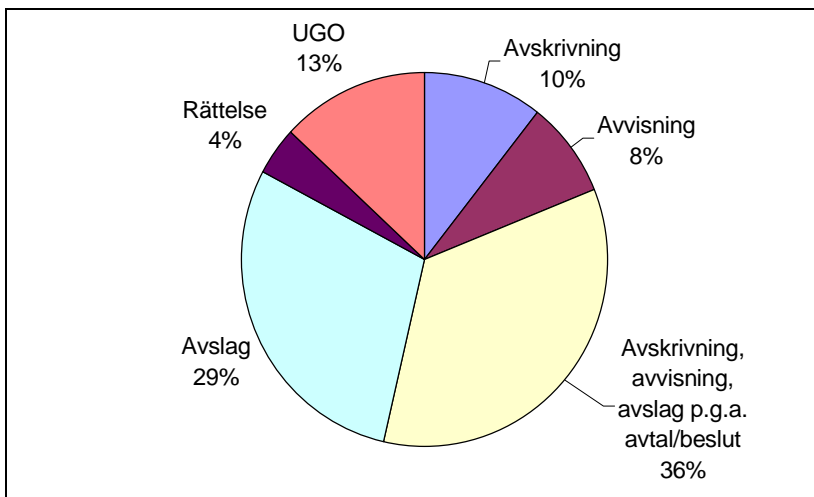


**Domslut/beslut i mål som prövats av kammarrätt respektive länsrätt**

I figurerna nedan illustreras de domslut/beslut som domstolarna kommit fram till i de kartlagda rättsfallen. Jämförelsen visar skillnaderna mellan de mål som endast länsrätt dömt i jämfört med de mål som kammarrätt dömt i.

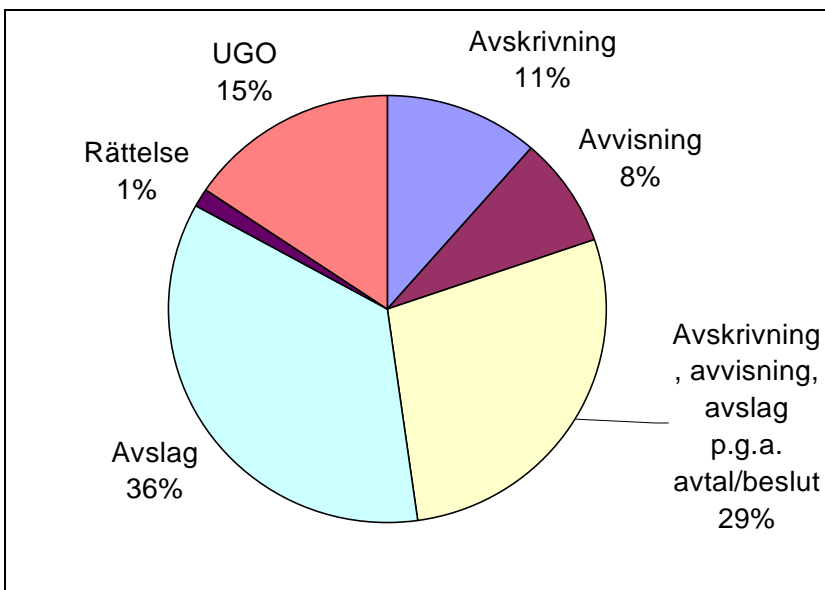
Utfallet i de olika överprövningsmålen gäller, oavsett instans, i förhållande till leverantörens talan.

**Beslut/domslut i länsrätt**



Figur 4.

**Beslut/domslut i kammarrätt**



Figur 5.

**NOU:s kommentar till diagrammen**

Sammantaget synes leverantörens möjligheter att nå domslut såsom rättelse eller att "upphandlingen skall göras om" inte öka utan snarare minska något vid överklagande till kammarrätt. Vid prövning i länsrätt leder 17 % av målet till att upphandlingen skall rättas till eller göras om och i kammarrätt är motsvarande andel 16 %. Något fler avslag kan dock noteras vilket skall jämföras med att fler mål prövas i sak i kammarrätt (52%) jämfört med länsrätt (46 %). Antalet avvisningar och avskrivningar som inte beror på att avtal tecknats eller beslut fattats är i princip lika i båda instanser.

### Skadeståndsmål från allmänna domstolar

Efter det att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör kan förfördelade leverantörer, inom ett år från det att avtalet slöts, begära skadestånd vid allmän domstol.<sup>4</sup>

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

Nedan förklaras de benämningar som används i kartläggningen.

Benämning	Innebörd	Antal beslut/ domar
Avskrivs	Målet har avskrivits t.ex. på grund av att leverantören återkallat sin talan, klaganden saknar talerätt.	1
Bifall	Om leverantören tillerkänts skadestånd har det registrerade målet oavsett instans fått beteckningen "Bifall".	5
Delvis bifall	Domstolen har bifallit delar av leverantörens talan.	1
Ogillas	Leverantörens talan ogillas. Domstolen har inte funnit att den upphandlande enheten gjort fel och att leverantören har därmed inte åsamkats någon skada.	5
Ogillas (s)	Leverantörens talan ogillas med anledning av att denne inte visat att skada uppstått. I dessa fall har domstolen dock konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot LOU.	6
Preskriberat	Leverantörens talan har avvisat p.g.a. att preskriptionstiden löpt ut.	3
<b>Totala antalet beslut/domar</b>		<b>21</b>

Figur 6.

### Påpekanden från kommissionen

<sup>4</sup> 7 kap. 8 § LOU.

Om en medlemsstat ej uppfyller sina åtaganden eller handlar i strid med gemenskapsrätten skall kommissionen ingripa i enlighet med artikel 169 i Romfördraget. Först företar kommissionen en s.k. formell underrättelse till den medlemsstaten med begäran om att medlemsstaten skall tillse att EG-reglerna efterlevs. Sker ingen rättelse från medlemsstatens och den felande upphandlande enhetens sida kan medlemsstaten instämmas inför EG-domstolen. Vidare påtalas brister i tillämpningen av upphandlingsdirektiven vid de mer inofficiella s.k. paketmötena.

Samtliga påpekanden från paketmöten och de formella underrättelser som berör upphandlingar i Sverige finns med i kartläggningen.

### **NOU:s ärenden**

Som en del i NOU:s tillsynsverksamhet har handlagts klagomål från leverantörer över upphandlande enheters beteende vid offentlig upphandling. Kartläggningen omfattar ca 45 av NOU:s klagomålsärenden fr.o.m. 1 januari 1996.<sup>5</sup> Endast de ärenden har kartlagts där NOU påvisat eller påpekat fel eller brister i det enskilda fallet dvs. där också kommunikation med den upphandlande enheten skett.

### **Konkurrensverkets LIU-ärenden**

Med anledning av att endast ett av Konkurrensverkets ärenden enligt otillbörlighetslagen föranlett ingripande eller kritik har NOU valt att inte kartlägga dessa ärenden (jämför med NOU:s ärenden).

### **Klagomålsärenden från Rådet för konkurrens på lika villkor mellan privat och offentlig sektor**

Med anledning av att inga ärenden om offentlig upphandling slutligen avgjorts har kartläggning av Konkurrensrådets ärenden inte kunnat ske.

### **Revisionsrapporter**

De revisionsrapporter som ingår i kartläggningen har valts ut på grundval av att de omnämnts i bl.a. upphandlingstidningarna. De revisionsrapporter som kartlagts är enskilda upphandlingar som har reviderats.

### **Konkurrenskommissionens granskningar (KKO)**

Kartläggningen omfattar kommissionens granskningar som rör offentlig upphandling. Konkurrenskommissionen inrättades 1994 på privat initiativ av föreningen Den Nya Valfärden. Det är ett fristående organ som granskar offentlig konkurrensnedvridning. Konkurrenskommissionens handläggare granskar ärendet och låter sedan berörd upphandlande enhet yttra sig över de faktiska förhållandena innan fallet avgörs. Kartläggningen omfattar 40 av Konkurrenskommissionens granskningar som i det enskilda fallet föranlett kritik mot den upphandlande enheten.

<sup>5</sup> NOU:s handläggning av klagomålsärenden är, enligt 1997 års regleringsbrev, begränsad till frågor av allmänt eller principiellt intresse.

**Tidningsartiklar**

Tidningsartiklar och notiser ingår i kartläggningen eftersom dessa ibland påtalar brister som inte kommer till domstolarnas eller berörda myndigheternas kännedom.

Kartläggningen omfattar artiklar ur upphandlingstidningarna Anbudsjournalen och Anbud & Inköp, fr.o.m. 1 januari 1997. Från och med sommaren -98 är Anbudsjournalen och Anbud & Inköp en och samma tidning.

**2.2 Översikt över kartläggningsresultatet**

<b>Påtalade brister</b>	<b>Antal poster</b>
<b>Är LOU tillämplig på anskaffningen?</b>	24
<b>Upphandlande enhet</b>	7
<b>Upphandlingspolicy</b>	3
<b>Egen regi</b>	3
<b>Upphandlingsförfarande: val av upphandlingsförförande</b>	20
<b>Upphandlingsförfarande: Otillåten direktupphandling</b>	89
<b>Upphandlingsförfarande: Direktupphandling - synnerliga skäl/lågt värde</b>	2
<b>Upphandlingsförfarande: Byte av förfarande under upphandling</b>	8
<b>Upphandlingsförfarande: Tröskelvärdesberäkning</b>	3
<b>Förfrågningsunderlag: Kravspecifikation</b>	41
<b>Förfrågningsunderlag: Administrativa bestämmelser</b>	13
<b>Förfrågningsunderlag: Kommersiella villkor</b>	11
<b>Förfrågningsunderlag: Utvärderingskriterier</b>	32
<b>Förfrågningsunderlag: Kvalifikationskrav</b>	19
<b>Förfrågningsunderlag: Väsentliga ändringar</b>	11
<b>Förfrågningsunderlag: Övrigt</b>	6
<b>Annonsering</b>	17
<b>Anbudsinfordran</b>	3
<b>Leverantörskontroll: Uteslutningsgrunder</b>	4
<b>Leverantörskontroll: Kvalifikationskrav</b>	7
<b>Leverantörskontroll: Nya hänsyn</b>	1
<b>Leverantörskontroll: Övrigt</b>	9
<b>Anbudsprövning: Formella fel</b>	7
<b>Anbudsprövning: Skall-krav</b>	19
<b>Anbudsprövning: Utvärderingskriterier</b>	39
<b>Anbudsprövning: Orimligt lågt anbudspris</b>	2
<b>Anbudsprövning: Otillbörliga hänsyn</b>	10
<b>Anbudsprövning: Nya hänsyn</b>	41
<b>Anbudsprövning: Övrigt</b>	6
<b>Avbruten upphandling</b>	10
<b>Dokumentation och öppenhet</b>	23
<b>Övriga påpekanden</b>	6
<b>Tomma (ingen registrering)</b>	82
<b>Totala antalet poster</b>	<b>578</b>

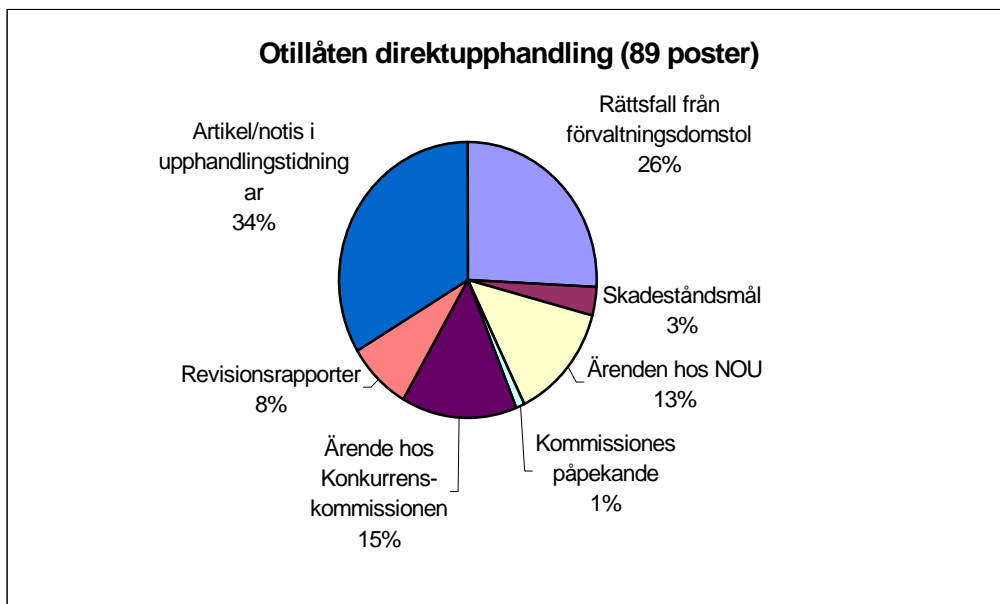
### 3. Otillåten direktupphandling

### 3.1 Allmänt

Ett inköp som genomförs av en upphandlande enhet utan att bestämmelserna i LOU beaktas, trots att de borde ha följts, betraktas som en otillåten direktupphandling. Begreppet täcker således situationer då en upphandlande enhet tar kontakt med *en* viss leverantör utan att LOU:s bestämmelser efterlevs. Andra situationer är dels den att den upphandlande enheten har ingått ett avtal enligt LOU avseende en viss volym men köper sedan en mycket större volym och dels den att enheten förlänger ett avtal trots att det inte finns en förlängningsklausul i avtalet eller att den redan är utnyttjad. Kartläggningen kan även inkludera förenklade upphandlingar med endast en tillfrågad leverantör. Är inköpet över tröskelvärdena motsvaras det av en förhandlad upphandling utan annonsering genomförd i strid med LOU. För enkelhetens skull benämns alla inköp som en otillåten direktupphandling oavsett upphandlingens värde.

Det fel som i särklass oftast förekommer i kartläggningen är s.k. otillåten direktupphandling. Detta stämmer väl överens med den erfarenhet NOU har från sina kontakter med leverantörer. Av de totala antalet poster om 578 som ingår i kartläggningen avser 89 stycken otillåten direktupphandling (se 2.2). Av de 89 poster avser 23 mål från förvaltningsdomstol och tre mål från allmän domstol.

### 3.2 Resultat av kartläggningen



Figur 7.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	23
varav beslut/dom i målen: 7 avslagsbeslut där upphandlingsförfarande inte ansetts inlett (varav tre avser samma upphandling)	
1 avslag fel konstaterades men ej visad skada	
1 avskrivning	
2 avskrivning p.g.a. att avtal har tecknats	
2 avvisningar	
6 avvisningar p.g.a. att avtal har tecknats	
1 avvisning p.g.a. beslut om leverantör fattats	
4 UGO (varav två avser samma upphandling)	
Skadeståndsmål	3
varav	2 ogillas (s)
	1 preskriberat

### 3.3 Praxis från förvaltningsdomstol

Av de 23 mål som hitintills har prövats i förvaltningsdomstol avseende otillåten direktupphandling har upphandlingens genomförande prövats i endast fem mål. Det kan jämföras med att ca 50 % av domarna totalt prövas i sak. I fyra mål av dessa fem har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om. Två av dessa avser emellertid samma upphandling. Av samtliga avgöranden från förvaltningsdomstol avser 17 % beslut om att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas till (figur 2). En leverantörs möjlighet att föra talan mot en som han ser det otillåten direktupphandling begränsas av att upphandlingsprocessen ofta är så kort att en anmälan till förvaltningsdomstol inte är verkningsfull. En ansökan om överprövning får enligt LOU som nämnts inte prövas efter den tidpunkt då avtal<sup>6</sup> om upphandlingen slöts. Nio av de 23 målen prövades inte i sak på den grunden att upphandlingen bedömdes vara avslutad.

*I följande fyra mål avseende otillåten direktupphandling har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om (UGO)*

**Länsrätten i Skåne län**<sup>7</sup> har i ett mål uppgivit att det är ostridigt att Länsarbetsnämnden i Skåne län (LAN) infordrat anbud av endast en leverantör. LAN hade skickat ut underlaget till företaget och någon annan form av tillkännagivande av upphandlingen hade inte använts. Av domen framkommer att företrädare för LAN uppgav per telefon till länsrätten den 12 februari 1997 att kontrakt avseende upphandlingen avsågs tecknas den 14 februari 1997. Länsrätten beslutade samma dag den 12 februari 1997 att upphandlingen av

<sup>6</sup> Se not 2.

<sup>7</sup> Mål nr. 1594-97, Österlens Utbildningscentrum ./.. Länsarbetsnämnden i Skåne län

utbildningskurserna inte får avslutas innan annat beslutats. Länsrätten konstaterar i domen att LAN brutit mot 1 kap. 4 § och 6 kap. 2 och 4 §§ LOU och beslutade att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Hallands län uppger** i två mål <sup>8</sup> som avser samma upphandling att avtal inte kan anses ha slutits förrän landstingsfullmäktige godkänt överenskommelsen om att landstinget förbinder sig dels att köpa tvättjänster för ett visst minsta belopp och dels ett tvättserviceavtal där landstinget åtar sig att under tre år köpa hela behovet av tvättjänster av leverantören. Domstolen beslutade att upphandlingen skall göras om.

**Länsrätten i Stockholms län** <sup>9</sup> uppger i förevarande mål att Riksförsäkringsverket (RFV) lämnat en specificerad beställning på talsvarsutrustning. Leverantören har inte såvitt länsrätten har kunnat utröna lämnat någon orderbekräftelse på gjord beställning på utrustningen. Det finns således inte något skriftligt avtal. RFV har anfört att upphandlingen har ansetts som en utökning av ett projekt och som en komplettering av en tidigare genomförd upphandling. Länsrätten konstaterar att av det ursprungliga förfrågningsunderlaget inte framgår att syftet var att utöka projektet. Länsrätten finner att utökningen inte kan betraktas som en komplettering till tidigare upphandling av talsvarssystem och beslutar att upphandlingen skall göras om. Domen har överklagats och kammarrätten har ännu inte avkunnat dom i målet. Samma dom omnämns nedan under rubriken "Krav på snabb process i förvaltningsdomstol".

*I följande mål har domstolen konstaterat brott mot LOU men leverantören har inte visat skada*

**Länsrätten i Kopparbergs län** konstaterar i ett mål <sup>10</sup> att omständigheter som kan medföra att direktupphandling får användas inte föreligger och att upphandlingen därmed ansetts ha genomförts i strid med 1 kap. 4 § LOU. För åtgärd från domstolen fordras emellertid också att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Sökanden har hittills endast åberopat som sakligt skäl för sitt yrkande att priset enligt hans mening är dumpat. Han har således inte visat att han skulle komma att lida skada. Länsrätten avslår den klagandes begäran om ingripande. Samma dom omnämns under rubriken "Krav på orsakssamband mellan fel och uppkommen skada i överprövningsmål enligt LOU".

---

<sup>8</sup> Mål nr. 485-97, Tvättman Textil Service AB ./ Landstinget Halland och mål nr. 575-97, Eko Förvaltnings AB ./ Landstinget Halland

<sup>9</sup> Mål nr. Ö 16217, Cardolan AB ./ Riksförsäkringsverket

<sup>10</sup> Mål nr. 848-96, Anders Ahlström ./ Smedjebackens kommun



*I följande sju mål har domstolen avslagit ansökan om överprövning på den grundet att upphandlingsförfarande ej ansetts påbörjat*

**Kammarrätten i Stockholm** har i ett mål <sup>11</sup> uppgivit att Gamla Uppsala Buss AB har av huvudmannen för kollektivtrafiken i Uppsala län, Upplands lokaltrafik AB, erhållit uppdrag att ombesörja personbefordran med buss. Uppdraget har innefattat rätt att låta delar av uppdraget utföras av underentreprenör. Upplands lokaltrafik AB har godkänt viss underentreprenör för vissa trafikpaket som ingår i uppdraget. I denna del anser kammarrätten att *beslut om leverantör har fattats*. Vad gäller övriga trafikpaket har Gamla Uppsala Buss AB fattat ett beslut att driva dessa i egen regi. Kammarrätten uppger att det i denna del är *oklart om något upphandlingsförfarande över huvud taget har inletts*. Även om så är fallet har Gamla Buss Uppsala AB uppgivit att förfarandet har *avbrutits*. Kammarrätten avslår överklagandet av länsrättens beslut att avskryva målet.

**Kammarrätten i Stockholm** <sup>12</sup> har angivit avseende en påtalad otillåten direktupphandling av tjänster för fastighetsförvaltning att något upphandlingsförfarande inte har inletts, varpå beslutet inte kan överprövas och överklagandet avslås i enlighet härmed. Samma förhållanden som i målen under not 13 och 14.

**Länsrätten i Blekinge län** <sup>13</sup> har uppgivit att klagomålet avser en kommuns beslut att upphandla samhällsbetald taxitrafik via Blekinge Länstrafik AB. Länsrätten uppger att därigenom har inte någon upphandling påbörjats som vid överprövning kan föranleda någon åtgärd. Det är först när upphandling av Länstrafiken genomförs som en överprövning kan göras. Länsrätten beslutar att inte uppta ansökningen till prövning.

**Kammarrätten i Stockholm** <sup>14</sup> har uppgivit att i enlighet med kommunens uppgifter ingen upphandling pågår och någon överprövning kan inte ske.

**Länsrätten i Skåne län** <sup>15</sup> har konstaterat att grund för direktupphandling inte föreligger och att förhållandet att förhandling om förlängning av ett tidigare uppsagt avtal om tvätteriverksamhet inletts mellan parterna innebär att en upphandling inletts. Länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

**Kammarrätten i Göteborg** <sup>16</sup> konstaterar i samma mål att landstinget först formellt sagt upp avtalet och sedan ingått ett nytt avtal varigenom det tidigare

<sup>11</sup> Mål nr. 2130-1996, Högbergs Buss AB och Edlunds Trafik AB ./ Gamla Uppsala Buss AB

<sup>12</sup> Mål nr. 6278-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./ Nyköpings kommun, Mål nr. 6277-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./ Nyköpings Industriaktiebolag och Mål nr. 6276-1996, Farmartjänst i Nyköping AB ./ Skavsta Flygplats AB

<sup>13</sup> Mål nr. 753-96 E, Karlshamns Taxi AB ./ Karlshamns kommun

<sup>14</sup> Mål nr. 5342-1997, Danmarks Buss HB ./ Uppsala kommun

<sup>15</sup> Mål nr. 4641-98 E, Reny Tvätt AB ./ Malmöhus läns landsting

<sup>16</sup> Mål nr. 4069-1998

träffade avtalet förlängs gälla ytterligare fyra månader. Det senare träffade avtalet kan inte betraktas som annat än en förlängning av det förra avtalet och kammarrätten finner att det ingångna avtalet inte kan betraktas som om en ny upphandling skett.

NOU:s kommentar avseende ovannämnda dom är att NOU betraktar förfarandet generellt såsom en otillåten direktupphandling eftersom det civilrättsligt bindande avtalet mellan parterna har sats upp. I normalfallet skall det, enligt NOU:s uppfattning, då genomföras en ny upphandling i enlighet med LOU.

I nio fall har talan avvisats eller avskrivits på grunden att beslut om leverantör fattats eller avtal hade tecknats och att upphandlingen i enlighet härmed ansetts avslutad och i två fall p.g.a. att den sökande inte ansetts ha talerätt respektive LOU inte var tillämplig.

### 3.4 Praxis från allmän domstol

Enligt NOU:s kartläggning har frågan om otillåten direktupphandling prövats av allmän domstol i tre mål. I ett av målen ansågs talan vara preskriberad och i de två övriga målen har domstolen konstaterat brott mot LOU men den klagande leverantören har inte lyckats visa att skada förelegat och talan har ogillats i enlighet härmed. Något skadestånd har således ännu inte tillerkänts någon leverantör p.g.a. en genomförd otillåten direktupphandling.

Högsta domstolen (HD) har i april 1999 meddelat beslut om prövningstillstånd i ett skadeståndsmål<sup>17</sup> avseende en otillåten direktupphandling. Tingsrätten och hovrätten konstaterar att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling av städtjänster men den klagande har inte kunnat visa skada varpå talan således har ogillats. HD:s avgörande framöver kommer att bli prejudicerande för skadeståndsmål enligt LOU avseende otillåten direktupphandling.

I de båda skadeståndsdomarna<sup>18</sup> som konstaterar brott mot LOU men där leverantören inte kunnat visa skada hänvisar domstolen till lagstiftaren vad avser svårigheten för en förbigången leverantör att styrka orsakssambandet mellan ett fel vid upphandlingen och liden skada. I målet nämnt i fotnot 17 anger Solna tingsrätt "Den omständigheten att beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet som sanktion är vid sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder detta bör föranleda."

### 3.5 NOU:s synpunkter avseende otillåten direktupphandling

<sup>17</sup> Mål nr. i HD T 2417-98 Tvättsvamparna, Rent & Fint Handelsbolag ./ Ekerö kommun

<sup>18</sup> Svea hovrätts dom mål nr. T 483-97 i mål nämnt under fotnot 17 som är daterad 1998-04-30 och Falu tingsrätts dom, Mål nr. T 1158-96, Datashopen i Dalarna Aktiebolag ./ Borlänge kommun, meddelad 1997-06-06

Av NOU:s kartlagda material i sin helhet utgörs 58 % av domar från förvaltningsdomstol och allmän domstol. Vad gäller otillåten direktupphandling härrör endast 26 % av påtalade fel och brister från domstolsprövning och hela 34 % från artiklar i upphandlingstidning. Motsvarande siffror avseende kartläggningen i sin helhet är 58 % respektive 16 %. Enligt NOU:s uppfattning är otillåtna direktupphandlingar ett stort problem inom upphandlingsområdet vilket också bekräftas i kartläggningen. Detta fel som således ofta förekommer finns inte i motsvarande mån representerat i domstolsprövningar. Siffrorna pekar på att leverantörer i dessa fall snarare kontaktar en tidning och påtalar felaktigheten än anhängiggör talan vid domstol. Det kan förmodas att leverantörer med tiden erfarit att det är tämligen svårt att vinna framgång både i överprövnings- och skadeståndsmål. NOU har däremot haft en mängd klagomålsärenden avseende otillåten direktupphandlingar men sådana klagomålsärenden tas numera sällan upp för prövning med hänsyn till att handläggningen skall begränsas till frågor av allmänt eller principiellt intresse.

En talan vid *förvaltningsdomstol* får inte prövas efter det att upphandlingen har avslutats. En förfördelad leverantör har de facto ofta svårt att hinna med att påtala en otillåten direktupphandling vid länsrätten eftersom upphandlingen har avslutats när leverantören får kännedom om den. Ofta är det samtidigt påbörjandet och avslutandet av en upphandling kännetecknande för direktupphandling.

Regeringsrätten <sup>19</sup> har i ett överprövningsmål behandlat frågan om möjligheten att överpröva direktupphandlingar. Domstolen har härvid hänvisat till ett uttalande i förarbetena som synes ge uttryck för att ett påbörjat formbundet upphandlingsförfarande skulle vara en förutsättning för talan enligt 7 kap. 1 § LOU. I specialmotiveringen till detta lagrum <sup>20</sup> sägs nämligen "att bestämmelsen i första stycket främst riktar sig till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lag förutsatt sätt. *Detta uttalande ger emellertid enligt Regeringsrättens uppfattning inte stöd för en tolkning som innebär att en direktupphandling inte skulle kunna angripas med stöd av LOU. Regelsystemet får tvärtom anses förutsätta att så kan ske* (NOU:s kursivering) (jämför de principer som kommit till uttryck i rådets direktiv 89/665 EEG artikel 1 p. 3)."

Kartläggningen visar att endast ca 50 % av ansökningarna prövas i sak och att anledningen oftast är den att upphandlingen anses avslutad vid beslutstillfället hos domstolen. NOU har även noterat ett antal fall där den klagande inte yrkat ett interimistiskt beslut i länsrätt så att domstolen kan, om skäl föreligger, besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän den prövats i sak. Den upphandlande enheten har sedan hunnit avsluta upphandlingen innan domstolen prövat

<sup>19</sup> Mål nr 1399-1997, Tvättman Textil Service AB ./ Landstinget Halland

<sup>20</sup> Prop. 1992/93:88 s. 101

densamma (jämför även avsnitten 7.1 och 2). Andra situationer som förekommer är att enheter avslutar upphandlingen efter länsrättens avgörande så att en prövning i kammarrätten inte blir möjlig. Dessa förhållanden är otillfredsställande och har påtalats av NOU vid flera tillfällen. Om inte andra åtgärder, såsom en *avgift liknande konkurrensskadeavgiften/marknadsstörningsavgiften* eller motsvarande, radikalt kan förändra situationen bör det därför enligt NOU:s uppfattning övervägas om det finns förutsättningar för förvaltningsdomstolen att självant pröva om skäl föreligger för ett interimistiskt beslut vid en ansökan om överprövning.

Vad gäller talan vid *allmän domstol* har av de tre skadeståndsmålen två ogillats och ett ej prövats i sak p.g.a. det var preskriberat. I de mål som ogillats har domstolen konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot LOU men leverantören har inte kunnat visa skada. Inget skadestånd har således utgått p.g.a. otillåten direktupphandling. Det låga antalet mål kan förmodas bero bl.a. på att leverantören vid fall av otillåten direktupphandling är medveten om svårigheten att tilldömas skadestånd i kombination med risken att bli ersättningsskyldig för motpartens rättegångskostnader i det fall käromålet skulle ogillas. En förfördelad leverantörs benägenhet att begära skadestånd påverkas säkerligen också av att en skadeståndsprocess i regel pågår under en lång tid.

NOU:s uppfattning är, vad gäller preskriptionstiden för en skadeståndstalan enligt LOU, att den är för kort. Det finns enligt NOU:s uppfattning inte anledning att ha en särreglering utan allmänna preskriptionstider bör gälla. Se vidare avsnitt 8.3.1.

Svårigheten för en leverantör att tilldömas skadestånd vid otillåten direktupphandling är bl.a. kravet att visa att han lidit skada till följd av att den upphandlande enheten inte följt LOU:s bestämmelser. Den som yrkar ersättning är bevisskyldig för skadan. I förarbetena till LOU<sup>21</sup> anges "För att det skall anses att en leverantör drabbats av skada till följd av felet skall han i princip ha förlorat kontraktet till följd därav." Lagrådet yttrade sig något kritiskt om formuleringen och överlämnade tolkningen av densamma till rättstillämpningen. Vid en bedömning av om den klagande leverantören borde ha vunnit upphandlingen vid en otillåten direktupphandling finns inga konkurrerande anbud att jämföra med utan en hypotetisk upphandling får tänkas. Vid osäkerhet om anbuden skulle ha utvärderats efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det med det lägsta priset kan den senare grunden sägas vara vägledande enligt en dom från HD<sup>22</sup> meddelad i december 1998. I domskälen framkommer att om det inte av uppgifterna i underlaget går att utröna vilka omständigheter, utöver anbudspriset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen skall lägsta priset vara avgörande.

<sup>21</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103

<sup>22</sup> Mål nr. T 1441-97, Arkitektjänst i Uppsala Aktiebolag ./. Heby kommun

Hovrätten över Skåne och Blekinge har i en dom<sup>23</sup> först konstaterat att kommunen brutit mot 1 kap. 4 § LOU genom att vid utvärderingen beaktat en samordningsrabatt och sedan framfört följande avseende bevisbördans placering avseende uppkommen skada.

"Enligt hovrättens mening bör det emellertid i ett fall som det föreliggande ankomma på den upphandlande enheten att peka ut vilken annan leverantör än den skadeståndsansökande anbudsgivaren och den vars anbud antogs som skulle ha erhållit kontraktet. I annat fall skulle det vara nödvändigt att pröva samtliga anbud på nytt. Kommunen har således åberopsbördan i detta hänseende och har också påstått att Medilabs anbud borde ha antagits.

Vad gäller bevisbördan för att en tredje leverantörs anbud skulle ha antagits eller ej kan konstateras att skadeståndets funktion är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att förfara korrekt (se prop. 1992/93:88 s.103). För att skadeståndsregeln skall kunna tjäna detta syfte krävs att det finns en rimlig möjlighet för en leverantör att göra gällande att han lidit skada. Om han - när han väl har visat att hans anbud hade företräde framför det anbud som antogs - skulle ha bevisbördan även för att en tredje leverantörs anbud var mindre förmånligt än hans eget, kan befaras att möjligheten att erhålla skadestånd skulle bli mycket liten. Bestämmelsens syfte skulle då förfelas. Mot denna bakgrund finner hovrätten att den upphandlande enheten, i detta fall kommunen, bör ha bevisbördan i detta avseende. En rimlig avvägning mot den upphandlande enhetens intresse av skydd mot långtgående skadeståndskrav kan åstadkommas, om det krävs - men också är tillräckligt - att enheten gör sannolikt att den tredje leverantören skulle erhållit kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling".

Enligt hovrättens nu lagakraftvunna dom som konstaterar brott mot LOU har beviskraven lindrats för leverantören genom att bevisbördan överflyttats till den upphandlande enheten när leverantören kunnat visa att dennes anbud hade företräde framför det anbud som antogs. Den upphandlande enheten skall då göra sannolikt att en tredje leverantör skulle ha erhållit kontraktet. Denna lindring av beviskraven tordes få en mindre betydelse i mål som rör otillåten direktupphandling eftersom konkurrerande anbud i regel saknas.

NOU har åtskilliga gånger erfarit att leverantörer och allmänheten reagerar mycket starkt inför bristen på framkomliga rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar. Även NOU anser det mycket stötande att de enheter som helt åsidosätter regelsystemet för offentlig upphandling går fria från påföljd medan andra, som anstränger sig att följa bestämmelserna, kan instämmas till domstol för en i sammanhanget mindre förseelse och riskerar att upphandlingen får göras om. Uppfattningen har framförts till NOU att vetskapen om avsaknaden av rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar har spritt sig bland upphandlande enheter och risken finns att detta för med sig att enheter emellanåt väljer att genomföra en

<sup>23</sup> Mål nr. T 381-97 meddelad i januari 1999

otillåten direktupphandling hellre än att riskera invändningar i ett formbundet förfarande.

I brist på befintliga effektiva rättsmedel för leverantörer som drabbas av otillåtna direktupphandlingar genom att de inte får möjlighet att delta i anbudsgivning, bör utredningen överväga någon form av kännbar sanktion för enheter som på detta sätt bryter mot LOU. En möjlighet som NOU sedan länge ansett bör övervägas är en slags avgift t.ex. efter mönster av konkurrensskadeavgiften enligt konkurrenslagen eller marknadsstörningsavgiften som en näringsidkare kan åläggas att betala om denne gjort sig skyldig till vilseledande reklam i enlighet med marknadsföringslagen.

## 4. Avbruten upphandling

### 4.1 Allmänt

Under rubriken "avbruten upphandling" har kartlagts material som behandlar fall där den upphandlande enheten valt att avbryta upphandlingen. Det handlar t.ex. om upphandlingar som avbrutits efter det att anbud inlämnats p.g.a. att enheten vill utreda om bättre alternativ finns. Vidare har fall kartlagts där den upphandlande enheten avbrutit upphandlingen för att sedan lägga kontraktet på den egna regin som deltagit i upphandlingen men som enligt den klagande inte vunnit.

### 4.2 Resultat av kartläggningen

Kartlagt material	Antal poster
Rättsfall i förvaltningsdomstol	4
varav beslut/döm i målen: 1 avvisning	
1 avslag	
2 UGO	
Skadeståndsmål (ogillades)	2
Kommissionens påpekande	1
Ärende hos NOU	1
Ärende hos KKO	1
Artkel/notis i upphandlingstidning	2
<b>Totalt</b>	<b>10</b>

### 4.3 Praxis från förvaltningsdomstol

*I följande två mål avseende avbruten upphandling har domstolen beslutat att upphandlingen skall göras om (UGO)*

**Länsrätten i Norrbottens län** har beslutat att en upphandling skall göras om<sup>24</sup>. Av domen framkommer att den upphandlande enheten först har beslutat att anta ett anbud men har senare beslutat att förkasta samtliga anbud och gå ut med en ny anbudsfrågan dels p.g.a. ett räknefel vid beräkning av materialkostnaden och dels därför att de vill tillföra upphandlingen nya kriterierna, nämligen miljö och kvalitet. Den klagande yrkar att länsrätten skall besluta att den vitsordade felräkningen rättas och att upphandlingen därefter fullföljs med iakttagande av de kriterier som kommunen dessförinnan tillämpat, d.v.s. att anbuden värderas enbart utifrån priset. Länsrätten fann med hänsyn till konstaterade felaktigheter att alla anbudsgivare bör få möjlighet att inge nya anbud. Länsrätten beslutade att upphandlingen skall göras om.

NOU kommenterar den ovan nämnda domen på följande sätt. Den leverantör som klagade låg troligen lägst i pris efter utvärderingen i den första upphandlingen och hade vunnit om kommunen fortsatt denna upphandling efter rättelse av det räknefel som gjorts vid anbudsutvärderingen. När upphandlingen enligt domen skall göras om har enheten i detta fall möjlighet att ändra underlaget inför den nya upphandling som den uppgett sig önska. Även om leverantören fick bifall till sin talan, blir effekten inte den som leverantören uppenbarligen önskade. När domstolen fattade sitt beslut hade upphandlingen nämligen avbrutits och enheten skulle påbörja en ny upphandling. Såvitt NOU kan förstå pågick ingen upphandling när domstolen gjorde sin prövning. Ett beslut att upphandlingen skall göras om leder till den för klaganden oönskade effekten att leverantörer som från början inte hade ingivit anbud i upphandlingen bereds möjlighet att delta i den kommande upphandlingen. Förnyad upphandling är normalt annars mindre komplicerat och känsligt än att vidta rättelse i pågående upphandlingsprocess.

**Länsrätten i Jämtlands län**<sup>25</sup> har beslutat att en upphandling skall göras om. I länsrättsdomen framkommer följande. Den upphandlande enheten har inte antagit den klagandes anbud, som enligt denne hade det lägsta priset. I stället har enheten med åberopande av delvis andra kriterier än som angetts i förfrågningsunderlaget valt ett anbud från kommunens verksamhetsförvaltning till ett avsevärt högre pris. Länsrätten uppger att enheten får anses ha brutit mot 1 kap. 4 § LOU genom att ha antagit verksamhetsförvaltnings anbud. "Vid sådant förhållande och då något skriftligt upphandlingsavtal - såvitt framgår av inhämtade uppgifter - ännu inte undertecknats anser länsrätten att upphandlingen bör göras om".

**Kammarrätten i Sundsvall** har i samma mål avkunnat dom<sup>26</sup> vari överklagandet av länsrättsens beslut att upphandlingen skall göras om avslagits. Kammarrätten uppger att framför allt mot bakgrund av hur ett yrkande av en ledamot vid barn- och ungdomsnämndens sammanträde utformats och efter proposition antagits att upphandlingen inte kan anses avbruten utan avslutad med beslut att anta

<sup>24</sup> Mål nr. 2937-96, Elbolaget Bergqvist 6 Co AB ./ Luleå kommun

<sup>25</sup> Mål nr. 1010-97 E, Uppdrag Fritid Lit AB ./ Östersunds kommun

<sup>26</sup> Mål nr. 3297-1997 meddelad 1997-12-19

verksamhetsförvaltningens anbud. Kammarrättens avgörande står fast sedan Regeringsrätten inte beviljat prövningstillstånd.

*I följande två mål avseende avbruten upphandling har domstolen avvisat eller avslagit leverantörens talan*

**Länsrätten i Stockholm** har i ett beslut<sup>27</sup> varigenom leverantörens talan avvisades uttryckt det på följande sätt.

"Det krävs således inte att en upphandling måste komma tillstånd eller att en utlyst anbudstävling måste resultera i en anskaffning. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU upphör länsrättens möjlighet till överprövning vid den tidpunkt då avtalet om upphandling slutits. Mot bakgrund av vad som nyss anförts får LOU emellertid också anses innefatta ett hinder mot överprövning även när upphandlingen avbrutits. Däremot är det så att huvudregeln i LOU om affärsmässighet vilken kommit till uttryck i 1 kap. 4 § LOU kan användas som prövningsgrund beträffande frågan om huruvida ett enskilt fall av avbrytande av ett upphandlingsförfarande är godtagbart eller inte. Såsom följer av 7 kap. 6-8 §§ LOU är emellertid detta en fråga varom talan får föras vid allmän domstol. Mot bakgrund av det ovan anförda finner länsrätten att hinder för överprövning föreligger, varför Colibri Medical AB:s ansökan skall avvisas."

Upphandlingen som prövades i målet avbröts enligt domen med förklaringen att "En av leverantörerna som har fått påminnelse om vår annons om upphandling har tyvärr inte inkommit med anbud. Leverantören i fråga anses ha betydelse för upphandlingen. Vi anser därför att vi inte kan genomföra en affärsmässig upphandling utan deras medverkan och att det enda konsekventa alternativet är att lägga ner upphandling och ta om den ...."

Den klagande yrkade vid länsrätten att den upphandlande enheten skall förpliktigas att återuppta och avsluta den påbörjade upphandlingen. Länsrätten gick inte in på anledningen till att enheten avbröt upphandlingen utan hänvisade i den delen till allmän domstol. Länsrätten konstaterade att hinder förelåg för överprövning eftersom upphandling avbrutits.

**Kammarrätten i Stockholm** har i ett beslut<sup>28</sup> uppgivit följande.

"Enligt 7 kap. 2 § LOU skall länsrätten, om den funnit att den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det är emellertid inte möjligt att ålägga en upphandlande enhet att ställa in en redan avbruten upphandling. Inte heller är det möjligt att besluta att en avbruten upphandling

<sup>27</sup> Mål nr. Ö 8699-98 Colibri Medical AB ./.. Stockholms läns landsting, meddelad 1998-09-14

<sup>28</sup> Mål nr. 87-1999, Värmeland Teknik AB ./.. Täby kommun meddelad 1999-04-14



skall göras om, eftersom det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en upphandling. Det är således inte möjligt för en anbudsgivare att få rättelse enligt 7 kap. 2 § LOU när upphandlaren valt att avbryta en upphandling. Däremot kan anbudsgivaren utkräva skadestånd i en sådan situation.

Enligt kammarrättens mening är det klart att en upphandling kan avslutas även genom ett avbrytande. Kammarrätten finner, i likhet med länsrätten, att länsrättens möjlighet till överprövning upphör även då en upphandling avbrutits. Länsrätten har således förfarit riktigt då den avskrivit bolagets ansökan om överprövning".

#### 4.4 Praxis från allmän domstol

*I följande två mål har skadeståndsskyldighet ej ansetts föreligga*

**Lindesbergs tingsrätt** har bifallit en talan<sup>29</sup> om skadestånd avseende en avbruten upphandling med följande motivering.

"Enligt tingsrättens mening måste det anses som orimligt, för att inte säga stötande, att kommunen med frångående av regeln om affärsmässighet vid prövningen av anbudet, påföljdsfritt kan ge egenregiverksamheten Masugnen, som alltså deltagit som anbudsgivare, uppdraget att utföra arbetet. Det finns inga sakliga skäl som talar för att just offentliga aktörer skulle få intaga en särställning vid upphandlingsförfarandet när dessa väl har inbjudit marknaden att tävla och därvid gjort en prövning av anbudet. De nu gällande reglerna i LOU bör därför kunna tillämpas även i detta fall".

Domen överklagades till **Göta hovrätt**<sup>30</sup> som ändrade tingsrättens dom och lämnade käromålet utan bifall. Hovrätten uppger

"Som tingsrätten har anfört kan det tyckas orimligt att kommunen påföljdsfritt kan frånga kravet på affärsmässighet och ge egenregiverksamheten uppdraget. Ett sådant förfarande kan hävdas stå i strid med lagens övergripande syfte, att sätta tryck på offentliga organ och stimulera till ökad konkurrens inom den offentliga sektorn. Å andra sidan kan det ifrågasättas om det verkligen har varit lagstiftarens avsikt att den myndighet som beslutar sig för att inleda ett upphandlingsförfarande utan att vara förpliktad härtill, verkligen skall bli så bunden av detta beslut att myndigheten inte kan ångra sig och avbryta upphandlingen utan att riskera skadeståndsskyldighet gentemot tredje man motsvarande det positiva kontraktsintresset. En sådan tolkning skulle inte stimulera kommunerna att ifrågasätta den egna verksamheten och inbjuda till extern konkurrens. Väl kunde man vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningskyldig för dessa kostnader."

<sup>29</sup> Mål nr. T 342/94, IW Utbildning Aktiebolag ./.. Lindesbergs kommun, meddelad 1996.03-22

<sup>30</sup> Mål nr. T 189/96, meddelad 1999-03-16

Hovrättens dom har överklagats till HD.

I en dom meddelad av **Stockholms tingsrätt**<sup>31</sup> anges att den upphandlande enheten inte ådragit sig skadeståndsskyldighet när den avbrutit en öppen upphandling av bilbudstransporter för att tjänsterna skall utföras av organ inom landstinget. Domen överklagades till **Svea hovrätt**<sup>32</sup> som fastställde tingsrättens domslut att landstinget inte ådragit sig skadeståndsskyldighet. Hovrätten pekar på förhållandet att landstinget inte hade behövt iaktta LOU:s bestämmelser om landstinget från början valt att låta den egna regin handha transporter. Vidare uppges

"Av det förhållandet att Landstinget och Transland inte utgör skilda juridiska personer följer vidare att Landstinget och Transland inte kan teckna avtal med varandra; en och samma juridiska person kan inte sluta avtal med sig själv. Mot denna bakgrund kan Landstingets beslut att låta Transland handha verksamheten inte betraktas som ett upphandlingsbeslut i den mening som Lillebil gjort gällande. Upphandlingen skall i stället anses ha avbrutits till följd av att Landstinget valt att driva den ifrågavarande verksamheten i egen regi". Hovrätten uppger vidare att "LOU innehåller inga regler som förbjuder den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen. Som tingsrätten har konstaterat innehåller LOU heller inte någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts. Frågan har, vilket tingsrätten också har påpekat, varit föremål för överväganden som inte lett till lagstiftning. Av det sagda kan någon annan slutsats inte dras än att gällande lagstiftning inte ger stöd åt Lillebils i andra hand gjorda påståenden att Landstinget har ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU genom att avbryta upphandlingen på det sätt som skedde".

Hovrättens dom har överklagats till HD.

#### 4.5 NOU:s synpunkter avseende avbruten upphandling

Enligt kammarrättens domskäl i beslutet ovan, (not 28) kan inte en *förvaltningsdomstol* pröva en upphandling som avbrutits utan hänvisar i dessa fall till allmän domstol och en talan om skadestånd.

De domar som hittills har meddelats från *allmän domstol* innebär att det inte uppstår skadeståndsskyldighet när en kommun beslutar sig för att avbryta en inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi. Av domskälen framkommer inte att anledningen till beslutet om att avbryta har haft någon betydelse för utgången av målet.

I det fall en upphandlande enhet påbörjat en upphandling och utvärderar anbudet i enlighet med de kriterier som angivits i underlaget men som sedan avbryter upphandlingsförfarandet p.g.a. *nya hänsyn*, t.ex. avseende övertalighet för den

<sup>31</sup> Mål nr. 7-622/97, Lillebil Aktiebolag ./.. Stockholms läns landsting, meddelad 1997-12-08

<sup>32</sup> Mål nr. T 20-98 meddelad 1998-12-22

egna regin, anser NOU, att förfarandet strider mot transparensprincipen och LOU. Bedömningen är dock beroende av om det av underlaget klart framgått att egenregiverksamheten kommer att delta och på vilka villkor. Leverantörerna vet då på förhand vilka förutsättningarna är och kan, medvetna om dessa, avgöra om de skall delta eller inte i upphandlingen.

Någon form av kompensation till leverantörer som deltar i en upphandling i enlighet med vissa angivna villkor, men där upphandlingen sedan avbryts utan sakliga skäl, bör övervägas. NOU anser att det t.ex. bör övervägas om deltagande leverantörer (anbudsgivare eller anbudssökande) kan ges ersättning för nedlagda kostnader som de haft för att förbereda anbud m.m. i de fall enheten avbryter upphandlingen *utan saklig grund*. Talan skulle kunna föras vid allmän domstol, eventuellt av tillsynsmyndigheten. Ett tillägg bör i detta fall införas i LOU som klargör att ett beslut att avbryta en upphandling omfattas av 1 kap. 4 § LOU (Se Avbrutna upphandlingar och interna bud, Ds 1994:83). Ett tillägg bör övervägas även i 1 kap. 5 § LOU med innebörden att interna bud jämföras med externa anbud.

Göta hovrätt anförde i målet nämnt i not 30 att "väl kunde man vid en avbruten upphandling tänka sig att den som vållat anbudsgivare kostnader för att i onödan upprätta ett anbud blir ersättningsskyldig för dessa kostnader." Enligt detta synsätt kan de fall anses som onödiga där enheten avbryter upphandlingen utan sakliga skäl. Hovrätten hänvisar till denna möjlighet vad avser upphandlingar inom försörjningssektorn och uppger att något lagstöd inte finns i detta fall.

Övervägas kan även om en slags avgift bör införas efter mönster av den konkurrensskadeavgift som regleras i konkurrenslagen eller den marknadsstötningsavgift som en näringsidkare kan åläggas att betala t.ex. om näringsidkaren gjort sig skyldig till vilseledande reklam i enlighet med marknadsföringslagen. Jämför även avsnitt 3.5 avseende NOU:s förslag till sanktion när en enhet genomför en otillåten direktupphandling. Det har 1999-06-09 kommit till NOU:s kännedom att det i Tyskland har beslutats om bestämmelser<sup>33</sup> som bl.a. innebär följande. Skadeståndskrav kan göras gällande av anbudsgivare, vars anbud inte har beaktats. Ersättning kan krävas för kostnader för att förbereda ett anbud och i övrigt att delta i upphandlingen, om ett åsidosättandet av förfarandereglerna negativt har påverkat anbudsgivarens möjlighet att tilldelas kontraktet. Vid sidan av denna möjlighet till ersättning intill det negativa kontaktsintresset föreligger en möjlighet till ersättning upp till det positiva kontraktsintresset men då med högre beviskrav för leverantören.

## 5. Tidsobegränsade avtal

### 5.1 Allmänt

<sup>33</sup> som gäller från och med 1 januari 1999.

LOU:s bestämmelser är tillämpliga när en upphandlande enhet har beslutat att upphandla något som inte är undantaget från lagens tillämpningsområde, t.ex. vid egen regi, köp mellan statliga myndigheter och avrop. LOU och direktiven förutsätter att upphandlingar konkurrensutsätts med jämna mellanrum även om det inte uttryckligen anges. Av bestämmelserna om tröskelvärdesberäkning för kontrakt som löper på obestämd tid eller för de fall kontraktens varaktighet är oviss skall månadskostnaden multipliceras med 48. (2 kap. 3 § första stycket och 3 kap. 7 § första stycket LOU). Direktivets och LOU:s bestämmelser ger dock vid handen att varukontrakt i normalfallet inte skall ha längre varaktighet än fyra år<sup>34</sup>. Det kan även anses framgå implicit av affärsmässighetsbegreppet. NOU har framfört att tillsvidareavtal och avtal som förlängs automatiskt om ingen av parterna säger upp detsamma bör sägas upp och en ny upphandling genomföras i konkurrens enligt LOU:s bestämmelser.

## 5.2 Prövning i förvaltningsdomstol och allmän domstol

En talan enligt LOU avseende tillsvidareavtal kan knappast vinna någon framgång varken i förvaltningsdomstol eller allmän domstol eftersom ingen upphandling pågår. En konkurrent till den leverantör som tillsvidareavtalet är tecknat med som vill in på marknaden får aldrig tillfälle att inge anbud till enheten så länge avtalet inte sägs upp.

## 5.3 NOU:s synpunkter avseende tidsobegränsade avtal

Önskvärd längd avseende avtalstid varierar från fall till fall med hänsyn till karaktären på anskaffningen. Avtalen bör emellertid vara tidsbegränsade och inte löpa tills vidare. Ett förbud bör övervägas införas i LOU mot att teckna avtal som inte är begränsade i tiden.

Kanske kan även vissa maximitider rekommenderas för avtal i normala fall. Förarbetena till en dylik bestämmelse bör i så fall exemplifiera vad som avses med normala avtal och även ge exempel på sådana som kan kräva längre giltighetstid. Bestämmelsen skulle kunna ange att enheten får teckna avtal på längre tid vid vissa typer av avtal eller om särskilda skäl föreligger. Domstol skulle på talan av intresserad leverantör kunna pröva huruvida avtalet borde sägas upp eller om avtalet får fortsätta att löpa. Det bör övervägas om ett beslut från domstolen att enheten skall säga upp avtalet bör kopplas till ett vitesföreläggande. NOU anser att förslaget måste avvägas väl och balanseras mellan enhetens önskvärda rörelsefrihet inför affärssuppgörelser och behovet av att offentliga upphandlingar konkurrensutsätts.

NOU har i NOU info anfört följande avseende avtalstidens längd. "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 exempelvis ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. avtal om drift av sjukhus eller andra

<sup>34</sup> Margareta Hentze och Hans Sylvén, offentlig upphandling, s. 298

avtal där stora investeringar måste göras av leverantören. Efter NOU:s kontakter med England kan nämnas att man där anser att avtalstiden i ett kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år. Normalt bör leveransavtal för varor och tjänster inte vara längre än ett eller två år." (Se Sammanställning NOU info 93-95, s. 59).

## 6. Talerätt enligt LOU m.m.

### 6.1 Allmänt

Enligt LOU är det endast tänkbara leverantörer som har talerätt i domstol.

Definitionen av begreppet leverantör i 1 kap. 5 § LOU lyder:

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

### 6.2 Praxis från förvaltningsdomstol

Att en underleverantör inte innefattas i definitionen av leverantör enligt LOU framkommer i en dom meddelad av **Kammarrätten i Sundsvall**<sup>35</sup>.

Uppfattningen grundas på direktivens och LOU:s ordalydelse samt förarbetena till LOU. Regeringsrätten beviljade inte prövningstillstånd.

Det finns ett antal beslut avseende branschorganisationers m.m. ansökan om överprövning för en medlems räkning. Domstolen har i samtliga fall uppgett att den sökande inte är att anses som en leverantör och ansökan har i enlighet härmed inte prövats i sak. Dentallaboratoriernas Riksförenings har t.ex. ansökt om överprövning och Länsrätten i Kristianstads län konstaterar i beslutet<sup>36</sup> att den klagande är en branschorganisation och inte en leverantör och har därför inte heller rätt att hos länsrätten ansöka omåtgärder enligt LOU.

### 6.3 Praxis från allmän domstol

Den praxis som finns från allmän domstol stämmer väl överens med uppfattningen hos förvaltningsdomstolarna vad avser tolkningen av begreppet leverantör. **Svea hovrätt**<sup>37</sup> uppger

"att med leverantör i lagens mening avses anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud men till följd av felet i upphandlingen inte kunnat göra detta. Såsom tingsrätten har konstaterat följer en sådan bedömning av syftet med lagstiftningen om offentlig upphandling och av de uttalanden som gjorts i EG:s upphandlingsdirektiv och i förarbetena till lagen om offentlig upphandling.

<sup>35</sup> Mål nr. 2113-1997, Broform AB ./.. Vägverket

<sup>36</sup> Mål nr. 816-95

<sup>37</sup> Mål nr. T 1009-98, Svenska väg AB ./.. Danderyds kommun

Eftersom Svenska Väg ostridigt inte tillhör någon av de nämnda kategorierna är Svenska Väg inte att anse som leverantör i lagens mening." Tingsrätten uppgav i samma mål att det "skulle föra för långt att till leverantör hänföra även en underentreprenör som inte haft intresse av att få kontrakt om upphandlingen." Domen har överklagats till HD.

#### **6.4 Förbud i 7 kap. 5 § LOU mot överklagande enligt kommunallagen**

Den kommunala laglighetsprövningen av kommunala upphandlingsbeslut avskaffades i samband med att LOU trädde i kraft. Kommunalbesvären av kyrkokommunala upphandlingsbeslut avskaffades också. I den kommunala laglighetsprövningen ansågs ligga en form av medborgarkontroll av hur allmänna medel används på det kommunala området. Den kommunala laglighetsprövningen ansågs inte<sup>38</sup> ".vara ett effektivt sätt att åstadkomma en sådan kontroll. Kommunal laglighetsprövning kan begäras endast av den som är medlem i en kommun, ett landsting m.m. Det bättre sättet att uppnå effektiv kontroll är att skapa möjligheter för leverantörerna, d.v.s. de som direkt berörs av ett oriktigt förfarande, att vända sig till domstol oavsett kommuntillhörighet".

**Kammarrätten i Sundsvall**<sup>39</sup> uppger i målet att en person som begärt överprövning av en upphandling av fastighetsförvaltning inte var leverantör enligt LOU och ansökan togs inte upp till prövning.

#### **6.4.1 NOU:s synpunkter avseende överklagande enligt kommunallagen**

Enligt 7 kap. 10 § LOU får inte ett beslut enligt LOU överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen eller 22 kap. kyrkolagen. NOU anser att det bör övervägas om inte de som inte omfattas av definitionen leverantör i LOU men som är kommuninvånare kan ges rätt att väcka talan om kommunalbesvär enligt kommunallagen eller kyrkolagen. NOU ser en risk i att ärenden som bottnar i formellt felaktiga beslut sett till tidigare regler nu inte kan prövas av domstol alls. NOU däremot som inte skall fästa avseende vid vem den klagande är har prövat ett flertal ärenden, som ibland synes ha sin grund i värnandet om politiska intressen än om leverantörernas rättssäkerhet.

## **7. Vissa frågor i samband med processen i förvaltningsdomstol**

### **7.1 Allmänt**

Totalt har i maj 1999 ca 400 avgöranden meddelats från förvaltningsdomstol sedan LOU trädde i kraft. Av de 264 avgöranden som ingår i NOU:s kartläggning riktar sig talan mot kommuner i 125 mål, mot statliga myndigheter i 59 mål och mot landsting i 48 mål. Av dessa 264 mål har domstolen i 36 mål beslutat att

<sup>38</sup> Prop. 1992/93:88, s. 48.

<sup>39</sup> Mål nr. 1009-1998, Harry Grape ./.. Stiftelsen Matarengihem

upphandlingen skall göras om, varav 17 avser en kommun, 9 en statlig myndighet och 7 ett landsting. Övriga tre avser talan mot bolag.

## 7.2 Avvisning av överprövningsärenden p.g.a. avslutad upphandling, återkallelse av talan m.m.

Figur 2 (s. 6) ovan visar att av de avgöranden som meddelats av förvaltningsdomstol och som ingår i kartläggningen är det endast ca 49 % som har prövats i sak. Övriga 51 % har antingen avskrivits, avslagits eller avvisats. Den vanligaste anledningen att målet inte har prövats i sak är att ansökan inkommit efter det att beslut om leverantör fattats eller att avtal har tecknats. Andra anledningar är att den klagande saknar talerätt, LOU anses inte vara tillämplig, den klagande har återkallar sin ansökan eller att den upphandlande enheten har avbrutit upphandlingen. En genomgång av det totala antalet avgöranden från förvaltningsdomstol, 390 stycken fram till 1 maj 1999 visar att 202 mål inte prövats i sak, d.v.s. drygt 50 %.

I åtskilliga fall har leverantörens talan prövats av länsrätten men kammarrätten har vid överklagandet inte kunnat pröva upphandlingen eftersom avtal då har tecknats.

**Länsrätten i Vänersborg**<sup>40</sup> har avslagit leverantörens ansökan om överprövning i dom 1998-12-18 och godkände upphandlingen. Leverantören överklagade länsrättens beslut. Av beslutet i kammarrätten framkommer att denna inte kunde pröva överklagandet eftersom den upphandlande enheten fattade beslut om leverantör och tecknade avtal med denne samma dag som länsrätten meddelade dom.

### 7.2.1 NOU:s synpunkter

Enligt NOU:s uppfattning bör en avgift övervägas motsvarande den *gottgörelse* som används i Finland. Gottgörelseförfarandet skulle kunna innebära att leverantörer ges rätt att begära en prövning av upphandlingen inom 14 dagar från det att den upphandlande enheten tillkännager resultatet av densamma. En granskning skulle enligt NOU:s uppfattning kunna resultera i att den upphandlande enheten till det allmänna får betala en avgift. Avgiftens storlek skulle i normalfallet kunna utgå med 10 % av kontraktssumman i de fall denna är känd. Vid upphandlingar där den framtida volymen inte är känd (ramavtal) får en annan beräkningsgrund användas. Graden av kränkning bör emellertid kunna påverka avgiftens storlek. Enklare formaliafel bör kunna ge en låg avgift, eventuellt jämkad till noll. En mer allvarlig överträdelse skulle enligt NOU:s uppfattning kunna rendera en högre avgift. Att felet upprepats eller skett mycket medvetet borde kunna räknas till allvarligare överträdelser.

### 7.3 Partsställning i överprövningsmål

NOU:s erfarenhet är att leverantörer i många överprövningsmål upplever sig vara och i viss mån också är en svagare part än den upphandlande enheten. Enheten har

<sup>40</sup> Mål 3642-98E

ofta tillgång till juridisk vägledning, även om domstolen inte utser en advokat i processen åt enheten. Leverantören, ofta små och medelstora företag, riskerar att hamna i underläge eftersom företaget i regel för sin egen talan utan juridiskt biträde. Förvaltningsprocessen utmärks emellertid av officialprincipen som innebär att rätten skall utreda sakförhållandena. Av principen följer dock inte att domstolen vid behov ex officio fattar ett interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas innan den har prövats i sak.

Av de mål som prövats i förvaltningsdomstol framkommer att domstolen ganska sällan beslutat om juridiskt ombud för sökanden.

### 7.3.1 NOU:s synpunkter avseende partsställning

I det fall sanktionssystemet inte förbättras t.ex. genom införande av en avgift liknande konkurrensskadeavgiften/marknadsstörningsavgiften eller en avgift motsvarande institutet gottgörelse, anser NOU, att utredningen bör överväga om den utredningsplikt som åligger förvaltningsdomstolarna kan vidgas så att även yrkanden som den sökande inte framställt prövas. T.ex. om förutsättningar för ett interimistiskt beslut föreligger vid en ansökan om överprövning av en upphandling. Förhållandet att endast ca 50 % av ansökningarna prövas i sak och att anledningen i regel är den att upphandlingen anses avslutad vid beslutstillfället hos domstolen talar detta. Jämför NOU:s synpunkter under avsnitt 3.5.

### 7.4 Krav på orsakssamband mellan fel och uppkommen skada i överprövningsmål enligt LOU

Enligt 7 kap. 1 § LOU kan en leverantör som anser att han *lidit eller kan komma att lida skada* ansöka om överprövning. Enligt 7 kap. 2 § LOU kan länsrätten, om den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU och detta har medfört att *leverantören lidit eller kan komma att lida skada*, besluta att upphandlingen skall göras om eller rättas till.

#### 7.4.1 Praxis från förvaltningsdomstol

Talan lämnas utan bifall av **Länsrätten i Kopparbergs län** och **Kammarrätten i Sundsvall**<sup>41</sup> fastställer länsrättens dom. Domstolarna konstaterar brister i förfrågningsunderlaget men den klagande (som har bevisbördan härför) har inte visat att detta konstaterbara fel i upphandlingen medfört att han lidit skada eller kan komma att lida skada. Den klagande har uppgivit att han "ratats" p.g.a. hans tidigare agerande, d.v.s. skadan skulle ha samband med kravet rörande kvalitetsbedömningen.

**Länsrätten i Västerbottens län**<sup>42</sup> avslår ansökan och konstaterar visserligen att enheten brutit mot 1 kap. 4 § och 21 § LOU men de klagande bolagen har inte

<sup>41</sup> Mål nr. 913-1995

<sup>42</sup> Mål nr. 271-95



visat eller gjort sannolikt att de genom landstingets förfarande kan komma att lida skada. Tre av de klagande hade inte ens begärt förfrågningsunderlaget och därför inte kan ha avsett att lämna anbud och övriga klagande bolag har inkommit med anbud och fått samma möjligheter som andra anbudsgivare att justera sina anbud.

**Länsrätten i Stockholms län**<sup>43</sup> uppger att den klagande inte inom föreskriven tid inkommit med ansökan om att delta i upphandlingen och av den anledningen inte lidit eller kan komma att lida skada. Den klagande anförde i målet att anbudstiden endast varit 18 dagar i stället för de 40 som LOU föreskriver för den pågående förhandlade upphandlingen med vidtagen annonsering.

**Länsrätten i Kopparbergs län**<sup>44</sup> konstaterar att upphandlingen avser städtjänster (socialtjänster) till ett värde om högst 650 000 kr. Den klagande har hävdatt att upphandlingen "inte gått ut på anbud" men också att priset är dumpat. Domstolen konstaterar vidare att skäl för direktupphandling inte föreligger och om kommunen likväl använder sig av direktupphandling bryter kommunen mot LOU. För åtgärd från domstolen fordras emellertid också att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Sökanden har hittills endast åberopat som sakligt skäl för sitt yrkande att priset enligt hans mening är dumpat. Han har således inte visat att han skulle komma att lida skada. Länsrätten avslår den klagandes begäran om ingripande.

**Länsrätten i Kronobergs län**<sup>45</sup> anger avseende en upphandlingen av transporter i det interimistiska beslutet "Att på det sätt som skett som urvalskriterier vid den nu aktuella upphandlingen hänvisa till bestämmelserna i lagen om huvudmannaskap för viss persontrafik framstår som i och för sig som ovidkommande och stridande mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Som kriteriet utformats och med hänsyn till omständigheterna i övrigt kan det emellertid inte antas att leverantörerna lidit eller kan komma att lida skada. I allt fall kan den skada eller olägenhet som de yrkade åtgärderna skulle medföra bedömas vara större än skadan för leverantörerna."

**Kammarrätten i Sundsvall**<sup>46</sup> meddelar i dom att Vägverket brutit mot LOU genom att utesluta ett bolag från deltagande och i stället låta ett annat bolag inta dess plats i upphandlingen. Kammarrätten uppger vidare att "Det förhållandet att Vägverket uteslutit en av de inbjudna leverantörerna och i stället - i och för sig felaktigt - insatt annat företag i det uteslutna företagens ställe medför enligt kammarrättens mening inte att /den klagande/ lidit eller kan komma att lida skada i den meningen som avses i 7 kap. 2 § LOU." Målet överklagades till Regeringsrätten men prövningstillstånd meddelades inte.

<sup>43</sup> Mål nr. Ö 12108-95

<sup>44</sup> Mål nr. 848-96

<sup>45</sup> Mål nr. 530-96 E

<sup>46</sup> Mål nr. 106-97

**7.4.2 NOU:s kommentar avseende orsakssamband i överprövningsmål**  
NOU kan konstatera att domstolen i ett flertal mål har uppgivit att brott mot LOU skett men bedömt att felet inte lett till att den klagande lidit eller skulle komma att lida skada. Kravets förenlighet med gemenskapsrätten bör utredas.

## **7.5. Brist i vissa fall på enhetlig praxis från de svenska förvaltningsdomstolarna**

NOU har tidigare anfört att det ännu inte utbildats någon enhetlig praxis i upphandlingsmål, främst vad gäller domar från länsrätter. NOU:s uppfattning är att flera likartade ärenden har lett till helt olika domslut.

### **7.5.1 NOU:s synpunkter avseende brist i vissa fall på enhetlig praxis från förvaltningsdomstolar**

Det bör övervägas om inte mål enligt LOU av rättssäkerhetsskäl bör koncentreras till ett mindre antal domstolar. En önskvärd åtgärd vore att koncentrera överprövningsmål enligt LOU till t.ex. en länsrätt i varje kammarrättsområde.

Inom den utvalda domstolen bör målen lottas på och avgöras av ett mindre antal domare som på så sätt förvärvar en fördjupad erfarenhet av måltypen. Det är angeläget att så snabbt som möjligt åstadkomma en enhetlig praxis. Ett övervägande enligt ovan får dock inte leda till att handläggningstiden för upphandlingsmål blir längre (jämför avsnitt 7.5).

Det finns även ett behov att en mer enhetlig begreppsflora vad avser domstolarnas, främst underrätternas, benämning på olika beslut. Att en upphandling inte kommer att prövas i sak därför att den klagande saknar talerätt kan t.ex. uttryckas både genom att målet avskrivs eller att det avvisas. Samma sakförhållande, att upphandlingen inte skall prövas i sak därför att avtal har tecknats, meddelas vidare genom beslut om att målet avskrivs, beslut om avslag eller att talan avvisas (Se figur 3). Även den olikartade uppläggnings av mål försvårar NOU:s kartläggning. En ansökan om överprövning med flera sökanden behandlas i vissa fall som ett mål men i andra som det antal mål som det finns sökanden.

Av de frågor som kommer till NOU från domstolar framgår att LOU och andra frågor i samband med domstolsprövningen ofta är artfrämmande och behovet av information är stort.

## **7.6 Krav på snabb process i förvaltningsdomstol**

### **7.6.1 Allmänt**

Av ingressen till EG:s rättsmedelsdirektiv I 89/665/EEG anges att "då man öppnar det offentlig upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler."

Jämför även skrivningen i samma direktiv i artikel 1 "as rapidly as possible".

### 7.6.2 Praxis från förvaltningsdomstol

**Länsrätten i Stockholms län**<sup>47</sup> beslutade i en dom meddelad 1997-12-04 att en upphandling skall göras om. Målet avser Riksförsäkringsverkets (RFV) upphandling av talsvarssystem. Enligt domen överstiger upphandlingen tröskelvärdet men det framkommer inte vilket kapitel i LOU som borde ha tillämpats. Domen har överklagats till kammarrätten som ännu 1999-06-07 (1 ½ år efter länsrättens beslut) inte meddelat dom.

### 7.6.3 NOU:s synpunkter avseende kravet på snabb process i förvaltningsdomstol

Även om processen i förvaltningsdomstol ofta är jämförelsevis relativt snabb så lever knappast processen i exemplet ovan upp till direktivets krav på snabba och effektiva rättsmedel. Tidsutdräkten är till stor nackdel både för den upphandlande enheten och leverantören. Enheten har ett behov av det som är föremål för upphandlingen och kan givetvis inte avvakta en längre domstolsprocess. NOU kan inte bedöma vilka konsekvenser det får hos RFV om kammarrätten beslutar att upphandlingen skall göras om. Förslaget om begränsning av antalet behöriga domstolar under avsnittet ovan mot bakgrund av bristen på en enhetlig praxis från de svenska domstolarna, kan eventuellt även få den effekten att handläggningstiden för sådana mål minskar, förutsatt att domstolen ges erforderliga resurser.

## 8. Vissa frågor i samband med processen i allmän domstol

### 8.1 Allmänt

I kartläggningen ingår samtliga 21 skadeståndsmål som kommit till NOU:s kännedom t.o.m. 1 maj 1999. Endast knappt hälften av dem har i juni 1999 vunnit laga kraft. Av dessa lagakraftvunna domar har skadeståndsskyldighet ådömts i tre mål och delvis skadeståndsskyldighet i ett mål. HD har avkunnat en dom och denna innebar att leverantören tillerkändes skadestånd. HD har meddelat prövningstillstånd i ett mål och ytterligare 6 mål är överklagade från hovrätten. I 13 mål är den upphandlande enheten en kommun, i fyra mål en statlig myndighet, i två mål ett landsting och i två mål offentligägt bolag.

### 8.2 Krav på orsakssamband mellan fel och uppkommen skada i skadeståndsmål enligt LOU m.m.

<sup>47</sup> Mål nr. Ö 16217-97

Skadeståndsskyldighet kan uppstå om en upphandlande enhet brutit mot bestämmelserna i LOU och därigenom orsakat leverantören skada. I förarbetena till LOU uppges att för att det skall anses att en leverantör drabbats av skada på grund av felet skall ha i princip ha förlorat kontraktet till följd därav.<sup>48</sup>

### 8.2.1 Praxis från allmän domstol

NOU:s kartläggning visar att i fem skadeståndsmål har leverantören haft framgång med sin talan i så måtto att brott mot LOU konstateras men där domstolen sedan uppger att leverantören inte förmått visa skada.

**Svea hovrätt**<sup>49</sup> uppger i en dom rörande en upphandling av driften av ett hem för vård och boende

"Av utredningen framgår att kommunen slutit ett ramavtal med Kulturskolan trots att skolan saknade HVB-tillstånd. Härigenom har kommunen brutit mot diskrimineringsförbudet varför kommunen enligt 7 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling i och för sig är skyldig att ersätta den skada som uppkommit för MVP.

Hovrätten finner emellertid i likhet med tingsrätten att MVP inte har visat vare sig att den placering som gjorts hos Kulturskolan skulle ha hamnat hos MVP om detta bolag haft ett ramavtal med kommunen eller att någon annan placering då skulle ha gjorts hos MVP. Följaktligen har MVP inte styrkt att bolaget lidit någon skada."

Ingen skadestånd utdömdes således. Hovrättsdomen har vunnit laga kraft.

**Svea hovrätt** anger i domskälen i en dom<sup>50</sup> att

"Som staten anför redan vid tingsrätten kan det inte uteslutas att det strider mot LOU att, som LAN gjort i förevarande fall, under upphandlingens gång tillföra kursen "säljverkstad" och därmed ändra förutsättningarna för upphandlingen. Som även tingsrätten konstaterat har emellertid bolaget beretts möjlighet att komplettera sitt anbud med prisuppgift på den av LAN efterfrågade lärartätheten och även gjort detta. Hovrätten ansluter sig till tingsrättens bedömning att bolaget inte visat att det genom upphandlingsförfarandet åsamkats någon skada."

Något skadestånd tillerkändes således inte leverantören. Domen har överklagats till HD.

**Bollnäs tingsrätt**<sup>51</sup> uppger i en dom att den upphandlande enheten efter anbudstidens utgång i strid mot 1 kap. 21 § LOU medgivit att det alternativa priset

<sup>48</sup> Prop. 1992/93:88, s. 103

<sup>49</sup> Mål nr. T 115/97

<sup>50</sup> Mål nr. T 189/96, Aktiebolaget Staffan Mark ./.. Staten genom Arbetsmarknadsstyrelsen

ändrats men att felet inte minskat möjligheterna för den skadeståndsyrkande leverantören att få uppdraget. Någon skada har således inte styrkts. Domen har överklagats till hovrätten.

*I följande två mål konstaterar domstolen att en otillåten direktupphandling genomförts men leverantören har inte visat skada*

**Svea hovrätt**<sup>52</sup> konstaterar i målet som behandlats ovan under avsnittet om otillåten direktupphandling att kommunen brutit mot LOU vid en upphandling av städtjänster men leverantören har inte kunnat visa skada. HD har beviljat prövningstillstånd.

**Falu tingsrätt**<sup>53</sup> konstaterar i domskälen att

"Det är ostridigt att kommunen brutit mot upphandlingslagen genom att upphandla datorutrustning utan att infordra anbud enligt lagen. Enligt 7 kap. 6 § upphandlingslagen skall kommunen därför ersätta *därigenom* uppkommen skada. Enbart brott mot upphandlingslagens bestämmelser i sig berättigar inte en leverantör till skadestånd, utan brottet måste ha förorsakat skada."

Tingsrätten påpekar också att bevisbördan åvilar den klagande leverantören, både vad avser att företaget lidit skada och i så fall hur stor denna är. Domen har vunnit laga kraft.

### 8.2.2 NOU:s synpunkter avseende kravet på orsakssamband i skadeståndsmål m.m.

Av Svea hovrätts domskäl ovan framkommer att en leverantör aldrig torde kunna styrka skada vid upphandlingar som inte garanterar en viss volym. LOU:s krav på att leverantören skall styrka skada får här den effekten att det torde i princip vara omöjligt att erhålla skadestånd vid upphandlingar där ingen volym garanteras. Ett mycket stort antal upphandlingar som genomförs i Sverige resulterar i (ram)avtal som inte garanterar någon volym. Att leverantörer i dessa fall saknar effektiva sanktioner hur allvarligt ett brott mot LOU än är, anser NOU, peka på att det är mycket angeläget att förändra sanktionssystemet i detta avseende.

### 8.3 Preskriptionstid på ett år avseende skadeståndstalan i LOU

Enligt 7 kap. 8 § LOU skall talan om skadestånd väckas inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts<sup>54</sup>. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad. Rätten till skadestånd för förfördelade leverantörer infördes i Sverige i och med att LOU trädde i kraft.

<sup>51</sup> Mål nr. T 186/95

<sup>52</sup> Se fotnot 17

<sup>53</sup> Nämnd under not 18

<sup>54</sup> Tidigare lagtext "...inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats." Se fotnot 2.

I tre mål av de 21 som NOU tagit del av har domstolen ansett att stämningsansökan inkommit för sent och leverantörens rätt till skadestånd ansetts förlorad.

**Svea Hovrätt** har i en dom<sup>55</sup> uttalat sig om att "talefristen i 7 kap. 8 § LOU inte strider mot rättsmedelsdirektivet och att denna frist inte heller är orimlig sett ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv." Uppsala tingsrätt<sup>56</sup> anförde i samma mål följande.

"Enligt tingsrättens mening kan den talefrist som föreskrivs i 7 kap. 8 § LOU inte anses innebära att det därigenom skulle vara praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten. Talefristen måste dessutom anses berättigad med hänsyn till den avvägning som enligt motiven gjorts mellan olägenheten för upphandlande enheter att inte kunna avsluta sina upphandlingar innan fristen gått ut och önskemålet att skadestandsreglerna är effektiva. Talefristen är därför även ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv rimlig och motiverad av godtagbara skäl, varför den skall tillämpas enligt sin lydelse." Formuleringen är delvis hämtad från prop. 1992/93:88 s. 47.

**Svea hovrätt** uppger i samma dom i domskälen att domstolen finner i likhet med tingsrätten att allmänna skadeståndsrättsliga preskriptionsregler inte är tillämpliga på tvisten. Domen har överklagats till HD.

En kommentar till ovan nämnda dom från Uppsala tingsrätt är att enheten inte är förhindrad att avsluta upphandlingen innan fristen för leverantörer att begära skadestånd har gått ut.

### 8.3.1 NOU:s synpunkter avseende preskriptionstiden

Möjligheten för förfördelade leverantörer att erhålla skadestånd vid en felaktigt genomförd upphandling begränsas av tidsfristen på ett år. Om upphandlingen prövas av förvaltningsdomstol eller som klagomålsärendet hos EG-kommissionen, EG-domstolen eller hos NOU finns risk för att domen eller yttrandet inte hinner meddelas den klagande innan tidsfristen för skadestånd har löpt ut. Om EG-domstolen skulle pröva en upphandling och kanske konstatera att ett allvarligt fel begåtts vid upphandlingen skulle leverantörens rätt till skadestånd med all sannolikhet vara förlorad.

I de fall en leverantör nekas tillgång till handlingar avseende upphandlingen och överklagar beslutet enligt sekretesslagen minskas ettårsfristen med den tid som prövningen tar för sekretessmålet eller kanske försitts.

<sup>55</sup> Mål nr. T 965-97, Buss i Uppland Ekonomisk Förening mot Upplands Lokaltrafik Aktiebolag, s. 3

<sup>56</sup> Mål nr. T889/96, s.10

Vid en nationell jämförelse kan konstateras att såvitt NOU känner till har inte någon annan medlemsstat genom särreglering begränsat tiden för rätten att begära skadestånd på det sätt Sverige gjort. NOU får här hänvisa till den kartläggning som NOU genomfört på uppdrag av NOU-utredningen av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater (dnr. 53/99-28).

## 9. Domstolarnas tolkning av begreppet affärsmässighet

### 9.1 Historik

Affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU återfinns inte i EG:s upphandlingsdirektiv utan är hämtat från Sveriges tidigare nationella bestämmelser på upphandlingsområdet (upphandlingsförordningen, UF, och upphandlingsreglementet, UR).

I anvisningarna till 3 § UR (paragrafen om upphandlingsprinciperna) angavs "Myndighet skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Begreppet affärsmässighet kan ha skiftande innebörd beroende på förhållandena i det enskilda fallet. Det inrymmer alla de hänsynstaganden som måste göras för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten." Begreppet affärsmässighet återkom i 15 § första stycket UR avseende prövning av anbud där det angavs att "Det anbud skall antas som med beaktande av samtliga affärsmässiga betingade omständigheter är att anse som förmånligast, om ej annat följer av 18 § (hinder för antagande av anbud t.ex. p.g.a. jävsförhållande, NOU:s förtydligande)." I anvisningarna till 15 § UR första stycket angavs att "Vad gäller innebörden av "samtliga affärsmässigt betingade omständigheter" är det inte möjligt att göra en fullständig uppräkningslista av alla de omständigheter som kan komma i fråga i olika upphandlingssituationer. En sammanvägning av de faktorer som påverkar anbudsprövningen måste ske med hänsyn till omständigheterna *i varje enskilt fall* (NOU:s kursivering) och innebära en så fullständig avvägning som möjligt av de fördelar och nackdelar som är förbundna med de skilda anbuden."

I betänkandet avgivet av upphandlingskommittén<sup>57</sup> angavs avseende begreppet affärsmässighet i förslaget till nya upphandlingsföreskrifter att "det i lagstiftningen förekommer andra liknande uttryck, såsom god köpmannased, gott affärsskick etc. Den närmare innebörden av dessa begrepp beror på förhållandena i olika fall och kan inte anges generellt. Hänsyn måste t.ex. tas till förhållandena inom olika branscher och till förekomsten av allmänna och särskilda leveransbestämmelser inom skilda områden."

Upphandlingskommittén uppgav vidare<sup>58</sup> att "...den nya kungörelsen, liksom för övrigt också nuvarande upphandlingskungörelse, endast bör gälla myndigheternas

<sup>57</sup> Offentlig upphandling, Regler och riktlinjer för stat och kommun, SOU 1971:88, s. 109

<sup>58</sup> s. 107

normala handlande på grundval av en affärsmässig bedömning. Upphandlingar som kan bedömas vara nödvändiga av exempelvis sysselsättnings- eller försvarspolitiska skäl eller för att tillgodose försörjningsberedskapens krav eller behovet av utvecklingsbeställningar måste - i den mån principen om affärsmässighet inte kan tillämpas - bli föremål för dispens i någon form av Kungl Maj:t." Kommitténs uppfattning var sålunda att sådana hänsyn inte kunde inordnas under vad som ansågs vara affärsmässigt.

När LOU trädde i kraft i samband med Sveriges anslutning till EES-avtalet överfördes begreppet affärsmässighet till dessa bestämmelser från UF och UR. Något motsvarande begrepp finns som påpekats ovan inte i EG:s upphandlingsdirektiv. Däremot kan sägas att vissa av EG:s rättsprinciper på upphandlingsområdet inkluderas mer eller mindre i det svenska affärsmässighetsbegreppet.

## 9.2 Uttalanden i domskälen om vad som anses vara affärsmässigt i mål enligt LOU

I detta avsnitt finns inte något kartlagt material att utgå från eftersom det inte ingått i NOU:s kartläggning att granskat hur de svenska domstolarna har tolkat begreppet affärsmässighet.

Domen meddelad av **Länsrätten i Kopparbergs län**<sup>59</sup> kan nämnas som exempel på domskäl där domstolen väljer att hänvisa till principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU i stället för att hänvisa till en relevant paragraf i LOU (6 kap. 2 § LOU).

## 9.3 NOU:s synpunkter avseende tolkning av affärsmässighetsbegreppet

En upphandlande enhet skall inte väga in andra hänsyn än de som är relevanta för den aktuella upphandlingen. Den får t.ex. inte väga in konkurrenshänsyn eller andra hänsyn på sikt. Det framkommer inte tydligt av förarbetena till LOU hur begreppet om affärsmässighet skall tolkas i förhållande till EG:s grundläggande principer på upphandlingsområdet. Ett förtydligande bör ske i LOU antingen genom att begreppet affärsmässighet ersätts av relevanta EG-rättsliga principer eller genom att 1 kap. 4 § LOU kompletteras av att det anges, antingen direkt i lagtexten eller i förarbetena, att paragrafen omfattar även principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

NOU har i åtskilliga domar från förvaltningsdomstol noterat att domstolen väljer att påtala att brott mot 1 kap. 4 § LOU skett i stället för att ange direkt vilken

<sup>59</sup> Se not 10



annan paragraf i LOU som enheten anses ha brutit mot. Önskvärt vore i stället om det klart framkom i domskälen vilken paragraf som är aktuell och på vilket sätt.

Att helt ersätta affärsmässighetsbegreppet öppnar dels möjligheter att ta alla samhällsekonomiska hänsyn som direktiven kan tillåta och dels ställer större krav på domstolarna att ange vilka paragrafer eller principer som åberopas. Enligt NOU:s uppfattning kan knappast affärsmässighetsbegreppet inkludera en skyldighet för enheter att "göra bra affärer" (value for money). Det torde inte ha varit riksdagens avsikt vid antagandet av LOU att föreskriva för de privata företag som omfattas av LOU en skyldighet att "göra bra affärer".

Principiellt anser NOU att det inte önskvärt med en portalparagraf som 1 kap. 4 § LOU som inte kan definieras.

## **10. LOU:s tillämplighet**

### **10.1 Omfattas en organisation av LOU eller inte**

Statliga, kommunala och andra myndigheter, landsting och kyrkliga kommuner, vissa offentligägda bolag, stiftelser, föreningar och samfälligheter samt sammanslutningar av flera upphandlande enheter omfattas av LOU:s bestämmelser vid offentlig upphandling. Vidare kan vissa privata företag som bedriver verksamhet med särskilt tillstånd vara upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Emellertid råder det fortfarande en viss osäkerhet om tolkningen av rekvisiten i 1 kap. 6 § LOU som avgör om en organisation skall omfattas av LOU:s bestämmelser eller inte.

#### **10.1.1 Resultat av kartläggningen**

Under rubriken upphandlande enhet har i NOU:s kartläggning kartlagts material som behandlar frågan om en viss organisation är att anse som upphandlande enhet.

Kartlagt material	Antal poster
Rättsfall från förvaltningsdomstol	4
varav beslut/dom i målen: 2 avslag	
1 avskrivning	
1 avvísning	
Ärende hos KKO	1
Artikel/notis i upphandlingstidning	2
<b>Totalt</b>	<b>7</b>

### 10.1.2 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet och iakttagelser i övrigt

Antalet överprövningsmål är förhållandevis få. Översikten visar att ingen av de två mål som prövats i sak har föranlett domar till fördel för leverantörerna.

Kartläggningsresultatet kan jämföras med resultaten från NOU:s tillsynsprojekt över kommun- och landstingsägda bolag. Hela 20% av de 1275 bolag som omfattades av projektet ansåg sig inte vara upphandlande enheter. Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär och att de därmed inte behöver följa LOU. Detta anser NOU vara en feltolkning av LOU. Enligt NOU:s mening är i stort sett alla kommun- och landstingsägda bolag upphandlande enheter. NOU anser att det endast är de s.k. elhandelsbolagen som inte omfattas av LOU, eftersom dessa inte omfattas av vare sig självkostnads- eller lokaliseringsprincipen i kommunallagen.

En anledning till att så få upphandlingar överprövats kan vara att relativt få leverantörer känner till vilka organisationer – utöver kommun, stat eller landsting – som är upphandlande enheter. En ytterligare anledning kan vara att en leverantör sällan i tid uppmärksammar en pågående anskaffning och hinner gå till länsrätt och påtala att organisationen torde vara en upphandlande enhet som borde följa LOU. Efter att avtal slutits är leverantörens chanser till upprättelse i domstol praktiskt taget obefintliga.

Det kan inte, enligt NOU:s uppfattning, anses vara acceptabelt att en leverantör i vissa fall inte kan få vetskap om ett så grundläggande förhållande som om en organisation omfattas av LOU:s bestämmelser eller inte. Särskilt inte med tanke på resultatet i NOU:s tillsynsprojekt som visar att det faktiskt är många bolag som felaktigt inte anser sig vara upphandlande enheter och därför inte följer LOU.

En organisation som inte tillämpar LOU trots att den borde det genomför i princip enbart otillåtna direktupphandlingar och det bör ses till att leverantörer kan i det framtida sanktionssystemet kan få saken prövad. Övervägas kan om en leverantör bör kunna få tillstånd en dylik prövning antingen genom ett förhandsbesked från länsrätt eller genom ett beslut från tillsynsmyndigheten och som kan överklagas till länsrätt eller direkt till kammarrätt. I de fall organisationen efter ett besked att

den omfattas företag inköp utan att tillämpa LOU:s bestämmelser kan leverantören föra talan på samma sätt som vid otillåten direktupphandling.

## 10.2 Omfattas en viss anskaffning av LOU eller inte

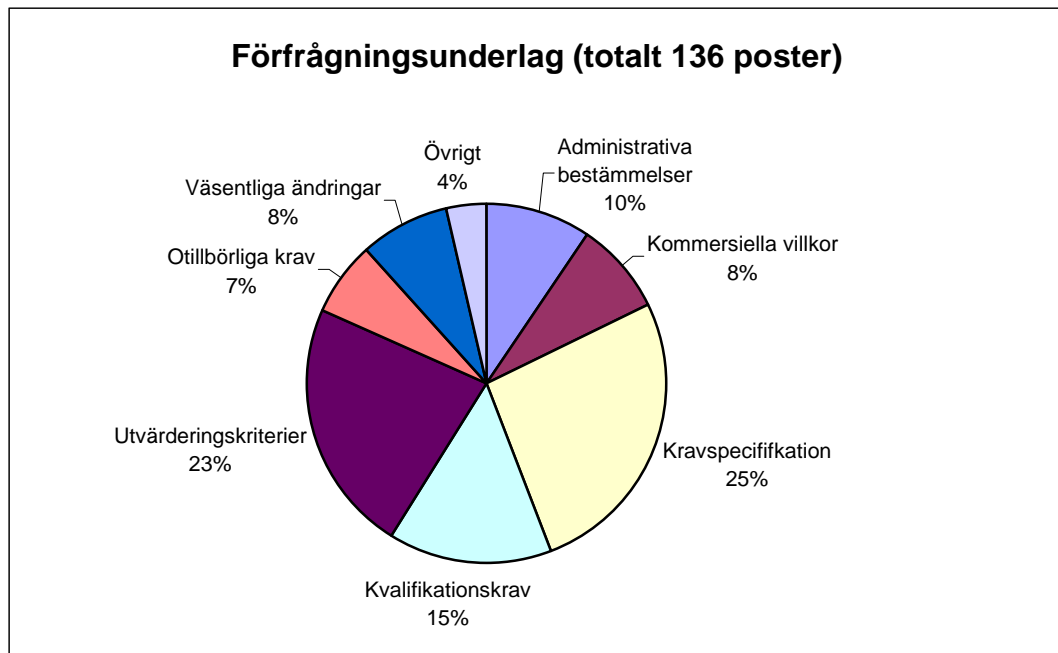
Fråga är om LOU är tillämplig vid viss anskaffning eller visst förfarande.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall från förvaltningsdomstol	19
varav beslut/dom i målen: 5 avslag	
2 avskrivningar	
10 avvísningar	
2 UGO	
Ärende hos NOU	5
<b>Totalt</b>	<b>24</b>

## 11. Påtalade brister vid utformningen av förfrågningsunderlaget

Sammantaget gäller de flesta överprövningsmålen enheters sätt att utforma sina förfrågningsunderlag. I kartläggningen är påtalade brister avseende förfrågningsunderlaget uppdelat i undergrupperna kravspecifikation, administrativa bestämmelser, kommersiella villkor, kvalifikationskrav, väsentliga ändringar och övrigt. Sammanlagt finns på hela gruppen "förfrågningsunderlaget" 133 påtalade brister registrerade.

Under ifrågavarande huvudrubrik, som är indelad i underrubriker enligt figuren nedan, har kartlagts sådant material som behandlar upphandlande enheters utformning av förfrågningsunderlagets olika delar.



Figur 8.

### 11.1.1 Resultat av kartläggningen avseende kravspecifikationen

Med rubriken kravspecifikation avses påtalade brister med anledning av dess utformning. Till exempel kan nämnas kravspecifikationer där volymangivelse saknas, visst varumärke eller viss process har angivits, de tekniska specifikationerna har ifrågasatts eller krav på övertagande av lokaler, material, personal finns angivna.

Kartlagt material	Antal poster
Rättsfall i förvaltningsdomstol	26
varav beslut/dom i målen: 18 avslag	
	1 avvisning p.g.a. avtal tecknats
	1 avvisning p.g.a. beslut om leverantör fattats
	6 UGO
Skadeståndsmål (avskrevs)	1
Ärenden hos NOU	3
Påpekanden från kommissionen	1
Ärenden hos KKO	2
Artikel/notis i upphandlingstidning	8
<b>Totalt</b>	<b>41</b>

Förfrågningsunderlag; kravspecifikation

### 11.1.2 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet

Förhållandevis många poster i kartläggningen, vad beträffar kravspecifikationens utformning, avser rättsfall. Det syns dock vara svårt för leverantören att nå framgång i domstol om den påtalade bristen är hänförlig till kravspecifikationens utformning. I endast en 6 av 26 rättsfall (antalet poster motsvaras här av antalet rättsfall) dömde domstolen till fördel för leverantören. Hela 18 avslag utdömdes på totalt 26 mål som anhängiggjorts vid förvaltningsdomstol.

Här kan observeras att tidigare regler beträffande förfrågningsunderlagets innehåll och utformning var mycket tydligare än dagens bestämmelser. (Jämför 5 § UF med föreskrifter och 10 § med anvisningarna UR).

### 11.2.1 Resultat av kartläggningen avseende utvärderingskriterier

Under rubriken "Utvärderingskriterier" återfinns material som behandlar brister som påtalats med anledning av utvärderingskriteriernas utformning i förfrågningsunderlaget. Det rör sig t.ex. om utvärderingskriteriernas innebörd, precision och rangordning.

Kartlagt material	Antal poster
Rättsfall i förvaltningsdomstol	14
varav beslut/dom i målen: 6 avslag	
1 avskrivning	
1 avskrivning p.g.a. att avtal tecknats	
6 UGO	
Skadeståndsmål	3
varav beslut/dom i målen: 2 bifall	
1 ogillande	
Ärenden hos NOU	10
Ärenden hos KKO	2
Artikel/notis i upphandlingstidning	3
<b>Totalt</b>	<b>32</b>

Förfrågningsunderlag; utvärderingskriterier

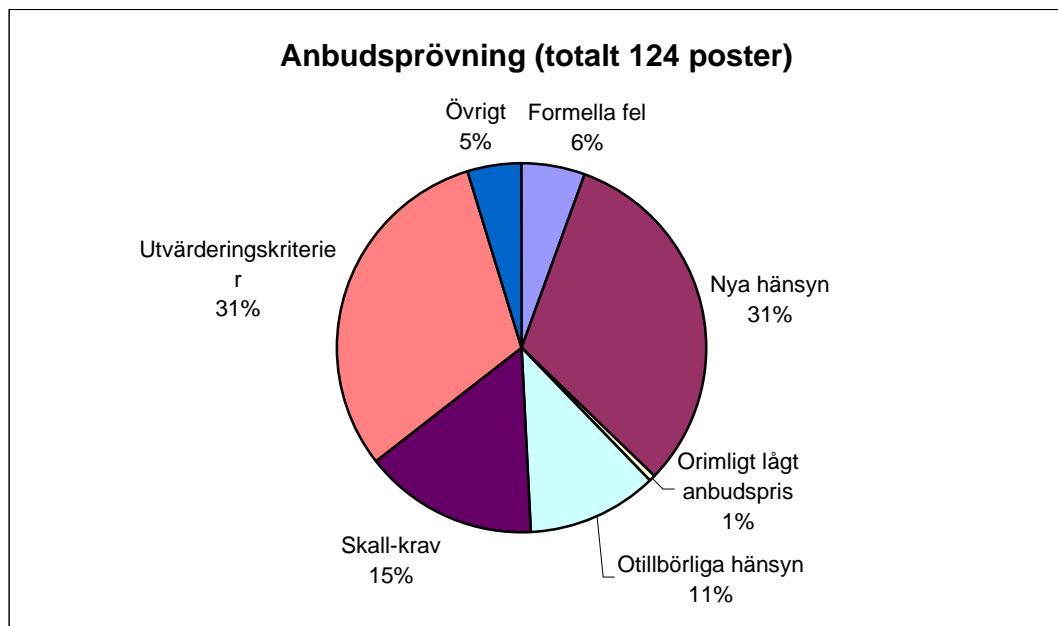
### 11.2.2 NOU:s synpunkter med anledningen kartläggningen

Drygt hälften av det kartlagda materialet avser överprövningar och skadeståndsmål. Cirka 12 av överprövningsmålen har prövats i sak och domsluten är jämt fördelade mellan avslag och "upphandlingen skall göras om". Av skadeståndsmålen har två lett till bifall och ett till ogillande. Detta innebär att det är enklare för leverantören att nå framgång vid klagomål mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget än t.ex. kravspecifikationen. Anledningen härtill kan eventuellt vara att reglerna om utvärderingskriteriernas utformning i förfrågningsunderlaget är förhållandevis klara och entydiga.

## 12. Påtalade brister vid anbudsprövningen

### 12.1 Resultat av kartläggningen avseende anbudsprövningen

"Anbudsprövning" är huvudrubrik för den del av kartläggningen som är hänförliga till anbudsutvärderingen. Figuren nedan visar vilka underrubriker som tillämpats i kartläggningen varav vissa beaktas i rapporten.



Figur 9.

#### 12.1.1 Tillämpning av utvärderingskriterierna vid anbudsprövningen

Under rubriken "Utvärderingskriterier" har kartlagts material som behandlar frågor om den upphandlande enhetens anbudsutvärdering dvs. om utvärderingen skett i enlighet med upphandlingsreglerna. Till exempel behandlas frågor som rangordning av utvärderingskriterier, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive det lägsta anbudet inte har antagits trots att utvärderingsformen valts.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	17
varav beslut/dom i målen: 8 avslag	
1 avslag p.g.a. att avtal tecknats	
6 avvísningar p.g.a. att avtal tecknats	
1 UGO	
1 rättelse	
Skadeståndsmål	2
varav dom/beslut i målen: 1 ogillande	
1 bifall	
Påpekande från kommissionen	1
Ärende hos NOU	9
Revisionsrapport	1
Ärende hos KKO	4
Artkel/notis i upphandlingstidning	5
<b>Totalt</b>	<b>39</b>

Anbudsprövning; utvärderingskriterier

### 12.1.2 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet

Att klaga på anbudsutvärderingen i förvaltningsdomstol synes förknippat med vissa svårigheter. För det första är det svårt att hinna anhängiggöra målet före avtal tecknats och för det andra visar kartläggningen att avslag är det klart vanligaste domslutet vid saklig prövning. I endast två av totalt 17 överprövningsmål har leverantören nått framgång med sitt klagomål.

I de två mål som prövats av allmän domstol har dock leverantörens talan bifallits i ett. Anledningen till att så många avslag meddelas i överprövningsmålen kan t.ex. vara att det är mycket svårt att bedöma om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Domstolen måste vid dessa bedömningar ibland ge sig in på mycket komplicerade och omfattande tekniska och ekonomiska avvägningar.

## 12.2 Nya hänsyn vid anbudsprövningen

### 12.2.1 Allmänt

Under rubriken "nya hänsyn" har kartlagts sådant material som behandlar frågor om nya hänsyn/krav tillkommit vid anbudsprövningen. Det kan t.ex. röra sig om att hänsyn tagits till annat än priset trots att upphandlingsformen "Lägsta anbudspris" valts. Det kan även handla om fall där förhandlingar väsentligen förändrat förutsättningarna för upphandlingen.

### 12.2.2 Resultat av kartläggningen

Kartlagt material	Antal poster
Rättsfall i förvaltningsdomstol	19
varav beslut/dom i målen: 3 avslag	
3 avvisningar p.g.a. att avtal tecknats	
4 avskrivningar p.g.a. att avtal tecknats	
3 rättelse	
6 UGO	
Skadeståndsmål	4
varav beslut/dom i målen: 1 ogillande	
2 bifallits	
1 delvis bifall	
Kommissionens påpekande	2
Ärende hos NOU	4
Ärende hos KKO	6
Artkel/notis i upphandlingstidning	6
<b>Totalt</b>	<b>41</b>

Anbudsprövning; nya hänsyn

### 12.2.3 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet

I enlighet med "Skall-krav" så synes "Nya hänsyn" vara förhållandevis enkelt att driva och nå framgång under förutsättning att talan hinner anhängiggöras före avtal tecknats. Även här torde detta bero på att reglerna är tämligen enkla att tillämpa och att det i förhållande till förfrågningsunderlaget många gånger är uppenbart om nya krav eller hänsyn tillförts upphandlingen.

## 13. Dokumentation och öppenhet

### 13.1 Allmänt

Krav ställs på viss dokumentation i LOU.

### 13.2 Resultat av kartläggningen

Under rubriken "dokumentation och öppenhet" har material som behandlar frågor om den upphandlande enheten på ett dokumenterat en upphandling i enlighet med upphandlingsreglerna samt fråga om handlingsoffentligheten, t.ex. utlämnande av förfrågningsunderlag, i LOU efterlevts.



<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	8
varav beslut/dom i målen: 1 avslag	
3 avskrivningar p.g.a. avtal tecknats.	
1 avskrivning p.g.a. beslut om leverantör fattats.	
2 rättelse	
1 UGO	
Skadeståndsmål (preskriberat)	1
Ärende hos NOU	3
Revisionsrapporter	1
Ärende hos KKO	1
Artkel/notis i upphandlingstidning	9
<b>Totalt</b>	<b>23</b>

### 13.3 NOU:s synpunkter med anledning av kartläggningsresultatet

Vissa grupper av upphandlande enheter omfattas inte av offentlighetsprincipen och tryckfrihetsförordningens bestämmelser. NOU:s uppfattning är att kraven på dokumentation och offentlighet borde gälla för alla upphandlande enheter vid offentlig upphandling. En leverantör som deltar i en upphandling som genomförs av en enhet som inte omfattas av kraven på öppenhet har ofta ingen möjlighet att i efterhand få reda på hur upphandlingen har gått till.

## 14. Krav på förhands- och efterannonsering (Över tröskelvärdena och B-tjänster)

### 14.1 Allmänt

Statistiken över tröskelvärdena bygger på enheternas efterannonsering. Enligt NOU:s uppfattning är det vanligt att det brister i efterannonseringen. Även vid upphandling enligt 6 kap. LOU finns krav på annonsering eftersom B-tjänster skall efterannonseras enligt 6 kap. 16 § LOU.

### 14.2 Resultat av kartläggningen

Det som kartlagts under rubriken "annonsering" avser påstådda brister under nämnda del av upphandlingsprocessen. Det kan röra sig om förhandsannonsering, annonsering av den aktuella upphandlingen samt efterannonsering.

<b>Kartlagt material</b>	<b>Antal poster</b>
Rättsfall i förvaltningsdomstol	3
varav beslut/dom i målen: 1 avslag	
1 avvisning	
1 avskrivning	
Skadeståndsmål (bifall)	1
Påpekanden från kommissionen	2
Ärende hos NOU	4
Revisionsrapporter	2
Ärende hos KKO	2
Artikel/notis i upphandlingstidning	3
<b>Totalt</b>	<b>17</b>

### 14.3 NOU:s synpunkter avseende efterannonsering

En översyn av sanktionssystemet enligt LOU bör även inriktas på brister vad gäller enheters efterannonsering, eftersom den statistik som alla EU-länder är skyldig att redovisa åtminstone för Sveriges del till stora delar bygger på denna annonsering.

### 15. Orden "eller gemenskapsrätten" saknas i LOU

NOU anser att avsaknaden av orden "eller gemenskapsrätten" i 7 kap. 2 § och 6 § LOU får konsekvensen att området som leverantören kan klaga på med framgång är mer begränsat än formuleringen i rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG art 1 som talar om "community law in the field of public procurement or national rules implementing that law". Ett alternativ är att tillägget görs i 1 kap. 4 § LOU. NOU anser att en ändring i LOU är önskvärd, så att bristen avhjälpas.

**Bilaga** Diagram över antal överprövningar 1994 - maj -99 + prognos 1999

### Förkortningar

NOU	Nämnden för offentlig upphandling
UGO	Upphandlingen skall göras om
KKO	Konkurrenskommissionen
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

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

Datum	Vår beteckning
1999-03-31	53/99-28
Ert datum	Er beteckning

Kommittén för översyn av NOU m.m.  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater**

NOU:s kansli överlämnar till Kommittén för översyn av NOU m.m. rubricerad kartläggning. NOU:s slutsats är att de grundläggande rättsmedlen, inklusive rätten till skadestånd, nu i princip är införlivade i alla medlemsstaters rättsordningar. Rättsmedlens effektivitet i de olika staterna kan dock variera. Medlemsländerna har valt att balansera de interimistiska åtgärderna och möjligheterna till skadestånd på olika sätt. Enligt de internationella jämförelser som NOU gjort synes ersättningen för det positiva kontraktsintresset i teorin kunna utgå i alla medlemsstater. Möjlighet att i praktiken erhålla full ersättning kan dock i vissa stater vara begränsad till följd av andra mekanismer. Även i Österrike, som var det enda land som ursprungligen uttryckligen inte skulle utge ersättning för förlorad inkomst, har lagen numera ändrats. Antalet rättsfall som lett till skadestånd var år 1997 så litet att uttalanden om skadeståndets omfattning m.m. är förenade med viss osäkerhet.

Endast ett fåtal länder har infört alternativa rättsmedel vid sidan om rättelse och upphävande av avtalet. Även i dessa fall är det för tidigt att kunna dra någon slutsats om dessa alternativa rättsmedels effektivitet.

Övriga upplysningar framgår av bifogad rapport.

---

Beslut om utformningen av denna skrivelse och den bifogade rapporten har fattats av kammarrättsassessorn Michael Slavicek i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

## **Rapport om kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU: medlemsstater**

1. Inledning.....	3
2. Bakgrundsfaktorer att beakta.....	3
3. EG:s rättsmedelsdirektiv .....	5
3.1. Syftet.....	5
3.2. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser.....	6
4. Införlivning i medlemsstaterna.....	6
4.1. Metoder för införlivning i medlemsstaterna.....	6
4.2. Domstolar och myndigheter .....	7
5. Andra rättsmedel än skadestånd .....	8
5.1. Samspelet mellan förvaltningsåtgärder och skadestånd .....	8
5.2. Alternativa rättsmedel, såsom böter, avgifter, gottgörelse .....	8
6. Skadestånd.....	10
6.1. Talerätt.....	10
6.2. Skadestånd.....	11
6.2.1. Reparativ eller preventiv verkan .....	11
6.2.2. Olika sedvanor vid offentlig upphandling .....	11
6.3. Begränsningar i rätten att begära skadestånd .....	12
6.3.1. Tid inom vilken skadeståndstalan skall väckas .....	13
6.4. Förutsättningarna för att kunna erhålla skadestånd .....	13
6.4.1. Gemensamma drag .....	13
6.4.2. Grund för skadeståndsskyldigheten.....	14
6.4.3. Hur långt skall ersättningen sträcka sig.....	14
6.5. Behov att visa att klaganden haft möjlighet att erhålla upphandlingskontraktet .....	15
6.6. Beräkning av skadeståndets storlek.....	17
6.6.1. Det positiva och det negativa kontraktsintresset .....	17
6.6.2. Beräkning av skadestånd .....	19
6.7. Rättegångskostnader.....	21
7. Möjlighet att driva skadeståndstalan mot en medlemsstat .....	21
8. EG-kommissionens möjlighet att påtala felaktigheter i enskilda upphandlingar .....	22
9. Antalet domstolsprövningar i medlemsstaterna .....	23
Källor:.....	24
Litteratur .....	24
Rättsfall .....	24
Svenska allmänna domstolar (domar av intresse) .....	24
Förkortningar.....	25

## 1. Inledning

Kansliet vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 23 februari 1999 från Kommittén för översyn av NOU m.m. fått i uppdrag att kartlägga hur EG:s upphandlingsdirektivs skadeståndsregler har införlivats i övriga medlemsländer. Av uppdraget framgår vidare att NOU skall utreda om övriga medlemsländer har andra skadeståndslänkande lösningar t.ex. i form av ”marknadsskadeavgifter” såsom Finlands lagreglering av ”gottgörelse”. Arbetet skulle enligt uppdraget i huvudsak bedrivas med utgångspunkt i EG-kommissionens ”Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN).

I den följande beskrivningen används begreppet rättsmedelsdirektiv som en sammanfattande benämning av Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 (rättsmedelsdirektiv II). Rättsmedelsdirektiv I gäller upphandlingar som täcks av direktiv för upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster inom den klassiska sektorn. Rättsmedelsdirektiv II gäller för upphandling inom försörjningssektorerna.

Den fortsatta beskrivningen omfattar således i huvudsak de utländska regler som motsvarar 7 kap. 6 och 7 §§ i den svenska LOU.

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

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

Vidare beskrivs vissa skadeståndslänkande lösningar som formellt utgör alternativ till andra rättsmedel än skadestånd. Då alla rättsmedel samverkar med varandra berörs översiktligt även andra rättsmedel enligt rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG.

## 2. Bakgrundsfaktorer att beakta

Den huvudsakliga källan, ”Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN) bygger på studier gjorda år 1997 och tidigare. NOU har därför i möjligaste mån sökt uppdatera kunskap om senare förändringar i de nationella rättsordningarna till följd av lagändringar och rättspraxis genom uppgifter inhämtade från andra källor.<sup>1</sup>

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

a) Rättsmedelsdirektivens bestämmelser gäller i merparten av medlemsstater endast upphandlingar som omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv. Upphandlingar

<sup>1</sup> Se källhänvisningar i fotnoter och i slutet.

Datum  
1999-03-31

Vår beteckning  
53/99-28

under tröskelvärdena är dock oftast reglerade i annan ordning och rättsmedel kan bli tillämpliga vid överträdelse av dessa nationella ordningar eller EG-rätten.<sup>2</sup>

b) Medlemsstaternas uppbyggnad av förvaltningen och domstolsorganisationer kan påverka leverantörernas möjligheter att åberopa rättsmedel.<sup>3</sup>

c) Det finns skillnader i medlemsstaternas rättsordningar vad gäller sekretess, rättegångskostnaderna m.m., vilka kan påverka leverantörernas processvillighet.<sup>4</sup>

d) Antalet domstolsavgöranden på skadeståndsområdet är litet, främst från de högsta instanserna.<sup>5</sup>

e) Det råder osäkerhet om kraven på bevisstyrka m.m.<sup>6</sup>

f) Kopplingen och balansen mellan interimistiska rättsmedel och skadestånd skiljer sig mellan medlemsstaterna. Sämre möjligheter att erhålla skadestånd kan uppvägas av möjligheterna att få till stånd ett snabbt ingripande innan avtalet sluts<sup>7</sup> eller andra åtgärder, såsom att kunna begära att det olagligt slutna kontraktet inte skall gälla, få möjlighet till föreläggande att den upphandlande enheten inte får använda sig av det felaktiga upphandlingsförfarandet i framtiden eller få ett uttalande från en oberoende myndighet att den upphandlande enheten har begått ett fel.<sup>8</sup>

g) Möjligheter i vissa medlemsstater att driva saken parallellt i olika instanser varmed risk uppstår att dessa komma till olika ståndpunkter.<sup>9</sup>

h) Antalet skadeståndsmål kan påverkas av landets processuella kultur och leverantörens kännedom om vilka rättigheter han har och vilka rättsmedel han kan använda sig av.<sup>10</sup>

---

<sup>2</sup> I flera länder, som i Sverige, fanns upphandlingsregelverk redan före den gemenskapliga regleringen. I flera länder fanns möjligheter till överprövning (i Sverige genom kommunalbesvär) men ofta även möjlighet att erhålla skadestånd. Se även i Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, sid. 915 f.

<sup>3</sup> I Storbritannien och Irland börjar processen i High Court.

<sup>4</sup> Skillnaden mellan omfattningen av information som kan bli tillgänglig och tidpunkten för offentliggörande kan väsentligen påverka klagandens möjligheter att reagera i tid (i synnerhet om talan måste väckas inom en viss tid) och hans möjligheter att framgångsrikt driva en skadeståndsprocess.

<sup>5</sup> Avser förhållandet före 1997, då kommissionens studier har gjorts. Även i Sverige har antalet avgöranden från de allmänna domstolarna vid denna tid varit litet. Någon skadeståndsskyldighet har i Sverige (till skillnad från vissa andra länder) inte funnits före LOU:s ikraftträdande.

<sup>6</sup> Även användbarheten av andra rättsmedel än skadestånd kan bli begränsad om domstolarna ställer kraven på att styrka sambandet eller skadan för högt. Det diskuteras om det för skadestånd krävs uppsåt eller endast oaktsamhet. Se vidare Hentze och Sylvén, sid. 472 och EG-domstolens dom i fallen C-46/93 *Brasserie de Pecheur* och C-48/93 *Factortame*.

<sup>7</sup> T.ex. Konkurrensstyrelsens agerande i Danmark eller medling i Finland.

<sup>8</sup> T.ex. Otillbörlighetslagen eller NOU:s uttalanden i Sverige.

<sup>9</sup> T.ex. i Sverige där förvaltningsdomstolar och marknadsdomstolen tycks ha en annan uppfattning om avbruten upphandling till förmån för egna regin än vad de allmänna domstolarna har. De flamländska och vallonska kammarna inom Belgiska högsta förvaltningsdomstolen, *Conseil d'Etat*, anges ha olika praxis i frågan huruvida de interimistiska åtgärderna eller skadestånd skall vara det huvudsakliga alternativet.

<sup>10</sup> I kommissionens rapport, i Grönboken om offentlig upphandling och i en artikel av Adrian Brown i PPLR 1998 nämns att många leverantörer saknar kännedom om sina rättigheter samt att det i praktiken kan vara svårt att visa att kontraktets tilldelning har varit diskriminerande eftersom de upphandlande enheterna har goda möjligheter att tillrättalägga sina beslut för att ge dem sken av laglighet. Där nämns även leverantörernas ovilja att "bita den hand som föder en". Jfr. vidare NOU:s utredning om effekterna av LOU som också visar att leverantörernas ovilja att begära rättelse eller skadestånd påverkas av rädslan för försämrade möjligheter vid framtida upphandlingar. NOU:s utredning om LOU:s effekter visar att närmare hälften av leverantörerna

i) Slutligen kan även bestämmelser som sällan tillämpas i praktiken ha moralskapande eller preventiv verkan.<sup>11</sup>

### 3. EG:s rättsmedelsdirektiv

#### 3.1. Syftet

EG:s upphandlingsbestämmelser utgör en uttolkning av regler i EG-fördraget och syftar till att skapa en inre marknad eller mera konkret att offentliga upphandlingsområden öppnas för konkurrens mellan medlemsstaternas leverantörer. För att uppnå syftet skall därför bl.a. större kontrakt tilldelas i konkurrens och på objektiva grunder och alla potentiella leverantörer i alla medlemsstater skall ges tillfälle att inge anbud på lika villkor. EG-rätten betonar därför ofta upphandlingdirektivens karaktär av ett regelsystem till skydd för leverantörernas rättigheter.

I Sverige hade det gamla regelverket (UF och UR) som sitt främsta intresse att effektivisera den offentliga upphandlingen och spara skattebetalarnas pengar. Något av detta synsätt finns kvarstår idag och framgår också av doktrinen.<sup>12</sup>

EG:s ursprungliga upphandlingsbestämmelser beaktades ofta dåligt i medlemsstaterna.<sup>13</sup> Med tiden uppkom därför ett behov av att komplettera upphandlingsreglerna med särskilda rättsmedel.<sup>14</sup> Leverantörernas sätt att reagera är enligt EG-kommissionens åsikt det bästa sättet att försäkra sig om att upphandlande enheter genomför sina upphandlingar i öppen konkurrens.<sup>15</sup>

Enligt EG:s rättsmedelsdirektiv skall det därför finnas:

1) Möjligheter till interimistiska åtgärder (överprövning):

---

avstår från att utnyttja rättsmedel. Detta trots att Sverige (troligen till följd av 6 kap. LOU) noterat ett högt antal domstolsavgöranden.

<sup>11</sup> Risken för att bli svarande i en skadeståndsprocess kan vara incitament att eftersträva beslutets laglighet, även om en förfördelad leverantörs möjligheter att vinna processen kan vara begränsade. I sammanhanget kan nämnas även den svenska Otillbörlighetslagen som kan antas ha haft avhållande effekt trots att endast ett enda fall har lett till domstolsprövning. Se härom Konkurrensverkets granskning.

<sup>12</sup> T.ex. Roos och Bjurman skriver i PPLR om upphandlingen i Sverige: "The basic idea behind the directives and the Swedish Act on public procurement is to make contracting authorities' procurements more effective, for the benefit of taxpayers." I NOU:s regleringsbrev anges som en framträdande uppgift att verka för en effektiv offentlig upphandling.

<sup>13</sup> Introduction to the Law of the European Communities, sid. 764. eller Fernández Martín, sid. 283 f. Möjlighet till överklagande fanns i flera stater men den användes inte så ofta.

<sup>14</sup> Även i Sverige har införandet av rättsmedel i LOU inneburit en avgörande förändring på området. Ett beslut enligt UF kunde inte överklagas (UF 16 §). Beträffande kommunala upphandlingar fanns vissa möjligheter till överklagande genom laglighetsprövning i 10 kap. kommunallagen (1991:900) eller kyrkolagen (1992:300). Denna möjlighet hade endast kommunmedlemmarna och inte leverantörerna utanför kommunen.

<sup>15</sup> Grönboken avsnitt 3.34. Sue Arrowsmith anger i Law of Public and Utilities Procurement, sid. 917 att införlivandet av rättsmedel i den nationella lagstiftningen har varit värdefullt dels för att nya rättsmedel hade tillförts de nationella rättsordningarna, dels för klargörandet och offentliggörandet av leverantörernas rättigheter eftersom många av dessa inte tidigare varit medvetna om sina möjligheter att kunna använda sig av rättsliga förfaranden.

- a) rättelse - upphäva eller säkerställa upphävandet av olagliga beslut
  - b) avbrytande av olaglig upphandling
  - c) andra alternativa rättsmedel i stället för a) eller b) såsom vitesförelägganden, böter.
- 2) möjlighet till skadestånd.

I rättsmedelsdirektivet II regleras även granskning och medling, vilka inte närmare berörs här.

EG-kommissionen nämner inom kategorin interimistiska åtgärder även uttalanden om huruvida ett visst förfarande står i överensstämmelse med bestämmelserna.<sup>16</sup> Utnyttjandet av "bredden i de rättsmedel som ställs till leverantörens förfogande" borde vara det effektivaste sättet att säkerställa de rättigheter, som deltagare i offentlig upphandling har. Leverantörerna skall ha tillgång till all nödvändig information om de rättigheter som rättsmedelsdirektiven ger dem när det gäller upphandling som genomförs i andra medlemsstater.<sup>17</sup>

### **3. 2. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser**

Medlemsstaterna skulle enligt rättsmedelsdirektiven se till att "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". 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, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Särskilda regler gäller för enheter inom de så kallade försörjningssektorerna.

## **4. Införlivning i medlemsstaterna**

Medlemsstaterna får fritt välja formen och medel genom vilka rättsmedlen skall införlivas.<sup>18</sup> I alla medlemsstater skall finnas möjligheter att få en upphandling interimistiskt stoppad, att få den avbruten och att få skadestånd. Rättsmedlen måste vara införlivade på ett otvetydigt sätt för att de som åberopar rättsmedlen skall ha en klar och precis uppfattning om sina rättigheter och skyldigheter.<sup>19</sup>

### **4.1. Metoder för införlivning i medlemsstaterna**

Staterna har använt sig av tre olika införlivningsmetoder:

1. Danmark<sup>20</sup>, Frankrike, Tyskland, Italien, Irland och Luxemburg har en eller flera korta lagar/förordningar som hänvisar till direktivens bestämmelser.

<sup>16</sup> Grönboken, avsnitt 3.35.

<sup>17</sup> Tidigare statistik från EG-kommissionen och rättsfallen visar att det inte är så vanligt att leverantörerna klagat på upphandlande enheter utanför det egna landet.

<sup>18</sup> Art. 189 i EG-fördraget. Särskilda problem uppkommer i förbundsstater som Tyskland och Österrike.

<sup>19</sup> C-119/89, Kommission mot Spanien, REG 641 punkt 10.

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



2. Finland, Nederländerna (vad gäller byggdirektiv), Österrike, Sverige och Storbritannien har införlivat rättsmedel genom att skriva in bestämmelserna i en eller flera lagar.
3. Belgien, Grekland, Nederländerna (beträffande andra upphandlingsområden än bygg) Portugal och Spanien har avstått från att införa några områdesspecifika bestämmelser.

Stater nämnda under 3) anser att det inte behövs några särskilda bestämmelser om rättsmedel vid offentlig upphandling eftersom prövning i nationella domstolar garanterar att förfördelade leverantörer kan åberopa brott mot ett direktiv.<sup>21</sup>

EG-kommissionen har inlett förfaranden mot Tyskland, Grekland, Portugal och Spanien för bristande införlivning av rättsmedeldirektiv I och mot Belgien, Tyskland, Frankrike, Irland, Italien och Storbritannien för bristande införlivning av rättsmedelsdirektiv II, (nu avskrivet mot Belgien och Irland).

Av rättsfallet mot Grekland framgår att den nationella ordningen skall innehålla specifika rättsmedel för offentlig upphandling och att det inte räcker med en hänvisning till allmänna skadeståndsregler.<sup>22</sup>

## 4.2. Domstolar och myndigheter

Interimistiska åtgärder och skadestånd kan enligt direktiven utdömas av myndigheter, specialdomstolar, förvaltningsdomstolar eller allmänna domstolar så länge dessa uppfyller vissa kriterier, som oavhängighet från de upphandlande enheterna och överklagbarhet.<sup>23</sup>

De flesta länder gör skillnad mellan förvaltningsdomstolar/myndigheter och civilrättsliga skadeståndsmål. Alla medlemsstater har dock valt att lägga skadeståndsmål på existerande allmänna domstolar.<sup>24</sup> Enligt NOU:s mening kan man dock inte se enbart på de allmänna domstolarnas organisation och praxis eftersom skadeståndsmöjligheterna påverkas av samspelet med de andra rättsmedel. De praktiska möjligheterna att erhålla en snabb rättelse innan avtalet sluts eller att få det slutna kontraktet ogiltigförklarat<sup>25</sup> kan minska behovet av kännbara skadestånd, i vart fall vad den allmänpreventiva verkan beträffar. Även effekten av andra rättsmedel och förekomsten av speciella domstolar eller domstolsliknande myndigheter i Danmark<sup>26</sup>, Finland, Tyskland, Nederländerna, Luxemburg, Sverige och Österrike skall därför beaktas<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Tidpunkten för införlivandet har nu gått till ända för alla medlemsstater.

<sup>22</sup> C-236/95. EG-domstolen uttalar att "individuals should have the benefit of a clear and precise legal situation enabling them to ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, to rely on them before national courts."

<sup>23</sup> Art. 2:8 i rättsmedelsdirektivet I och EG-domstolens dom den 4 februari 1999, i mål C-103/97 angående tolkningen av vad som avses med "nationell domstol" enligt art. 177 i EG-fördraget.

<sup>24</sup> Storbritannien och Irland är unika på det sättet att skadestånd utdöms av en enda instans, High Court.

<sup>25</sup> Nederländska domstolar och en särskild nämnd för byggentreprenader kan i princip ogiltigförklara även ett ingånget avtal, i vart fall så länge det inte är fullföljt eller långt framskridet.

<sup>26</sup> Klagenævnet for Udbud. En klagande är dock oförhindrad att vända sig direkt till en domstol.

<sup>27</sup> Fördelarna tycks vara snabbhet i processen och specialkunskap på området. Till nackdelarna hör bl.a. begränsningar i befogenheter. Eventuella avgifter (t.ex. Klagenævnet i Danmark har en

I flera länder, framför allt Luxemburg, Belgien och Frankrike, finns det en klar skillnad mellan rättsmedel för administrativa kontrakt (upphandlande enheter inom den klassiska sektorn) och privata kontrakt enligt försörjningsdirektivet. De privata kontrakten kan t.ex. inte bedömas av andra organ än allmänna domstolar och de kan inte heller stoppas genom interimistiska åtgärder. I stället för interimistiska åtgärder finns möjlighet till vitesföreläggande.

## 5. Andra rättsmedel än skadestånd

### 5.1. Samspelet mellan förvaltningsåtgärder och skadestånd

Det finns nationella skillnader i synen på förhållandet mellan de interimistiska åtgärderna och skadeståndet. I Belgien tycks t.ex. inställningen vara att knappt någon skada en anbudsgivare kan lida är så stor eller definitiv att den inte kan ersättas i en senare skadeståndsprocess.

Även andra regler kan påverka ett effektivt genomförande av beslut på upphandlingsområdet såsom huruvida ett beslut eller dom kan genomdrivas. I Frankrike togs beträffande upphandlingsbeslut bort statens generella immunitet för utredningsåtgärder för att besluten lättare skulle kunna genomdrivas.

Den svenska otillbörlighetslagen uppfattas felaktigt av EG-kommissionen som en lag som skall trygga ett effektivt genomförande av beslut enligt rättsmedlen. Syftet med lagen är att förbjuda att vissa konkurrenssnedvridande beteenden från de offentliga inköparnas sida upprepas.

### 5.2. Alternativa rättsmedel, såsom böter, avgifter, gottgörelse m.m.

Dessa rättsmedel är inte alternativa till skadestånd.<sup>28</sup> I art 2 (1) c) rättsmedelsdirektiv II<sup>29</sup> anges att medlemsstaterna kan ha alternativa rättsmedel i stället för rättelse eller avbrytande av en upphandling. Syftet skall vara att ”rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att

---

ansökningsavgift på 4 000 kr) och andra behörighetsregler kan begränsa de klagandes benägenhet att ansöka.

<sup>28</sup> Rätten till skadestånd skall enligt direktiv alltid finnas.

<sup>29</sup> Medlemsstaterna skall se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b nedan eller enligt c och i bägge fallen enligt d:

- (interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse)
- (undanröja eller låta undanröja beslut som tagits utan stöd i lag)
- Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen.

Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlarkategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningfulla.

- Att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

betala en viss summa till berörda intressen." I förordet anges att prövningsorganet skall få rätt "att sätta tillräcklig indirekt press på upphandlarna och därmed förmå dem att vidta rättelse eller avhålla dem från att begå överträdelse och sålunda förebygga att skada uppstår."

Bara fyra medlemsstater har i sin lagstiftning infört möjligheter till sådan betalning, Frankrike, Danmark, Finland och Luxemburg.

I Frankrike kan en domare i förvaltningsdomstol före kontraktets slutande förelägga en upphandlande enhet att följa upphandlingsbestämmelserna. Domaren fastställer en tidsfrist inom vilken enheten skall uppfylla förelägandet och ett dagligt vitesbelopp (astreinte) som utgår fr.o.m. fristens utgång. Domaren skall i sitt beslut väga in alla intressen, inklusive det allmännas. Han skall avstå från att utfärda vitesförelägandet om de negativa konsekvenserna skulle överstiga de positiva.

I Danmark kan en domstol besluta om ett vitesföreläggande som ett alternativ till interimistiska beslut eller rättelse. Rättsmedlet tycks vara reserverat till särskilt allvarliga överträdelser. Böter tycks vara huvudalternativet för Sjöfarts- och Handelsdomstolen beträffande gas- och oljefyndigheter till havs.

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

Finland<sup>30</sup> Konkurrensrådet har möjlighet att vid brott mot upphandlingsreglerna som ett alternativ till rättelseåtgärderna besluta om gottgörelse till en part som haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan.<sup>31</sup> Gottgörelse kan utgå om de andra rättelseåtgärderna kan orsaka betydande skada eller om ansökan anhängiggjorts efter det att avtalet ingåtts, dock inom 14 dagar från det att anbudsgivarna fått del av anbudstävans utgång eller ett beslut därom.<sup>32</sup> Förutsättningarna för att erhålla

<sup>30</sup> Den finländska lagen ändrades efter det att Kommissionen avgivit den rapport som denna beskrivning bygger på. Beskrivningen av rättsmedel i Finland bygger på den finska lagen och NOU:s kunskap om dessa. Det kan noteras att de svenska föreläganden enligt Otillbörlighetslagen inte nämns i Kommissionens rapport.

<sup>31</sup> Konkurrensrådet kan enligt lagens 9 §

- 1) helt eller delvis undanröja ett beslut av den upphandlande enheten,
- 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en punkt i ett dokument som gäller upphandlingen och att annars följa ett oriktigt förfarande,
- 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, eller
- 4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan, om förfarandet hade varit felfritt.

Gottgörelsen kan påföras, om de åtgärder som anges i 1, 2, och 3 punkten kan orsaka betydande skada på det sätt som avses i 10 § 3 mom. eller om ansökan anhängiggjorts först efter att upphandlingsavtal i ingåtts. När gottgörelse påförs skall hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som upphandlande enheten gjort sig skyldig till, upphandlingens totala värde samt de kostnader och den skada som sökanden orsakats.

<sup>32</sup> Lagens 9 a § 2:a st. I bestämmelsen sägs vidare att "Anbudsgivarna anses ha tagit del av

gottgörelse påminner om förutsättningarna för att erhålla skadestånd och beviskraven anges också ligga ganska högt.<sup>33</sup> Emellertid hindrar inte begäran om gottgörelse att leverantören också yrkar skadestånd. Handels- och industriministeriet i Finland kan dessutom under vissa förutsättningar leda ett förlikningsförfarande, om begäran härom görs inom 14 dagar från delfäendet.

EG-kommissionens rapport anger att dessa alternativa rättsmedels effektivitet i hög grad bygger på den framtida rättstillämpningen i de enskilda länderna. Vitesbelopp anges behöva vara ganska stora för att tvinga t.ex. ett vinstgivande oljebolag till att följa upphandlingsreglerna.<sup>34</sup> Det kan också diskuteras hur domstolarna vid avvägningen mellan den enskildes och statens intressen på ett objektivt sätt kan värderar den skada som det offentliga kan lida. Frankrike nämns som exempel på ett land där staten har stora offentliga och politiska engagemang i flera upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.

## 6. Skadestånd

### 6.1. Talerätt

I rättsmedelsdirektiven anges att ”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” skall ha talerätt. I LOU kallas denna krets för leverantörer.<sup>35</sup> Termen omfattar även de potentiella leverantörerna.<sup>36</sup>

Beträffande ärenden i konkurrensrådet i Finland (rättelse och gottgörelse) kan märkas att ansökningen kan anhängiggöras och talan föras av den som saken gäller, handels- och industriministeriet och beträffande entreprenad även finansministeriet eller den statliga myndighet som har beviljat projektbundet stöd för genomförande av byggnadsprojektet i fråga.<sup>37</sup>

Talerätt i skadeståndsmål får antas endast den leverantör ha som har lidit en skada.

---

anbudstävlns utgång, om inte annat visas, den sjunde dagen efter att handlingen sändes.

<sup>33</sup> Som förutsättning för skadestånd anges att leverantören ”om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävln.” Angående gottgörelse är motsvarande uttryck ”skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävln om förfarandet hade varit felfritt.” I jämförelse med den svenska lagen (7 kap. 7 § LOU ”om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen”) tycks de finska bestämmelserna inte lägga samma vikt på ett orsakssamband mellan det begångna felet och den lidna skadan.

<sup>34</sup> Peter Pagh, sid. 148 påtalar i sammanhanget likheten med den amerikanska ”bötesersättningen - penal damage” varvid domstolen beaktar både skadans storlek och den generalpreventiva verkan.

<sup>35</sup> Jfr. 1:5 § LOU och förarbetenas förklaringen till begreppet leverantör.

<sup>36</sup> Detta uttalar klart i EG-domstolens Unix-dom och prop. 1992/93:88 sid. 103.

<sup>37</sup> Finska LOU 9 a §.

## 6.2. Skadestånd

Rätt till skadestånd är det enda rättsmedlet för skadelidande som måste finnas i alla medlemsstater efter det att ett kontrakt har slutits.<sup>38</sup> I direktivens förord anges att rätt till skadestånd alltid skall finnas. EG-rätten bygger på att skyddet för de enskildas rättigheter förutsätter att den som drabbats av ett brott mot EG-rätten skall ha möjlighet att erhålla finansiell kompensation.<sup>39</sup> Flera länder anger dessutom uttryckligen att rättsmedel skall vara tillämpliga inte bara vid brott mot de nationella bestämmelserna utan även vid överträdelse av EG-rätten, GPA eller skada till följd av myndighetsbeslut.<sup>40</sup> Med EG-rätten menas inte bara upphandlingsdirektiven utan framför allt de bakomliggande reglerna i EG-fördraget om fri rörlighet av varor och tjänster m.m.<sup>41</sup> Detta betonas inte minst i EG-domstolens domar angående offentlig upphandling, vilka ofta refererar till de allmänna principerna i EG-fördraget.<sup>42</sup>

### 6.2.1. Reparativ eller preventiv verkan

I vissa arbeten diskuteras huruvida skadeståndsreglerna skall ha enbart reparativ eller även allmänpreventiv verkan. Båda aspekter betonas av EG-kommissionen som talar om såväl ”skydd av de förfördelade leverantörernas rättigheter” som regelverket skall ”tillförsäkra att de upphandlande enheterna fullföljer sina ålägganden enligt EG-rättens upphandlingsregler”. I litteraturen pekas på att den kortfattade skrivelsen i rättsmedelsdirektivet I missar hela frågan om stimulans till att begära rättelse och avskräckande effekt.<sup>43</sup>

De svenska förarbetena hänvisar till "explanatory memorandum" och betonar att syftet bakom direktivens regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.<sup>44</sup>

### 6.2.2. Olika sedvanor vid offentlig upphandling

De skillnader i upphandlingsreglernas tillämpning som finns mellan länderna belyses inte alltid i förvaltnings- eller domstolsprocesser enligt rättsmedelsdirektiven eftersom dessa huvudsakligen åberopas av leverantörer vid klagomål mot upphandlande enheter inom det egna landet. Upphandlingstvister som involverar utländska leverantörer är ganska sällsynta. NOU vill därför nämna att det i medlemsstaterna synes finnas skilda uppfattningar om vad som omfattas

<sup>38</sup> I regel är skadestånd också det enda rättsmedlet som återstår. I några länder finns dock möjlighet att en domstol upphäver kontraktet eller förbjuder dess användning, t.ex. i Belgien. För detta fordras dock att käranden har "subjektiv rätt" att kontraktets genomförande avbryts. Kontraktet kan ogiltigförklaras på talan av tredje man om dess genomförande bryter mot "l'ordre public".

<sup>39</sup> Förenade målen C-46/93 Brasserie de Pecheur och C-48/93 Factortame.

<sup>40</sup> T.ex. Finland och Spanien.

<sup>41</sup> Artiklarna 6, 30, 48, 52 och 59 i Romfördraget.

<sup>42</sup> Denna dimension är däremot mycket ovanlig i Sverige, där LOU normalt ses som en isolerad lag och kopplingen till EG-fördraget verkar ha gått förlorad.

<sup>43</sup> Fernández Martín, sid. 226.

<sup>44</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103.

av direktivens bestämmelser och hur dessa skall tillämpas. Här kan nämnas t.ex. olika uppfattningar om användningen av påskyndat förfarande, när förhandling får bedrivas<sup>45</sup>, tjänstekoncessioner, ramavtal m.m. Skillnader finns även angående vilka bolag som omfattas av begreppet upphandlande enhet och i frågan om vissa typer av avbrutna upphandlingar omfattas av regleringen. EG-kommissionen har påbörjat arbetet med klargörande av dessa begrepp. Vidare pågår det ett pilotprojekt som syftar till att medlemsstaterna åstadkommer en mera likartad tolkning och tillämpning av upphandlingsreglerna.

### 6.3. Begränsningar i rätten att begära skadestånd

Rättsmedeldirektiven tillåter att medlemsstaterna inför begränsning i rätten att klaga på en upphandling. Detta får ske genom att leverantören först måste begära rättelse hos den upphandlande enheten.<sup>46</sup> Även rätt att begära skadestånd får enligt direktiven begränsas genom att det lagstridiga beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt. I rättsmedelsdirektiv II ställs som villkor för detta att medlemsstatens rättsordning kräver det och att staten "har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet".<sup>47</sup>

Några medlemsstater har genomfört sådana begränsningar. I Italien kan en skadeståndstalan tas upp av en allmän domstol endast om en förvaltningsdomstol har upphävt den ifrågavarande upphandlingen. I Österrike krävs för skadeståndstalan att den klagande först vänt sig till Public procurement Agency och att denna har funnit att den upphandlande enheten har brutit mot upphandlingsreglerna.<sup>48</sup> En konstaterad överträdelse av upphandlingsreglerna skall å andra sidan i dessa länder godtas vid senare prövningar. En allmän domstol skall således vid prövningen av skadestånd utgå ifrån att ett regelbrott har skett och endast pröva karendens rätt till skadestånd. Inte heller i Belgien behöver en klagande i en skadestandsprocess visa att den upphandlande enheten brutit mot reglerna om upphandlingen redan avbrutits av Conseil d'Etat.

I andra länder (inklusive Sverige) skall den domstol som utdömer skadestånd göra sin egen självständiga bedömning av alla förutsättningar. I Tyskland är det

---

<sup>45</sup> I Sverige och Danmark används det förhandlade förfarandet i 8 – 9 % av upphandlingar medan Tyskland använder samma förfarandet i mer än 20 % av alla upphandlingar inom den klassiska sektorn.

<sup>46</sup> Grekland håller på att ändra sin lagstiftning. Enligt den tidigare ordningen fick leverantören först genomgå ett icke juridiskt förfarande innan han kunde åberopa vanliga skadestandsregler i en allmän domstol. Även i Spanien och Italien måste möjligheten till de administrativa åtgärderna vara uttömda innan man får vända sig till en domstol. Den rättsliga prövningen kan (till skillnad från vad som är fallet i Sverige) pågå i flera år efter det att avtalet har slutits. De svenska förvaltningsdomstolarna avslår ansökan om överprövning så snart det kommit fram att ett avtal har slutits.

<sup>47</sup> Art. 2 (5) i rättsmedelsdirektiv I, "Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta." I art. 2.1 i rättsmedelsdirektiv II anges: När skadestånd begärs därför att ett beslut är lagstridigt, får medlemsstaterna när deras rättsordning det kräver och de har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet föreskriva att det klandrade beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt.

<sup>48</sup> Tidigare regel i Österrike krävde dessutom för skadeståndets utdömande att Agency har funnit att den klagande hade fått kontraktet om överträdelsen inte hade skett.

uttryckligen stadgat att en domstol inte är bunden av några tidigare beslut angående upphandlingens laglighet.

#### 6.3.1. Tid inom vilken skadeståndstalan skall väckas

NOU känner inte till att någon annan medlemsstat begränsat tiden för rätten att begära skadestånd på sätt som Sverige har gjort.<sup>49</sup> I 7 kap. 8 § LOU anges att talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad. NOU har i tidigare sammanhang påpekat att denna tid kan vara för kort. Skadeståndet utdöms nämligen av de nationella domstolarna. Även om det i Sverige inte finns någon föreskrift om att en förvaltningsdomstol måste konstatera felet, kan det dröja mer än ett år innan t.ex. Regeringsrätten uttalar sig i målet<sup>50</sup> eller innan ett förhandsbesked kan lämnas av EG-domstolen. En förfördelad leverantör, som dessutom kan ha svårigheter att i tid få alla relevanta handlingar,<sup>51</sup> kan i regel inte avvakta ovannämnda avgöranden innan han tvingas att ta ställning huruvida han skall begära skadestånd.

#### **6.4. Förutsättningarna för att kunna erhålla skadestånd**

Direktiven anger att det är ”nödvändigt att se till att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater, så att beslut i strid mot dess bestämmelser kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadats av överträdelserna.” I brist på politisk vilja att ha övernationella regler härom överlämnas det åt medlemsstaterna att själva utforma reglerna för skadestånd. Dessa bygger därför på medlemsstaternas nationella regler och kan variera.

##### 6.4.1. Gemensamma drag

Klaganden i alla medlemsstater tycks behöva visa

- 1) att den upphandlande enheten har brutit mot upphandlingsreglerna,
- 2) att det finns ett orsakssamband<sup>52</sup> mellan den upphandlande enhetens överträdelse av reglerna och den skada man lidit,<sup>53</sup>
- 3) att klaganden lidit en skada (vidkänt förlust) och
- 4) att den klagande (enligt allmänna principer) har försökt eliminera skadan eller begränsa dess omfattning.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> I Belgien gäller t.ex. den vanliga preskriptionstiden på 30 år. Tiderna för överprövning i förvaltningsdomstolar eller myndigheter brukar dock, med hänsyn till beslutens karaktär av interimistiska åtgärder, vara ganska korta.

<sup>50</sup> Jfr. t.ex. RÅ 1996:50. När avgörandet har kommit har rätten till prövning i allmän domstol gått förlorad.

<sup>51</sup> NOU känner till flera fall i vilka leverantören tvingats till flera långdragna överklaganden angående utfående av handlingar enligt sekretesslagen.

<sup>52</sup> Adekvat samband (causa adequata) tycks behövas.

<sup>53</sup> Östra Landsrätten har i Storebälts-fallen funnit att det med tillräcklig grad av säkerhet har visats att det finns ett orsakssamband mellan det klaganden anfört och skadan. Avgörandet har tolkats som att ersättning för anbudskostnader kan utgå även till den som inte kan visa att de skulle ha erhållit kontrakt, om felet inte hade begåtts. Se närmare Nielsen, sid. 193.

<sup>54</sup> I Sverige kan det innebära att den skadelidande, om möjligt, har ansökt om överprövning i länsrätten. I Danmark och Spanien anges uttryckligen att skadeståndet kan begränsas eller utebli

#### 6.4.2. Grund för skadeståndsskyldigheten

Skadeståndsskyldigheten kan dock grunda sig på olika grunder

- a) kränkning av en rättighet
- b) avtalsmässiga grunder
- c) det allmännas ansvar för sina handlingar (myndighetsutövning).

I vissa länder grundas skadeståndsskyldigheten på den kränkning av rättigheter som leverantören får utstå. Detta leder i grunden till att leverantören skall bevisa att han betagits rättighet eller fått vidkännas inskränkning i chansen att få sitt anbud antaget på de i förfrågningsunderlaget och upphandlingsreglerna angivna grunderna.

Andra medlemsstater betonar den ekonomiska förlust någon åsamkats p.g.a. motpartens kontraktuella eller pre-kontraktuella förpliktelser, d.v.s. att det som skall prövas är den upphandlande enhetens avsteg från det som avtalats eller kunde förväntas ha avtalats.<sup>55</sup>

Ett annat synsätt är huruvida ett upphandlingsbeslut kan ses som myndighetsutövning. I t.ex. Spanien<sup>56</sup> anges en myndighets skadeståndsskyldighet vid brott mot upphandlingsreglerna vila på en grundlagsskyddad rättighet till ersättning av en skada orsakad av myndighetens agerande. Liknande regler finns i Grekland.<sup>57</sup> I Sverige anses dock upphandling av de flesta inte utgöra myndighetsutövning.<sup>58</sup>

#### 6.4.3. Hur långt skall ersättningen sträcka sig

En annan skillnad ligger i staternas syn på hur långt ersättningen skall sträcka sig. Skillnaden består enligt NOU:s här förenklade beskrivning i huruvida den förfördelade leverantören genom skadeståndet skall försättas i

- A) det läge i vilket han var innan överträdelse av en rättsregel inträffat (status quo ante) eller
- B) samma läge som om skadan inte inträffat eller eventuellt

---

om den skadelidande har bidragit till skadans uppkomst eller inte begränsat skadans omfattning.

<sup>55</sup> I engelska arbeten betonas framför allt den första aspekten, dvs. att den upphandlande enheten har brutit mot sin plikt att följa upphandlingsreglerna. Avgörandet i s.k. Blackpool-målet antyder emellertid synsättet att förfrågningsunderlaget utgör ett löfte att opartiskt och på de angivna grunderna bedöma alla inkomna anbud. Avsteg från detta innebär då ett brott mot det föreslagna kontraktet. Distinktionen var viktig eftersom engelsk lag kunde utge ersättning för förlorad inkomst endast i kontraktuella sammanhang. Anledningen att göra denna åtskillnad har numera fallit bort då skadestånd för förlorad inkomst antas kunna utgå även till följd av brott mot regelverket (tort)

<sup>56</sup> Fernandez Martín: sid. 247.

<sup>57</sup> Grekland gäller detta "administrativa kontrakt" under förutsättning att staten, kommun, stad eller organ under allmän lag i anslutning till den anförtrodda verksamheten har orsakad skada genom handling eller försummelse. Skada som inte orsakats under myndighetsutövning ersätts enligt allmänna civilrättsliga principer.

<sup>58</sup> Hentze och Sylvé, sid 478 f.



C) i bättre ekonomiskt läge då även ideellt eller moraliskt skadestånd kan utgå.

Medlemsstatens synsätt kan påverka ersättningens omfattning och graden och omfattningen av det som skall bevisas. Den förstnämnda principen medför att en överträdelse under anbudsfasen i regel kan leda endast till ersättning för redan nedlagda kostnader medan de senare inte utgör några hinder mot att utgå skadestånd för det som rimligen hade inträffat om överträdelsen inte inträffat, d.v.s. skadeståndsskyldigheten för förlorad vinst och andra eventuella framtida förluster.

### **6.5. Behov att visa att klaganden haft möjlighet att erhålla upphandlingskontraktet**

EG-rätten utgår vid utomkontraktuell skadeståndsskyldighet från culparegeln (art. 215 i Romfördraget). Vad gäller ersättning för brutna avtalsförhandlingar eller upphandlingar är rättsläget omdiskuterat.<sup>59</sup> Det är emellertid inte säkert att det som inträffar under anbudsfasen eller utvärderingsfasen av en upphandlingen måste ses som ett utomkontraktsrättsligt förhållande.<sup>60</sup> En jämförelse med ett närbesläktat område som anställningsregler inom EG-rätten tyder också på att culparegeln inte kan godtas. När det gäller att kompensera en klagande för förlust av möjlighet att få ett anställningsavtal p.g.a. könsdiskriminering, ställdes inte krav på att försumlighet skulle bevisas.<sup>61</sup>

Gemenskapslagstiftaren tycks ha överlämnat regleringen av frågan om beviskrav i rättsmedelsdirektiven åt medlemsstaterna.<sup>62</sup> Ordalydelse i rättsmedelsdirektiv I kan i vart fall inte ge någon vägledning i frågan. Rättsmedelsdirektiv II ger vägledning vad avser anbudskostnaderna. Anbudsgivaren är berättigad till ersättning för "kostnaderna för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande" om han kan visa att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

Uppdelningen i olika typer av skadestånd i rättsmedelsdirektivet II verkar tala för att den gemenskapsrättslige lagstiftaren har tänkt sig att fullt skadestånd skall utgå, inklusive förlorad vinst men att ersättningen för redan nedlagda kostnader kunde utgå enligt andra principer än vinst.<sup>63</sup> Ersättning för nedlagda anbudskostnader inom försörjningssektorerna kan i alla medlemsstater krävas av den som visar att han hade fått kontraktet om den upphandlande enheten inte hade

<sup>59</sup> Axel Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser mm), SvJT 1987, sid. 493.

<sup>60</sup> Jämför den engelska Blackpool-domen eller den svenska Högsta domstolens dom T 1441-97. I den sistnämnda anges att det "ligger nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds".

<sup>61</sup> Nielsen, sid 195 f. och där angivna rättsfall från EG-domstolen C-180/95 (Draehmpaehl) och C-177/88 (Dekker).

<sup>62</sup> Skadeståndsbeloppen i de olika länderna kan variera. Anbudsgivare har olika möjligheter till skadestånd (för vad och skadeståndsbeloppet) beroende på den upphandlande enhetens juridiska hemvist. En annan intressant fråga kan uppkomma i situationer som berör mellanstatliga projekt och möjlighet till val mellan olika rättsordningar.

<sup>63</sup> Se Arrowsmith, The law of Public and Utilities Procurement, sid. 911 ff.

brutit mot upphandlingsreglerna (rättsmedelsdirektiv II art. 2.7 eller 7 kap. 7 § LOU). Frågan är om samma beviskrav gäller även för ersättning för utebliven vinst inom försörjningssektorerna och även inom den klassiska sektorn, åtminstone vad anbuds kostnaderna beträffar.<sup>64</sup> Båda beviskraven tycks finnas i medlemsstaterna.

I vissa länder skall den klagande visa att han hade fått kontraktet om den upphandlande enheten inte hade brutit mot upphandlingsreglerna. I andra stater tycks beviskravet ställas lägre, nämligen att han haft en realistisk möjlighet ("real chance") att erhålla kontraktet och överträdelsen minskat denna möjlighet.<sup>65</sup> Den senare varianten 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 uppbära om att kunna erhålla kontraktet. - Den beräknade inkomstförlusten kan t.ex. fördelas med olika andelar mellan de två eller tre anbudsgivare som mest sannolikt hade antagits, med t.ex. 50 % till den mest sannolike, 30 % till den som kunde förväntas komma på andra plats och 20 % till den som kunde bedömas ha haft viss chans att erhålla kontraktet om felet inte hade begåtts.

Bevisläget kan förändras beroende på typen av upphandling (öppen, selektiv eller förhandlad upphandling) och utvärderingskriterier (lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet). I vissa medlemsländer, som Belgien, tycks dessa distinktioner spela större roll än i andra.

Flera medlemsstater (Danmark, Sverige, Finland, Storbritannien och Österrike) har i stort sett ordagrant infört bestämmelsen om "realistisk möjlighet" i sin lagstiftning avseende försörjningssektorerna. Även Grekland och Portugal förväntas göra det.<sup>66</sup> I Frankrike, Belgien, Irland,<sup>67</sup> Italien och Luxemburg återfinns inte detta begrepp i lagstiftningen men domstolarna förväntas döma i enlighet med principen om realistisk möjlighet. För närvarande tycks det vara endast i Tyskland där man avsiktligt inte införlivat denna regel. I Tyskland verkar det som om klaganden måste visa att det var nästan säkert att han hade vunnit anbudstävlingen (almost certainly have won).<sup>68</sup>

I Spanien krävs inte att ett fel eller försummelse har begåtts när det gäller förvaltningen. Det räcker att visa att skadan har uppkommit till följd av den offentliga partens handlande.<sup>69</sup> Skadestånd utgår inte om skadan inträffat på grund

<sup>64</sup> I Danmark antas att reglerna för försörjningssektorerna tillämpas analogt även vad beträffar anbudskostnaderna inom den klassiska sektorn.

<sup>65</sup> I Finland gäller detta uttryckligen enligt 8 § andra stycket i finska LOU. I Frankrike gäller en betydande (sérieux) möjlighet att få kontraktet även utanför försörjningssektorerna. Frankrike ansåg det därför tidigare onödigt att införliva rättsmedelsdirektiv II, då dessa förutsättningarna redan gällde enligt existerande lag.

<sup>66</sup> År 1997 hade dessa länder ännu inte införlivat direktiven.

<sup>67</sup> High Court har inte avgjort några mål men den har rätt att helt eller delvis upphäva ett slutet kontrakt eller ändra villkor vad gäller den klassiska sektorn.

<sup>68</sup> Några skadeståndsmål var inte rapporterade från Tyskland och inte heller i övriga källor kan några kända rättsfall hittas. De tyska reglerna har kritiserats av kommissionen och Tyskland anges ha beslutat sig för ett totalt översyn av sin införlivning av rättsmedel.

<sup>69</sup> Kallas på engelska för Patrimonial liability.

Datum  
1999-03-31

Vår beteckning  
53/99-28

av force majeure.

I Grekland finns en lagstadgad möjlighet att erhålla skadestånd för kontrakt som inte slutits om den upphandlande enheten sluter ett kontrakt trots att dess beslut om leverantör har upphävts. Skadeståndet grundar sig på brottet mot den ömsesidiga bundenheten av gott uppsåt och affärsmässigt beteende som skall råda under affärsförhandlingen.<sup>70</sup>

## 6.6. Beräkning av skadeståndets storlek

Av kommissionens sammanställning kan svårligen utläsas hur stora skadestånd som skall utgå. I de flesta medlemsstaterna synes ersättning i princip utgå för

- anbudskostnaderna, dvs. kostnader för att förbereda anbud och delta i anbudsförfarandet (det negativa kontraktsintresset)
- utebliven vinst, d.v.s. den vinst som leverantören hade fått om han erhållit upphandlingskontraktet (det positiva kontraktsintresset).<sup>71</sup>

### 6.6.1. Det positiva och det negativa kontraktsintresset

EG-kommissionen anger i grönboken om offentlig upphandling att endast ersättning för kostnader, även om denna kan vara omfattande, inte på något sätt utgör full ersättning vid överträdelser av reglerna rörande offentlig upphandling.<sup>72</sup> Vad beträffar medlemsstaterna visar EG-kommissionens sammanställning inte att någon medlemsstat utesluter att skadestånd kan utgå för det positiva kontraktsintresset.

Enligt konsultundersökningar i EG-kommissionens utredning förefaller det vara klarlagt att beräkningsgrund för skadeståndet i alla medlemsländer är det positiva kontraktsintresset.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Grekiska civillagen anger i art. 197 att parterna under avtalsförhandlingen skall bli ömsesidigt förpliktade att tillämpa gott uppsåt och affärsmässigt beteende (dictated by good faith and business customs). I art. 198 anges att den som under avtalsförhandlingen genom eget fel har orsakat att den andra parten lidit skada skall ersätta skadan även om kontraktet inte slutits (egen översättning). Ersättningen bör omfatta även förväntad inkomstförlust.

<sup>71</sup> Begreppen positiva och negativa kontraktsintressen bör användas med försiktighet eftersom i det grekiska rättssystemet används uttrycken "positiv loss" för anbudskostnaderna och "negativ loss" för inkomstförlust medan i tysk rätt talas om positivt och negativt intresse i samma betydelse som i Sverige.

<sup>72</sup> Grönboken, punkt 3.38.

<sup>73</sup> I Sverige är det klarlagt att departementschefen i propositionen delade Stockholms universitets och arbetsgruppens åsikt att ersättningen skulle utgå för det positiva kontraktsintresset (prop. 1992/93:88, sid. 46). Departementschefen uppgav: "Vad gäller avvägningen mellan det negativa och det positiva kontraktsintresset delar jag arbetsgruppens bedömning av de skäl som Stockholms universitet framfört i sitt remissyttrande. Dessutom är det av värde ur effektivitetssynvinkel att möjligheten till fullt skadestånd finns för den lidna skadan." Jämför också Arrowsmiths tolkning av två EG-domar i not 95 nedan och Wahls samt Hentzes och Sylvéns uttalanden i not 96 nedan. Lämpligheten av ersättning för det positiva kontraktsintresset har dock ifrågasatts av bl.a. Palm och Riberdahl SvJT 8/96, sid. 644 och vid finansutskottets behandling (1997/98:FiU7). Även direktiven till NOU-utredningen anger (Fi 1998:08, sid. 11) att det positiva kontraktsintresset kanske är en för kraftig påföljd.

Datum  
1999-03-31

Vår beteckning  
53/99-28

Belgien. Det finns flera avgöranden även från tiden före rättsmedelsdirektiven, t.ex. 1971, som visar att den klagande kan få ersättning för främst kontraktets ekonomiska värde men sällan samtidigt även för anbudskostnaderna.

Luxemburg. Leverantörerna kunde redan före direktivens införlivande erhålla ersättning för nedlagda kostnader och missade vinstmöjligheter. Ersättning för förlorad inkomst i samband med offentlig upphandling utgår i enlighet med en prejudicerande dom av Högsta domstolen, avgivet år 1964

Nederländerna. Överträdelse av upphandlingsregler är ett lagbrott och den som drabbats skall enligt holländsk rätt ersättas för alla skador han lidit till följd av detta och skall täcka både materiella och immateriella skador. De materiella täcker både förluster och omkostnader som förlorad vinst

Frankrike. I Frankrike grundas rätt till skadestånd på att käranden gått miste om en rättighet till följd av fel eller försumlighet av svaranden (Art. 1382 Code Civil). Bevisbördan för felet, kausaliteten och den egna skadan åvilar käranden som i upphandlingssammanhang bör visa att han haft betydande (sérieux) möjlighet att vinna anbudstävlan.

Danmark.<sup>74</sup> I Danmark anges att den klagande skall försättas i samma läge som om skadan inte inträffat. Detta kan innebära full ersättning för kostnaderna, inklusive förlorad inkomst, men skall inte göra någon förtjänst. Danska domstolar ersätter i regel endast rena ekonomiska förluster.

Finland.<sup>75</sup> Skadeståndet skall i princip ersätta hela den ekonomiska skada som leverantören vidkänts, vilket förväntas omfatta även förlust av eventuell affärsvinst.

Österrike. Det fanns en begränsning till skadestånd för endast anbudskostnaderna. Denna bestämmelse har nu upphävts på federal nivå och håller på att tas bort även inom de österrikiska delstaterna.<sup>76</sup> Enligt lagändringen och prejudikat av Högsta domstolen, dom från oktober 1994 avseende tidigare lagstiftning om offentlig upphandling skall även förlorad inkomst ersättas.

Grekland. I Grekland anges att skadestånd skall inkludera all minskning av tillgångar såväl som all inkomstförlust. Inkomsten beräknas till det som rimligen kan förväntas vid normala förhållanden eller med hänsyn till de speciella omständigheter och med beaktande av vidtagna förberedelser.

Italien. I Italien skiljer man vid skadestånd mellan kontrakträttsliga och utomobligatoriska skyldigheter. I upphandlingssammanhang förväntas skadestånd utgå för både faktiskt nedlagda kostnader och förlorad vinst inklusive oförutsedda förluster.

Spanien. Skadestånd för det positiva kontraktsintresse skall utgå. Det kan enligt spansk rättspraxis minskas eller utebli om vinsten inte kan styrkas eller när den skadelidande inte agerat för att minska skadan.

<sup>74</sup> se även Trepte, Public procurement in the EC, s. 226.

<sup>75</sup> Finlands lag om offentlig upphandling, 8 § (Lydelse fr.o.m. 1 mars 1998):

Den som genom förfarande som strider mot denna lag (eller bestämmelser eller EG-lagstiftning eller GPA) orsakar en kandidat (dvs. anbudssökande), anbudsgivare, eller leverantör skada, är skyldig att ersätta den skada han orsakat. Då skadeståndskravet gäller de kostnader som uppkommit på grund av deltagande i ett anbudsförfarande, är det för utdömande av skadestånd tillräckligt att kandidaten eller anbudsgivaren leder i bevis ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. och att han om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävlan.

<sup>76</sup> NOU känner inte till om ändringen redan är genomförd i samtliga delstater.

Datum  
1999-03-31

Vår beteckning  
53/99-28

Storbritannien.<sup>77</sup> Skadestånd för förlorad inkomst kan utgå i form av förlorad chans att erhålla kontrakt. I så fall krävs övervägande sannolikhet att leverantören skulle ha fått kontraktet. Om hans chanser uppskattas till 20 % kan han erhålla 20 procent av förväntad vinst.<sup>78</sup>

Tyskland anger att ersättningen kan utgå för förlorad inkomst men anger också att det i praktiken för en inte antagen leverantör kan vara i stort sett uteslutet att styrka ett orsakssamband mellan förlorad inkomst och det begångna felet. I praktiken antas därför endast skadestånd för det negativa kontraktsintresset utgå till de leverantörer som inte blivit antagna.<sup>79</sup>

Ersättningen kan i regel utgå för antingen det positiva eller det negativa kontraktsintresset.<sup>80</sup> Att en klagande anbudsgivare ersätts för både det positiva och det negativa kontraktsintresset strider inte mot reglerna<sup>81</sup> även om sådan kan utgöra en överkompensation.<sup>82</sup>

#### 6.6.2. Beräkning av skadestånd

I domen von Colson och Kamann<sup>83</sup> anges att en stat skall utge skadestånd som inte är enbart symboliskt utan står i proportion till den lidna oförrätten. Generaladvokaten i fallet Marshall<sup>84</sup> anger att skadestånd bör omfatta materiella skador (damnum emergens), förlorad inkomst (lucrum cesans), moraliskt skadestånd (dommage moral) och skadestånd för fördröjning av förpliktelsen

---

<sup>77</sup> High Court har i Portsmouth-fallet uttalat att klaganden i princip har rätt till ersättning för förlorad vinst och överlät åt "Court's official referee" att bestämma beloppet. Den tidigare gällande skillnaden mellan "damage in tort" (brott mot regelverket) och "damage in kontrakt" (obligatoriskt skadestånd) anses numera ha upphört och ersättning för förlorad inkomst kan utgå i båda fallen. (Alied Maples-fallet)

<sup>78</sup> Fallet Chaplin v. Hicks, (1911) 2 K.B. 786. Senare år 1995, Allied Maples Group v. Simmons & Simmons (1995), WLR 1602.

<sup>79</sup> Den tyska lagen bygger på culpa in contrahendo, dvs. att en leverantör som hade berättigade förväntningar att erhålla ett kontrakt kunde få skadestånd om motparten hade begått ett fel. Detta kräver både kontakt mellan parterna under förhandlingar och gör det i praktiken i stort sett uteslutet att visa att just den klagande leverantören skulle ha fått kontraktet. I praktiken kan därför endast skadestånd för anbudskostnaderna utgå. Skadeståndsbeloppet skulle bestämmas enligt principen "status quo ante", dvs. leverantören skulle försättas i tillstånd som rådde innan den skadebringande handlingen inträffade. Domstolspraxis visar att ersättning för anbudskostnaderna kan utgå om leverantören visar att han med stor sannolikhet skulle ha erhållit kontraktet. Att visa det positiva kontraktsintresset kan dock vara mycket svårt om inte omöjligt.

<sup>80</sup> Leverantörerna i Danmark och Nederländerna kan välja mellan att yrka på det positiva eller negativa kontraktsintresset. I båda fallen måste de dock visa skadan och specificera beloppet.

<sup>81</sup> Så har skett i några tingsrättsdomar i Sverige. Även i Frankrike anges möjlighet att få skadestånd för både förlorad inkomst och rimlig kompensation för nedlagda anbudskostnader.

<sup>82</sup> I t.ex. Spanien anges att det vore ologiskt att utge skadestånd för anbudskostnaderna till den som tilldömts skadestånd för förlorad inkomst. Samma resonemang förs av Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling ( sid. 474) "En vinnande leverantör får kompensera sina kostnader för att ta fram ett anbud med den vinst han får genom kontraktet. De förlorande anbudsgivarna får normalt ingen ersättning för sina kostnader i en upphandling. Det ingår i spelets regler att det normalt endast är en anbudsgivare som får leverera, övriga får stå för sina kostnader själva.

<sup>83</sup> C-14/83 von Colson och Kamann, REG 1984, 1891, sid. 1909.

<sup>84</sup> C-271/91, Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority.

(dommage resultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée).

I medlemsstaterna är det inte heller säkert om ersättningen skall utgå för hela eller endast en del av skadan. Inte heller ersättningen för anbudskostnader är enligt direktiv maximerad till de styrkta kostnaderna för att förbereda anbud och delta i anbudsförfarandet utan den kan överskrida detta belopp i form av preventiv<sup>85</sup> eller ideellt/moraliskt skadestånd.<sup>86</sup> I t.ex. Grekland anges att ersättning till följd av myndighetens handlande eller försumlighet skall utgå för både materiella och immateriella skador.

I Belgien skiljer man mellan kontrakt på grund av lägsta pris (adjudication) med bestämt schablonmässigt skadestånd på 10 % av den lägsta anbudssumman och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (appel d'offres) där skadans omfattning måste visas. Olika beräkningsmetoder används i praxis för att uppskatta leverantörens inkomstförlust bl.a. vissa procent av förlusten, bevisning om leverantörens vanliga inkomstmarginaler eller utsedda experters uppskattning av rimlig vinst.

Den spanska högsta domstolen har i en dom från 1962 uttalat att förlorad inkomst skall bestämmas till den inkomst som, med viss sannolikhet, kunde förväntas uppkomma under normalt förväntade omständigheter eller uppstå till följd av de speciella omständigheterna i det specifika fallet. Domstolens uppskattning skall grunda sig på objektiva kriterier och inte enbart förväntningar. Spanska domstolar erkänner visserligen rätt till ideellt/moraliskt skadestånd men domstolarna har hittills inte godtagit att förkastandet av ett anbud kan leda till framtida inkomstförluster till följd leverantörens prestigeförlust.<sup>87</sup>

Domstolspraxis i många medlemsstater är relativt sparsam och i de flesta fall saknas det avgöranden från högsta instanser. En del slutsatser bygger därför på antaganden. Domstolarna synes tillämpa vissa grundprinciper för skadeståndens beräkning.

- 1) I Sverige har skadeståndet bestämts till skillnaden mellan den ersättning klaganden hade erhållit i enlighet med upphandlingskontraktet (om han fått

---

<sup>85</sup> Kommissionen frågar i Grönboken medlemsstaterna om deras uppfattning avseende preventiva avgifter. Medlemsstaterna har dock visat ett svagt intresse för sådan lösning.

<sup>86</sup> EG-domstolen har i målen C-173/82, 157/83, 186/84, REG 1986 sid. 497 uttalat att skadestånd skall täcka inkomstförlust och moraliska skadan. Domstolens första instans har nyligen i mål T-203/96 funnit att Europaparlamentet var utomobligatoriskt ansvarigt i ett upphandlingsärende i vilket avtal inte slutits. Klaganden ansågs inte ha rätt att begära ersättning för utebliven vinst eftersom detta skulle innebära att verkan gavs åt ett kontrakt som aldrig har existerat (punkt 96 i domen). Klaganden, som informerats om att rådgivande kommittén lämnat sitt samtycke till hans anbud, erhöll ersättning för kostnader och avgifter som den ådragit sig till följd av den trodde att den skulle tilldelas kontraktet och kostnader för rekrytering, läkarbesök, utbildning och kostnader för att schemalägga chaufförerna samt förberedande arbete, förhandlingar om bilpark, telefonabonnemang och parkeringsavtal (punkt 104) Vidare ansågs han med hänsyn till omständigheterna i förevarande fallet berättigad till ersättning för den ideella skadan som uppkommit (punkt 108). Sökandens materiella och ideella skada fastställdes till sammanlagt 5 000 000 BFR.

<sup>87</sup> Ingenting i spansk lag förhindrar dock att sådant skadestånd kan utdömas om man frambringar tillräcklig bevisning.

- det) och de kostnader han sparar in genom att inte behöva genomföra det.<sup>88</sup>
- 2) I Nederländerna har en domstol<sup>89</sup> i det enda kända fallet utdömt skadestånd men bestämt detta till 10 % av anbudspriset, vilket ansågs utgöra en lämplig uppskattning av leverantörens förlorade inkomst. Samma princip beskrivs i Belgien.<sup>90</sup>
  - 3) I Storbritannien och i Frankrike anses skadeståndsnivån kunna variera beroende på hur stora chanser den klagande haft att kunna erhålla kontraktet.<sup>91</sup>
  - 4) I Danmark har flera anbudsgivare som inte fått kontraktet erhållit skadestånd till följd av EG-domstolens utslag i Storebaelt-målet<sup>92</sup> i form av ersättning för anbudskostnader med sammanlagt ca. 100 milj kr.

### 6.7. Rättegångskostnader

Även de nationella bestämmelserna om rättegångskostnaderna kan påverka leverantörernas beredvillighet att söka rättelse eller skadestånd p.g.a. brott mot upphandlingsreglerna. I Belgien får en domstol inte besluta om fördelning av rättegångskostnaderna. I Nederländerna skall domstolarna inte pröva rättegångskostnader utan automatiskt besluta att den förlorande part skall betala motpartens rättegångskostnader. I flera medlemsländer finns det dessutom flera ytterligare kostnader i samband med rättegångsförfaranden, t.ex. stämpelavgifter, registreringsavgifter, avgifter till jurister, avgifter för expediering av domar och beslut, avgifter för utredningar och vittnesmål, ersättning för domarnas och övrig domstolspersonals rese- och övernattningskostnader och kostnader för processmaterialet.<sup>93</sup> Advokatkostnaderna räknas i vissa länder inte som rättegångskostnader, vilket kan innebära att även vinnande part får bära sina rättegångskostnader.

Rättegångskostnader i förvaltningsdomstolar får i de flesta länder, såsom i Sverige, bäras av parterna var för sig.

Möjligheterna att erhålla rättshjälp kan givetvis höja eller sänka antalet skadeståndsmål.

## 7. Möjlighet att driva skadeståndstalan mot en medlemsstat

---

<sup>88</sup> Sala Tr. mål nr T 252/94 dom den 8 januari 1996. Sedermera i HovR och Tr:s dom fastställd av Högsta domstolen. Liknande överväganden har gjorts i Spanska Högsta domstolen (år 1992) vilken har satt ned yrkad vinst på 40 % till 14 % av anbudssumman med hänsyn till "de allmänna omkostnaderna" leverantören skulle ha haft.

<sup>89</sup> Distriktdomstolen i Maastricht.

<sup>90</sup> Om den som lämnat det lägsta anbudet kan påvisa sambandet tilldöms han skadestånd med 10 cent per BFR av det inlämnade anbudet. Även i fall av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används ofta 10 % av netto anbudet som tumregeln men kan bli högre om klaganden kan visa att hans omkostnader och vinstmarginal brukar vara högre. I något fall har rätten utsett en expert för att beräkna leverantörens sannolika inkomstförlust.

<sup>91</sup> Detta kan innebära att den som helt kan leda sin talan i bevis kan få full ersättning medan olika osäkerhetsfaktorer i andra mål kan nedsätta ersättningen till olika bråkdelar av den fulla ersättningen.

<sup>92</sup> EG-domstolen C-243/89 och i Danmark domen den 30 maj 1996.

<sup>93</sup> Alla exempel från Belgisk Procedural Code. Flera andra medlemsländer är lika uppfinningsrika.

Datum  
1999-03-31

Vår beteckning  
53/99-28

Även om det kan anses ligga utanför NOU:s uppdrag bör det nämnas att de enskilda som lidit skada kan driva en skadeståndstalan mot staten för bristande eller felaktigt införlivande av upphandlingsdirektiven eller EG-rätten i övrigt. Skadeståndet skall då inte utges av den upphandlande enheten utan av staten. Detta framgår av EG-domstolens dom i fallen Frankovich<sup>94</sup> samt av domen i fallen Brasserie du Pecheur och Factortame.<sup>95</sup> I de senare uttalas att de nationella domstolarna kan utdöma skadestånd som ersättning för de rättsförluster de enskilda lidit till följd av bristande överensstämmelse mellan EG-rätten och den nationella lagen. Vidare anges där att det inte är möjligt att utesluta ersättning för utebliven vinst i de fall en medlemsstat anses skadeståndsskyldig i förhållande till en enskild.<sup>96</sup> I domen anges tre förutsättningar<sup>97</sup>

- 1) regeln skulle ge den enskilde vissa rättigheter
- 2) brottet mot EG-rätten skall vara tillräckligt allvarligt
- 3) det skall finnas ett direkt orsakssamband mellan statens ålägganden och den uppkomna skadan.

EG-domstolen har tillämpat de ovannämnda principerna i bl.a. BT-fallet<sup>98</sup> avseende införlivning av reglerna i direktivet om upphandling inom försörjningssektorerna. Domstolen har funnit att Storbritannien har brutit i sin införlivning av direktivets regler men att felet inte var tillräckligt allvarligt för att kunna grunda skadeståndsskyldighet.

NOU känner inte till att någon har stämt staten till följd av att de gått miste om en prövning i förvaltningsdomstolarna i de fall rätten i enlighet med dåvarande lydelsen av LOU avvisat ansökan om överprövning med hänsyn till att beslut om upphandling var fattat även om avtalet inte hade slutits. Sådan skadeståndstalan är dock enligt NOU:s bedömning fullt möjlig. Samma kan gälla de nyligen avkunnade domarna i Svea och Göta hovrätt i vilka det anges att skadestånd inte kan utgå till följd av att en upphandlande enhet avbrutit en upphandling för att tilldela uppdraget egenregin.<sup>99</sup>

## **8. EG-kommissionens möjlighet att påtala felaktigheter i enskilda upphandlingar**

<sup>94</sup> Fallen C-6/90 och 9/90 (1991) REG I-5357.

<sup>95</sup> Fallen C-46/93 och C-48/93 REG (1996) I-1029, punkterna 34 – 37. Arrowsmith anger om domen i PPLR 1996 nr 4: "Of particular interest is the indication that damages must compensate for all losses, which would include loss of profit in procurement cases.

<sup>96</sup> Wahl, JT 1997-98 nr 2 s. 624 anger "Som anförts redan inledningsvis vore det emellertid enligt min uppfattning olyckligt och sannolikt direkt felaktigt om 6 § kom att begränsas endast till ersättning för kostnader". Hentze och Sylvén delar i "Offentlig upphandling" Wahls uttalande men pekar även på Hellners åsikt att det inte förefaller rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid ett giltigen ingånget avtal (s. 468). Jämför också Högsta domstolens som T 1441-96, not 60.

<sup>97</sup> Kommissionens Study, Nielsen, sid. 190 f. och Hänvisning till artikel i SvJT:

<sup>98</sup> C-392/93, The Queens Treasury ex parte British Telecommunications plc, REG (1996) I-1631. Domen gällde de gamla direktiven 90/531/EEG.

<sup>99</sup> Domarna synes strida mot EG-rätten, direktiven och uttalanden i propositionerna, främst prop 1994/95:153, sid. 16. Det kan hävdas att lagstiftaren inte varit tillräckligt klar i sin formulering då reglerna tolkats på olika sätt av de allmänna domstolarna å ena sidan och av förvaltningsdomstolarna och Marknadsdomstolen å andra sidan.



Kommissionen skall givetvis kontrollera att direktivens upphandlingsregler är rätt införlivade i alla medlemsstater. Därmed kontrolleras både att införlivningen överensstämmer med direktivens ändamål och att den nationella tillämpning är rätt. Kommissionen har vidare rätt att begära förklaring i enskilda fall av både staten och den upphandlande enheten. Kommissionen kontrollerar slutligen att rättsmedel på det nationella planet är tillgängliga och effektiva.<sup>100</sup> Behovet av god information på det nationella planet om leverantörernas rättigheter och god kännedom om möjligheter till rättelse betonas i flera kommissionskrifter, såsom grönboken om offentlig upphandling. Det är dock inte säkert att skadeståndsmöjligheter därmed skall anses utgöra ett sekundärt alternativ till de snabba rättelseåtgärderna.

## 9. Antalet domstolsprövningar i medlemsstaterna

Kommissionens anger att antalet domstolsprövningar starkt varierar mellan medlemsstaterna. Det stora antalet prövningar sker i förvaltningsdomstolar eller motsvarande medan det endast fanns ett fåtal skadeståndsdomar. Alla rättsmedel tycks dessutom i första hand utnyttjas av de inhemska leverantörerna.

NOU vill dock påminna om att rättsmedelsdirektiven har i vissa medlemsstater införlivats i den nationella lagstiftningen först under de senaste åren och att domstolsförfaranden i skadeståndsmål i flera länder tar längre tid än i Sverige. Även i Sverige har vi fått de första hovrättsdomarna först under 1997 och den första domen från Högsta domstolen (avseende en upphandling år 1994) i december 1998.

Kommissionen anger att möjliga förklaringar till att det finns så få skadeståndsfall kan vara

- 1) att skadeståndsmålen tar längre tid, är mera komplicerade och dyrare än förvaltningsprocessen,
- 2) att skadeståndstalan kan leda till förlikning (parterna kan mötas på halva vägen och kan undvika en lång, osäker och kostsam process),
- 3) att kostnaderna och osäkerhet om utgången (inklusive rättegångskostnaderna) kan verka avskräckande för mindre leverantörer och
- 4) att det i praktiken kan vara svårt att styrka att leverantören skulle ha fått kontraktet, vilket vissa nationella regler kräver.

Beträffande prövning i förvaltningsdomstolar kan nämnas att Sverige har det högsta antalet mål, vilket inte är förvånande med tanke på att LOU omfattar även alla upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster. Även Österrike, Danmark, Finland, Tyskland och Nederländerna hade emellertid många domstolsavgöranden. I Storbritannien, Italien, Luxemburg, Grekland, Spanien och Portugal fanns det bara ett fåtal avgöranden och inga alls i Irland. En del av förklaringen även i dessa fall kan vara domstolarnas långa handläggningstider i bl.a. Portugal och Italien (upp till 10 år).<sup>101</sup> I andra länder såsom Storbritannien

<sup>100</sup> Gullspångsärendet och även Örestads vindkraftspark kunde ha varit ett sådant ärende.

<sup>101</sup> I Italien är förvaltningsdomstolens bifall en förutsättning för att kunna väcka skadeståndstalan.

och Irland kan man möjligen förklara det ringa antalet av avgöranden genom att länderna saknade tradition att överklaga upphandlingar. Målen prövas direkt av High Court varmed förfarandet blir juridiskt mycket formellt och dyrt. Vad beträffar Grekland, Spanien och Portugal kan förklaringen vara att dessa länder inte i tid införlivat de två rättsmedelsdirektiven. Kommissionen anser att bifallsfrekvensen till klagandenas ansökningar är låg.

## Källor:

### Litteratur

- Study on the remedies applied in the Members States in the field of Public Procurements” (CC/97/12-EN).  
Grönboken; Offentlig upphandling inom europeiska unionen, överväganden inför framtiden.  
Propositioner, f.f.a. 92/93:88  
Sue Arrowsmith, The law of public and utilities procurement  
Sue Arrowsmith, Remedies for enforcing the public procurement rules  
Sue Arrowsmith, Stop Press i PPLR 1996, 4.  
Trepte, Public procurement in the EC  
Nils Wahl i JT 1997-98 nr 2 s. 619, Offentlig upphandling - reparation, prevention eller ingendera?  
Curt Riberdahl och Ulf Palm, Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT 1996, sid. 644.  
Eskil Nord i Karnov, kommentarer till LOU.  
Hellner: Speciell avtalsrätt I Köprätt, sid. 116 och 119  
Margareta Hentze och Hans Sylvén: Kommentarer till LOU  
Fernández Martín, The EC public procurement rules, A critical Analysis  
Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, sid. 9  
Hellners m.fl., Nya förvaltningslagen, 3:e uppl., sid. 154 f.  
Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter (1998)  
Douglas Roos och Pernilla Bjurman, The Law of Public Procurement in Sweden, PPLR.  
Adrian Brown, Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement, PPLR 1998  
Rhodri Williams, The Commission’s role in the Enforcement of the E.C. Public Procurement Rules, (bidrag till konferens i Walles, 1997)  
NOU:s rapport Effekter av lagen om offentlig upphandling, 1998  
KonkurrenceStyrelsen, EU’s udbudsdirektiver  
Peter Pagh, Offentlige kontrakter og EF-retten

### Rättsfall

#### Svenska allmänna domstolar (domar av intresse)

- 1) Sala tingsrätt (T 252/94), Svea HovR (T 241/96) och HD (1441-97 HD fastställer Tr:s dom vad gäller 246 000 kr i skadestånd samt

---

Förvaltningsdomstolarnas långa handläggningstider på upp till 10 år är en av förklaringarna till att man inte kan förvänta sig något större antal skadeståndsdomar från de italienska domstolarna.

- rättegångskostnaderna)
- 2) Lindsbergs Tr. (T 342/94) upphävd i Göta HovR (T 189/96 - kommunen befrias från skadestånd med motiveringen att det inte medför skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta den egna verksamheten bedrivas i egen regi.)
  - 3) Solna tingsrätt, (T 1129/95 - positivt och negativt kontraktsintresse)
  - 4) Gävle tingsrätt, (T 195/96 - positivt och negativt kontraktsintresse och rättegångskostnader)
  - 5) Varbergs tingsrätt (T 881/95 - positiva kontraktsintresse, skadeståndet jämkat och vardera parten bär egen rättegångskostnad)
  - 6) Stockholms tingsrätt (T 4-446/96 skadeberäkning 10 miljoner kr)
  - 7) Stockholms tingsrätt (T 7-622/97) och Svea HovR (T 20-98 mellandom - avbruten upphandling vid egenregianbud är inte skadeståndsgrundande)
  - 8) Falu tingsrätt (T 1158/96 ej bifall vid avbruten upphandling följd av direktupphandling; angående bevisbörda)
  - 9) Malmö tingsrätt (T 928/95 ej visad skada trots förhållandevis allvarliga överträdelse av LOU) ändrad av HovR
  - 10) Uppsala tingsrätt (T 889/96, överklagad mellandom angående preskriptionstid och myndighetsutövning).

### Förkortningar

LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)
SvJ	svensk Juristtidning
HovR	Hovrätten
UF	Upphandlingsförordningen
UR	Upphandlingsreglemente
REG	EG-domstolens rättsfallssamling

---

**Beslut om att anta delrapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende NOU:s tillsynsprojekt över upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag enligt bilaga**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har under hösten -98 och våren -99 granskat upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag. Granskningen har utmynnat i denna delrapport.

Beslut om delrapporten har fattats den 24 mars 1999 av kanslichefen Margareta Hentze. Beslutet fattades i närvaro av chefjuristen Hans Sylvén, jur. kand. Åsa Edman (föredragande och projektledare). Vid framtagandet av rapporten har också jur. kand. Johan Svedberg och jur. kand. Andrea Sundstrand deltagit.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

## Översiktlig sammanställning av NOU:s tillsynsprojekt över upphandlingen i kommun- och landstingsägda bolag

### Sammanfattning

NOU:s tillsynsprojekt omfattar 1275 bolag som till minst 50 % ägs av kommun eller landsting. Under 1997 uppgick dessa bolags upphandlingar till åtminstone 45 miljarder kronor. Tillsynsprojektet, som påbörjades i slutet av 1998, har utförts i form av en postenkät. Syftet har varit att övergripande kontrollera efterlevnaden av lagen om offentlig upphandling (LOU). Svarefrekvensen har varit anmärkningsvärt låg. Trots att uppgiftsskyldighet föreligger hade vid svarstidens utgång endast drygt hälften av bolagen svarat. Ännu idag saknas svar från ca 160 bolag.

Hela 20 % av de bolag som svarat på enkäten anser sig inte vara s.k. upphandlande enheter. Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär och att de därmed inte behöver följa LOU. Detta är i sig en feltolkning av LOU. Enligt NOU:s mening är i stort sett alla kommun- och landstingsägda bolag upphandlande enheter. NOU anser att det endast är de s.k. elhandelsbolagen som inte omfattas av LOU, eftersom dessa inte omfattas av vare sig självkostnads- eller lokaliseringsprinciperna i kommunallagen.

Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 136 av bolagen, som anser sig vara upphandlande enheter, inte överhuvudtaget genomfört (avslutat) någon upphandling med anbudsförfarande under 1997. Detta trots att alla anskaffningar över något eller några basbelopp, enligt NOU:s mening, bör ske genom anbudsförfarande. Några bolag har beslutat att upphandling i konkurrens endast behöver ske för anskaffningar över 500 000 kronor och ett bolag tillåter direktupphandlingar upp till en miljon kronor! I båda fallen rör det sig om helt oacceptabelt höga beloppsgränser.

Endast 15 % av de tillfrågade bolagen har angivit att de har en central inköpsfunktion. Enligt NOU:s uppfattning medför en sådan organisation normalt effektivitetsfördelar och bättre gelefterlevnad än en helt decentraliserad organisation.

Knappt 30 av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar sina upphandlingar över tröskelvärdena i enlighet med LOU. Ytterligare drygt tio bolag säger att de "ofta" annonserar i enlighet med LOU. När ett bolag, som omfattas av LOU, låter bli att annonsera bryter det inte bara mot svensk lag utan också mot gemenskapsrätten. Endast i undantagsfall får annonsering underlåtas och då krävs stöd i LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Om Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

NOU är en statlig myndighet som består av ett kansli och en nämnd. NOU:s uppgift är bland annat att utöva tillsyn över efterlevnaden av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)<sup>1</sup> (omtryckt genom SFS 1997:1068 och senast ändrad genom SFS 1998:1432). NOU skall också verka för en effektiv offentlig upphandling.

Det är kansliet (11 tjänstemän) som sköter den löpande verksamheten och svarar för kontakten med upphandlande enheter, andra organisationer och enskilda.

NOU och delar av LOU är för närvarande föremål för en statlig enmansutredning som inom kort kommer att utökas till att bli parlamentariskt sammansatt.

## Projektgenomförande och avgränsning

NOU har valt att granska kommun- och landstingsägda bolag som till minst 50 % ägs av en eller flera kommuner eller landsting.<sup>2</sup> NOU har i en tidigare undersökning, redovisad i rapporten "Effekter av lagen om offentlig upphandling" (1998), konstaterat att regelefterlevnaden bland kommun- och landstingsägda bolag var särskilt låg. Av de 103 bolag som tillfrågades till denna, tidigare, rapport svarade endast 25 % att de följde alla regler i LOU (11 % av bolagen lämnade överhuvudtaget inget svar).

Tillsynsprojektet omfattar *1275 bolag*.<sup>3</sup> Projektet, som påbörjades i slutet av 1998, har genomförts i form av en enkät (bilaga 1). Av bifogat brev framgick tydligt att enkäten var ett led i NOU:s tillsynsverksamhet och att LOU stadgar en uppgiftsskyldighet för upphandlande enheter. Trots detta hade vid svarstidens utgång endast drygt hälften av bolagen inkommit med svar. NOU gick då ut med både skriftliga och muntliga påminnelser till de bolag som inte svarat i tid. Idag har ca 160 bolag (13 %) ännu inte besvarat enkäten (se bilaga 2)<sup>4</sup>.

Av de bolag som besvarat NOU:s enkät har anmärkningsvärt många svarat att de inte är upphandlande enheter och därför också underlåtit att svara på flertalet av enkätens frågor.

---

<sup>1</sup> Se avsnitt om LOU på sid. 14.

<sup>2</sup> Även bolag som till mindre än 50 % ägs av kommun eller landsting kan i vissa fall vara upphandlande enheter. De omfattas dock inte av detta tillsynsprojekt.

<sup>3</sup> Enkäten har skickats ut till de kommun- och landstingsägda bolag som finns med i Statistiska centralbyråns register per 1997-12-31.

<sup>4</sup> Det är möjligt att ett antal av dessa bolag har godtagbara ursäkter för sin underlåtenhet att svara t.ex. att bolaget likviderats eller sålts till privata ägare under det gångna året.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## **Fortsatt tillsyn över de kommun- och landstingsägda bolagen**

De inkomna svaren har systematiserats och granskats översiktligt såsom redovisas nedan i rapporten. De inkomna svaren föranleder NOU, så långt resurserna medger, att vidta ytterligare kontroll- och granskningsåtgärder.

Uppenbara regelavvikelser utreds för närvarande och kommer att påtalas. Det gäller framförallt bolag som enligt NOU:s bedömning synes vara upphandlande enheter men angivit motsatsen, bolag som har oacceptabelt höga beloppsgränser för direktupphandling och bolag som inte följer annonseringsreglerna. Bolag som underlåtit att svara på NOU:s frågor kommer likaså att kontaktas.

Vidare avser NOU att närmare granska svaren från vissa bolag med tonvikt på regelefterlevnaden vad beträffar tillämpningen av rätt upphandlingsförfarande. Detta innebär att NOU kontrollerar om det utvalda bolaget har tillämpat reglerna över tröskelvärdena då inköpsvärdet är sådant att dessa regler bort tillämpas och att 6 kap. LOU tillämpats när detta bort ske.

Såväl bolaget som den kommun eller landsting som äger bolaget kommer att informeras om eventuella brister som framkommer i NOU:s tillsyn.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Översiktlig redovisning av svaren på NOU:s enkät till kommun- och landstingsägda bolag

Nedan presenteras en sammanställning över de hittills inkomna svaren på några av de frågor som NOU ställt till bolagen.

- Det sammanlagda inköpsbeloppet under 1997, för de ca 770 bolag (60 %) som besvarat frågan, var ca 44,3 miljarder kr.
- Under 1997 avslutades totalt 369 upphandlingar över tröskelvärdena<sup>5</sup> fördelat på ca 120 bolag.
- Under 1997 var det totala antalet förenklade upphandlingar<sup>6</sup> uppskattningsvis 24 350 st. fördelat på ca 550 bolag.

### NOU:s kommentar

Under 1997 köpte de kommun- och landstingsägda bolagen varor och tjänster för omfattande belopp. Av de inkomna enkätsvaren framgår att så många som 136 av bolagen, som anser sig vara upphandlande enheter, inte överhuvudtaget genomförde (avslutade) någon upphandling med anbudsförfarande under 1997. Det är ytterst anmärkningsvärt att dessa bolag, av vilka inget är vilande, redovisar att de inte gjort en enda upphandling med anbudsförfarande. En förklaring, som dock endast gäller 18 av dessa bolag, kan vara att de avropar en stor del (80 % eller mer) av sitt behov på annan juridisk persons ramavtal (sannolikt moderbolag/kommunen/landstinget). Övriga bolag borde dock rimligen ha gjort anskaffningar av varor eller tjänster som förutsätter anbudsförfarande i enlighet med LOU.

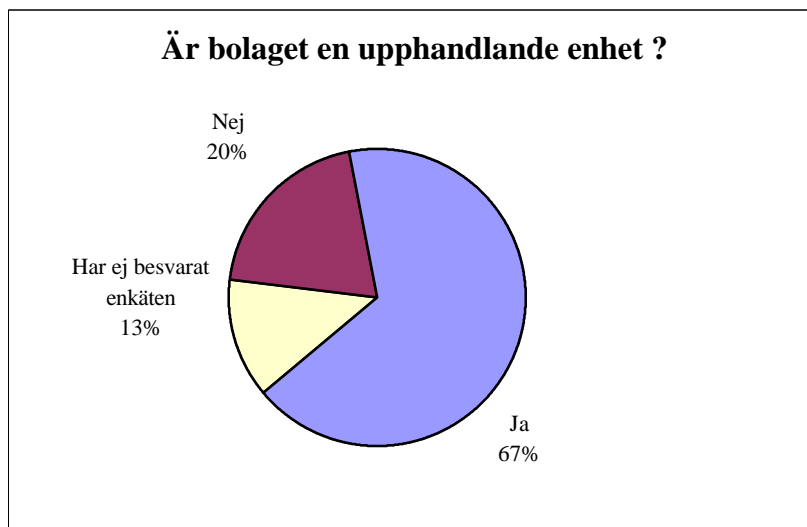
68 % av de bolag, som anser sig vara upphandlande enheter, hävdar att de aldrig gjort någon upphandling *över* tröskelvärdena. Det krävs en fördjupad granskning av det enskilda bolaget för att kunna konstatera att LOU:s regler därvid tillämpats på ett korrekt sätt.

<sup>5</sup> Siffran avser direktivstyrda upphandlingarna över tröskelvärdena d.v.s. ej B-tjänster (se bilaga 3).

<sup>6</sup> Upphandling i anbudskonkurrens men utan obligatorisk annonsering. Upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde och specialupphandlingar enligt 1 kap. 3 § LOU.



1999-03-25  
Dnr 248/98-29



## NOU:s kommentar

### *Verksamhet av kommersiell karaktär*

Av de 1275 bolagen som ingår i tillsynsprojektet har ca 20 % svarat att de inte är upphandlande enheter (se bilaga 4). Det övervägande flertalet av dessa bolag hävdar att de bedriver verksamhet av kommersiell karaktär. Detta är i sig en feltolkning av lagen eftersom den kommersiella karaktären syftar på behovet i det allmännas intresse som bolaget skall täcka och inte på den verksamhet bolaget bedriver. Detta tydliggjordes genom lagändringen 1997 (SFS 1997:1068). Som redogörs för nedan tillåter inte kommunallagen att kommuner eller landsting driver näringsverksamhet i vinstsyfte. Därmed utesluts med största sannolikhet möjligheten för de flesta bolag att hävda att de fyller ett behov i det allmännas intresse som är av kommersiell karaktär. Enligt NOU:s uppfattning är det endast de kommun- och landstingsägda bolag, vilka uteslutande bedriver elhandel (ca ett tjugotal), som inte omfattas av LOU:s definitioner av upphandlande enhet.

### *Upphandlingen sköts av annan upphandlande enhet*

Ett fåtal av bolagen har hävdat att kommunen eller landstinget som äger bolaget sköter all dess upphandling. Detta system bör vara relativt betryggande med hänsyn till att ägaren själv omfattas av LOU. Bolagen är dock, i sin egenskap av upphandlande enhet, alltid själva ansvariga för att deras anskaffningar sker i enlighet med LOU. Ansvaret för att upphandlingar sköts korrekt kan således inte överlåtas på annan.

### *Upphandlande enhet inom både den s.k. klassiska sektorn och de s.k. försörjningssektorerna*

Av bolagen anser drygt 850 (67 %) att de är upphandlande enheter. Av dessa hävdar drygt en femtedel att de är upphandlande enheter inom båda sektorerna. Några av dessa bolag kommer i NOU:s fördjupade tillsyn att närmare få förklara varför de anser sig vara detta samt redovisa hur de tillämpar LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### ***Definition av begreppet upphandlande enhet inom den klassiska sektorn***

I 1 kap. 2, 5 och 6 §§ LOU definieras begreppet upphandlande enhet. Av 1 kap. 6 § LOU framgår:

"Termen "upphandlande enhet" 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

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet."

Vid upphandling inom den klassiska sektorn skall 1, 2, 3, 5 och 6 kap. LOU tillämpas.

Ett kommun- och landstingsägt bolag är att anse som upphandlande enhet inom den klassiska sektorn om det:

1. har inrättats för att täcka *behov i det allmännas intresse* där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
2. är en juridisk person, samt
3. uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

### ***Behov i det allmännas intresse***

Behov i det allmännas intresse är de behov som kommunen eller landstinget (staten i vid bemärkelse), av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själva tillgodose eller som de avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på. Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas. Kommuner och landsting får enligt 2 kap. 8 § kommunallagen:

"...driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget."

All verksamhet som kommuner och landsting bedriver i bolagsform tillgodoser därigenom ett behov i det allmännas intresse. Detta innebär att samtliga kommun- och landstingsägda bolag är upphandlande enheter om inte något undantag är tillämpligt, t.ex. vad beträffar elhandelsbolag. Såsom upphandlande enhet är bolaget ansvarigt för att det vid sina inköp följer LOU.

### ***Industriell eller kommersiell karaktär***

Det finns enligt EG-domstolen allmännyttiga behov av kommersiell karaktär och allmännyttiga behov av icke-kommersiell karaktär. Det torde inte spela någon roll i vilken form den upphandlande enheten bedriver sin verksamhet. Redan en liten andel allmännyttiga behov, som i sig inte är av kommersiell eller industriell karaktär, medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget, inklusive de

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt, underkastas regelverket.<sup>7</sup>

I regeringens skrivelse "1998 års redogörelse för företag med statligt ägande" (Skr. 1998/99:20) ges en definition av "kommersiella bolag". Tillämpningen av regeringens definition innebär att endast sådana bolag kan anses ha industriell och kommersiell karaktär som<sup>8</sup>:

- a) har vinstkrav,
- b) inte helt eller delvis omfattas av lagstadgat monopol eller ensamrätt,
- c) inte är anslagsfinansierade och
- d) inte har särskilda uppgifter.

NOU har ansett att denna definition också kan ingå som ett led i tolkningen av begreppet "industriell eller kommersiell karaktär" i 1 kap. 6 § LOU.

Eftersom kommuners och landstings näringsverksamhet inte får bedrivas i vinstsyfte (självkostnadsprincipen) kan deras bolag inte anses täcka ett behov av "kommersiell eller industriell karaktär". Detta torde gälla med undantag för de s.k. elhandelsbolagen. Genom ellagstiftningen undantas kommunala bolag som bedriver handel med el från självkostnads- och lokaliseringsprinciperna. Eftersom dessa bolag tillåts drivas med vinstsyfte och förmodligen även i övrigt uppfyller förutsättningarna ovan (b-d) kan de troligtvis definieras som kommersiella enligt LOU. Ett bolag som endast köper och säljer el och inte har egen produktion befinner sig heller inte inom försörjningssektorerna.

Övriga två villkor – juridisk person respektive kommuns/landstings inblandning (se punkt 2 och 3 i rutan på sid. 6) – preciserar ytterligare vad som menas med "organ som lyder under offentlig rätt" (eller upphandlande enhet). Begreppet staten skall enligt EG-domstolen tolkas i vid bemärkelse och i funktionella termer oberoende av lagstiftningen i det enskilda medlemslandet.

Det bör, enligt NOU:s tolkning av EG-domstolens dom i Beentjes-målet, rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av EG:s direktivregler för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att bevara den fria konkurrensen och åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster måste därvid tillmätas stor betydelse.<sup>9</sup>

### ***Definition av upphandlande enhet inom försörjningssektorerna***

Några av de bolag som ingår i NOU:s granskning omfattas av 4 kap. LOU. Dessa bolag tillhör försörjningssektorerna och skall tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,

<sup>7</sup> C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH, och C-360/96 Gemeinde Arnhem och Gemeinde Rheden mot BFI Holding BV.

<sup>8</sup> Därutöver kan vissa bolag som enligt denna definition betecknas som kommersiella ändå vara upphandlande enheter om de bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna.

<sup>9</sup> C- 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster. <sup>10</sup>

Vid upphandling *under* tröskelvärdena skall 6 kap. LOU tillämpas.

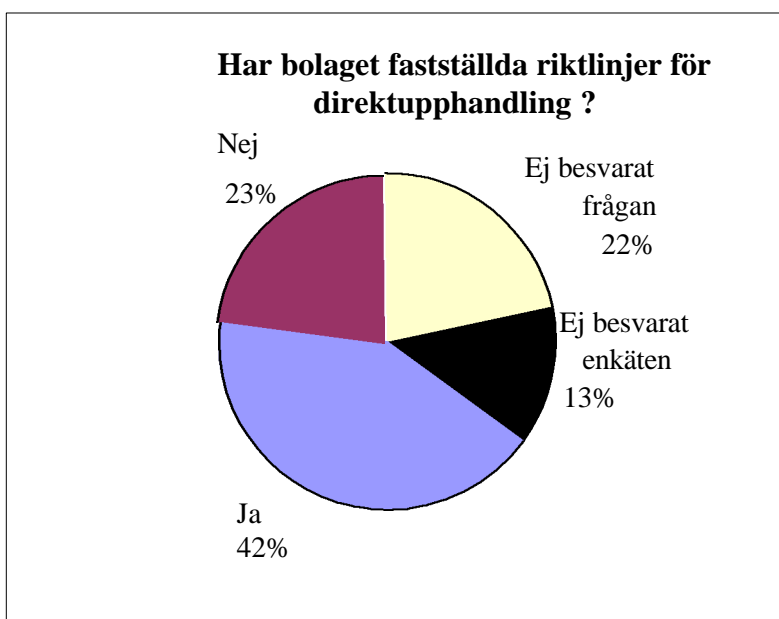
***Upphandlande enhet inom både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna***

Kommun- och landstingsägda bolag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna (4 kap. 1 § LOU) kan samtidigt bedriva annan verksamhet. I sådant fall skall upphandling ske i enlighet med något av 2, 3, 5 kap. LOU. Vid upphandling av B-tjänster och under tröskelvärdena tillämpas alltid 6 kap. LOU, oavsett vilken sektor bolaget tillhör.

---

<sup>10</sup> 4 kap. 1 § LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29



### NOU:s kommentar

Endast 42 % av de tillfrågade bolagen har svarat att de har fastställt riktlinjer för direktupphandling trots att i stort sett alla torde ha behov av sådana. Av dessa 42 % har övervägande delen (87 %) fastställt beloppsgränser. Beloppsgränserna för direktupphandling varierar kraftigt från 300 kr till 1 000 000 kr ! Det är helt oacceptabelt att generellt tillämpa så höga gränser som vissa bolag angivit. Måhända är dessa bolag inte medvetna om att även deras upphandling *under* tröskelvärdena styrs av LOU (6 kap.). Flertalet av de ca 470 bolag som har beloppsgränser för direktupphandling har dock antagit de värden NOU rekommenderar.

Så många som 22 % av bolagen, som besvarat enkäten, har inte besvarat frågan om riktlinjer. I stort sett alla dessa anser sig inte vara upphandlande enheter. Skulle så vara fallet omfattas de inte av uppgiftsskyldigheten i LOU. NOU har anledning att återkomma till dessa bolag i sin fortsatta tillsyn.

Enligt 6 kap. 2 § första stycket LOU får direktupphandling tillämpas endast om "upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl".

Direktupphandling är och har varit avsett för mindre upphandlingar "över disk", dvs. när ett normalt anbuds förfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek. Det bör samtidigt observeras att för små leverantörer är det av stor vikt att få konkurrera om leveranser som av den upphandlande enheten betraktas som små.

Den statliga utredning som för närvarande pågår har bl.a. att utreda behovet av att lagstifta om fasta beloppsgränser för direktupphandling.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### ***Upprepade direktupphandlingar av lågt värde***

Den regel som tillåter direktupphandling om upphandlingens värde är lågt avser endast enstaka upphandlingar under ett år. Om den upphandlande enheten vet att det kan bli upprepade direktupphandlingar bör enheten upphandla med anbudsförfarande i enlighet med LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper t.ex. en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör ramavtal tecknas.<sup>11</sup>

### ***Riktlinjer för direktupphandling***

I 6 kap. 2 § andra stycket LOU stadgas: "Den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling". För upphandlande enheter som aldrig eller mycket sällan genomför direktupphandling föreligger rimligen inget sådant behov. För bolag som däremot med jämna mellanrum företar direktupphandlingar föreligger ett behov av att fastställa riktlinjer.

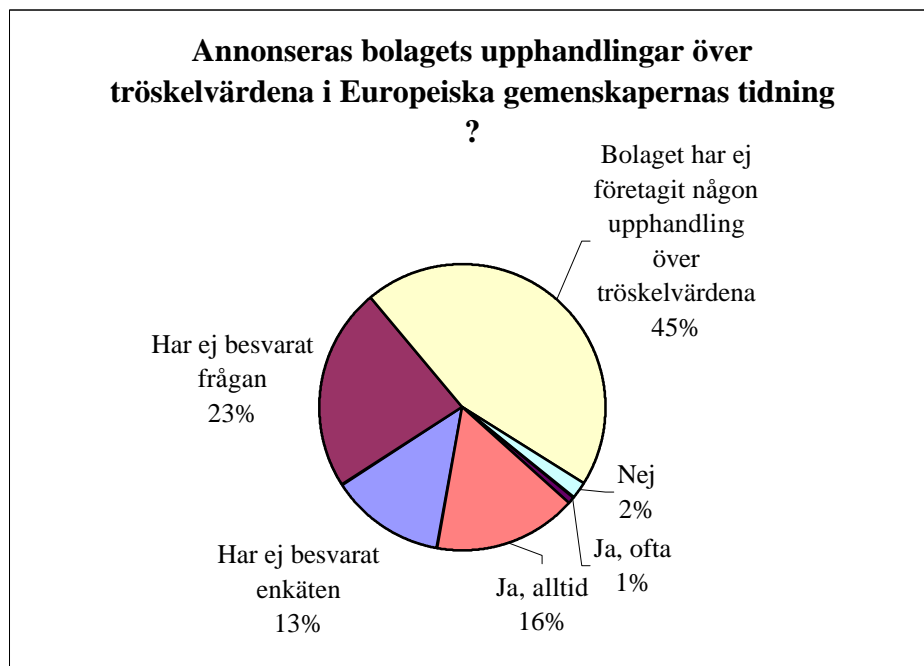
### ***Beloppsgränser för direktupphandling***

Det högsta belopp som den upphandlande enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras framförallt med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör. NOU har rekommenderat att de upphandlande enheterna fastställer beloppsgränserna till ett basbelopp för varor och enklare tjänster och två basbelopp för enstaka intellektuella konsulttjänster. Begreppet "intellektuella tjänster" får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

---

<sup>11</sup> Jämför också med reglerna om beräkningar av tröskelvärde i 2 kap. 3 § LOU.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29



### NOU:s kommentar

Knappt 30 av de tillfrågade bolagen har angivit att de inte annonserar bolagets upphandlingar över tröskelvärdena och ytterligare drygt tio bolag säger att de "ofta" annonserar. Detta kommer naturligtvis att föranleda ytterligare tillsyns- och informationsåtgärder från NOU:s sida. Annonseringsbestämmelserna är en av upphandlingsdirektivens och LOU:s viktigaste regler med anledning av den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om transparens/öppenhet som skall främja varor och tjänsters fria rörlighet. Vid upphandling över tröskelvärdena skall upphandlingen som regel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) så att intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden ges samma möjlighet att delta i anbudsförandet. Underlåter bolaget att utnyttja den konkurrens som den gemensamma marknaden erbjuder kan ofta följden bli dyrare inköp.

Att så många som 23 % av bolagen underlåtit att besvara frågan beror till största delen på att majoriteten av dessa inte anser sig vara upphandlande enheter. Detta redovisades ovan på sid. 5. De bolag som svarat att de är upphandlande enheter men inte besvarat denna fråga kommer NOU att ha anledning att återkomma till i sin fortsatta tillsyn.

Vidare kommer NOU att granska vissa bolag, såväl bland dem som svarat att de inte upphandlat över tröskelvärdena som bland dem som svarat att de följer annonseringsreglerna i LOU, för att kontrollera efterlevnaden.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### *Annonseringsreglerna*

Upphandlingar av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena skall som huvudregel annonseras i Europeiska gemenskapernas tidning (EGT). Från huvudregeln finns vissa undantag som skall tillämpas restriktivt. Undantagen för den klassiska sektorn anges i LOU:s respektive kapitel för de olika typerna av upphandling.<sup>12</sup> Undantagen från annonsering i försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

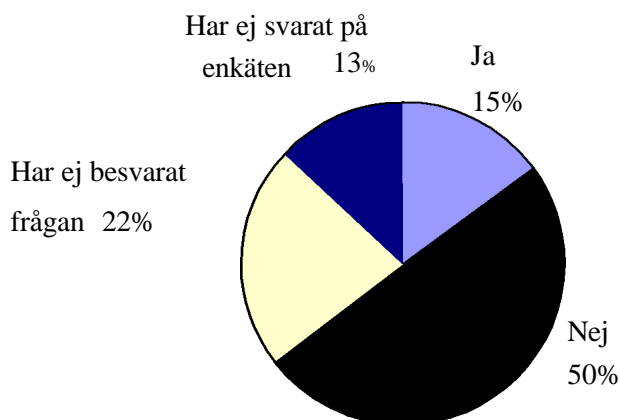
---

<sup>12</sup>Undantag: för varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15,17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17,19 §§ LOU.



1999-03-25  
Dnr 248/98-29

### Har bolaget någon central inköpsfunktion ?



#### NOU:s kommentar

Endast 15 % av de tillfrågade bolagen har angivit att de har en central inköpsfunktion. Härvid bör dock noteras vissa naturliga förklaringar till det låga antalet, bl.a. saknar en knapp tredjedel av bolagen anställda. Därutöver avropade drygt 8 % av bolagen mer än hälften av sin inköpssumma under 1997 på annan upphandlande enhets ramavtal, vilket kan minska behovet av att uppmärksamma organisationsfrågan.

Av de bolag som inte svarat på frågan (22 %), anser de flesta att de inte är upphandlande enheter.

NOU har i sin utvärdering av LOU:s effekter (jan -98) kunnat konstatera att en centralt organiserad upphandling normalt medför effektivitetsfördelar och är en bättre garant för regelefterlevnad framför en mer decentraliserad upphandlingsverksamhet.

#### *Effektiv upphandlingsorganisation*

LOU ställer inga krav på hur upphandlande enheter skall organisera sin upphandlingsverksamhet. Däremot har NOU, som skall verka för en effektiv offentlig upphandling, synpunkter på detta. Ju mer omfattande, varierade och komplicerade upphandlingar en upphandlande enhet företar desto större krav ställs på kompetens, organisation, rutiner och informationssystem. Med anledning av detta och mot bakgrund av dagens mer komplicerade regelsystem kan det många gånger vara en fördel att samla specialkompetens och resurser centralt. Bolagen är den grupp som enligt NOU:s rapport "Effekter av lagen om offentlig upphandling" hade den mest decentraliserade upphandlingen. Rapporten, som omfattar flertalet olika enhetstyper, dvs. inte bara kommun- och landstingsägda bolag, visar att de enheter som angivit att besparingar gjorts tack vare LOU har mer centraliserad upphandling och inarbetade upphandlingsrutiner än övriga. Djupintervjuer med två bolag, som hade likartad verksamhet men olika organisation, bekräftar detta.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

Det som hade en centralt organiserad upphandling genom en central inköpsfunktion visade tydliga positiva effekter och var mycket positivt till lagen. Tillkomsten av lagen innebar att upphandlingen stramades upp. Den centrala styrningen ökade och acceptansen i organisationen för det nya regelverket var hög. Den positiva synen på upphandlingsfrågorna och lagens möjligheter hade också underbyggts från ledningshåll.

Det som hade en decentraliserad upphandling hade inte uppnått några positiva effekter och var mer negativt till lagen. Attityden var snarare att LOU är ett byråkratiskt hinder. Ansvarsfördelningen var dessutom oklar och upphandlingsfrågorna hade uppenbarligen inte rönt samma intresse som i det andra bolaget.

Enligt en annan undersökning<sup>13</sup>, som handlade om tillämpningen av LOU i Göteborgsregionens kommuner, var det också av betydelse för LOU:s tillämpning hur en organisation klarar av att förmedla information i olika riktningar och vilka kunskaper de som skall tillämpa lagen har. Enligt denna undersökning förekom brister på dessa områden främst bland de kommuner som hade en decentraliserad inköpsorganisation.

---

<sup>13</sup> Anders Lindgren, Göteborgs universitet.

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

## Om LOU

### Allmänt

Alla inköp/upphandlingar<sup>14</sup> som en upphandlande enhet företar omfattas av LOU och skall föregås av upphandling. Denna huvudregel gäller såvida undantag inte särskilt angivits i lagen. LOU är i vissa delar ett förhållandevis komplicerat regelverk som dels innehåller direktivstyrda regler, dels nationella – icke direktivstyrda – regler. Lagens första kapitel (1-6 §§) omfattar båda dessa regeltyper medan de övriga kapitlens tillämpning beror på vad som upphandlas och till vilket värde.

#### Tröskelvärden för kommun- och landstingsägda bolag

- Byggentreprenader  
43.214.000 kr
- Varor & tjänster inom  
klassiska sektorn 1.728.000 kr
- Varor och tjänster inom  
försörjningssektorerna exkl.  
telesektorn  
3.457.000 kr

### Upphandling över de s.k. tröskelvärdena

LOU:s kapitel två till fem reglerar enbart upphandling *över de s.k. tröskelvärdena*:

- Kap. 2 reglerar upphandling av varor inom den s.k. klassiska sektorn
- Kap. 3 reglerar upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader inom den s.k. klassiska sektorn
- Kap. 4 reglerar upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna
- Kap. 5 reglerar upphandling av s.k. A-tjänster<sup>15</sup> inom den s.k. klassiska sektorn

Kapitlen införlivar de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna vilket medför att inte endast NOU utan även EG-kommissionen vakar över deras efterlevnad.

De bolag som skall upphandla inom den s.k. klassiska sektorn definieras närmare under avsnittet om upphandlande enheter på sid. 5. Bestämmelserna som definierar begreppet upphandlande enhet inom den klassiska sektorn har sedan LOU:s ikraftträdande genomgått betydelsefulla förtydliganden, senast genom SFS 1997:1068. Exempel på bolag inom den klassiska sektorn är allmännyttiga bostadsbolag.

Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna är t.ex. kommun- och landstingsägda bolag som bedriver *verksamhet* inom de områden som definieras i 4 kap. 1 § LOU. Som exempel kan nämnas bolag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten till fasta nät och bolag som tillhandahåller flygplatser, hamnanläggningar och som driver järnvägs-, buss- eller tunnelbanenät. Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna skall följa 4 kap. LOU vid sin upphandling.

### Grundläggande gemenskapsrättsliga principer

Grundläggande gemenskapsrättsliga principer som omfattar den offentliga upphandlingen – oavsett värde – är principerna om likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa principer kommer till uttryck genom olika regler i LOU.<sup>16</sup> Vid upphandling *över* tröskelvärdena skall t.ex. som regel upphandlingen annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning så att alla intresserade leverantörer på den gemensamma marknaden ges samma möjlighet att delta i anbudsproceduren.

<sup>14</sup> En beställning/avrop, som görs i enlighet med ett för den upphandlande enheten gällande ramavtal, anses inte som en upphandling förutsatt att ramavtalet har upphandlats i enlighet med LOU.

<sup>15</sup> Vid upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena inom den klassiska sektorn skall de direktivstyrda reglerna i 5 kap. LOU tillämpas. Upphandling av B-tjänster sker, oavsett värde, enligt de nationella reglerna i 6 kap. LOU. Vilka tjänster som är A- respektive B-tjänster framgår av bilagor till LOU (se även bilaga 3 till denna rapport).

<sup>16</sup> Se även NOU:s broschyr "Kort om LOU och NOU" som finns på NOU:s hemsida.

#### Regler som skall tillämpas vid upphandling av tjänster

(OBS att hela eller delar av 1 kap. LOU tillämpas vid all upphandling)

	A-tjänster	B-tjänster
<b>Över tröskelvärdena</b>	5 kap. LOU skall tillämpas	6 kap. LOU skall tillämpas
<b>Under tröskelvärdena</b>	6 kap. LOU skall tillämpas	6 kap. LOU skall tillämpas

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

LOU innehåller också regler om hänvisning till existerande europeiska varu- och tjänstestandarder i förfrågningsunderlaget, som är det dokument som ligger till grund för upphandlingen. Vidare skall det i förfrågningsunderlaget anges hur lång tid leverantörerna får på sig att lämna anbud. Det finns också regler i LOU om hur upphandlingen skall dokumenteras, efterannonseras m.m.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns tre upphandlingsförfaranden; öppen, selektiv och förhandlad upphandling (den senare skall tillämpas restriktivt inom den klassiska sektorn).

### ***Upphandling enligt 6 kap. LOU***

Sjätte kapitlet i LOU reglerar i det närmaste all upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde samt vissa specialupphandlingar som definieras i 1 kap. 3 § LOU, *för samtliga upphandlande enheter*. Vid upphandling enligt 6 kap. LOU kan två upphandlingsförfaranden tillämpas. Som huvudregel tillämpas förenklad upphandling men vid låga värden eller om synnerliga skäl föreligger får direktupphandling tillämpas.

Eftersom LOU är en lag antagen av Sveriges riksdag finns inget utrymme för upphandlande enheter att göra avsteg från dess bestämmelser. Övervägande delen av LOU utgörs dessutom av Sveriges införlivning av EG:s upphandlings-direktiv. Avsteg från denna del utgör brott mot såväl den svenska lagen som gemenskapsrätten.

### **BILAGOR**

1. NOU:s enkät inklusive bilaga
2. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som inte svarat på NOU:s enkät (990224)
3. LOU:s bilaga över A- och B-tjänster
4. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter (990224)

1999-03-25  
Dnr 248/98-29

**BILAGOR**

1. NOU:s enkät inklusive bilaga
2. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som inte svarat på NOU:s enkät (990224)
3. LOU:s bilaga över A- och B-tjänster
4. Lista över kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte är upphandlande enheter (990224)

1999-03-25

## Bilaga 1

### Frågeformulär

1. Är bolaget en upphandlande enhet inom den klassiska sektorn?

- Ja  
 Nej

2. Är bolaget en upphandlande enhet inom försörjningssektorn?

- Ja  
 Nej

3. Om Ni svarat nej på fråga 1 och 2 ange då på vilken grund Ni anser bolaget inte vara en upphandlande enhet. Därefter behöver Ni inte besvara ytterligare frågor.

4. Har bolaget någon dokumenterad upphandlings-/inköspolicy?

- Ja  
 Nej

5. Har bolaget fastställda riktlinjer för direktupphandling ?  
(För information avseende fråga 5-7 se bilaga)

- Ja  
 Nej

6. Ingår i dessa riktlinjer beloppsgränser?

- Ja  
 Nej

7. Om Ni svarat ja på fråga 6, ange gränserna för:  
(För information se bilaga)

- varor och enkla tjänster (för information se bilaga) ..... kr

- kvalificerade konsulttjänster (för information se bilaga) ..... kr

1999-03-25

8. Ange bolagets totala inköpsbelopp under 1997:

totalt..... kr

om möjligt fördelat på:

varor och tjänster ..... kr

bygg och anläggningsentreprenader ..... kr

9. Uppskattningsvis hur mycket av det totala beloppet var avrop på annan juridisk persons ramavtal?

.....%

10. Hur många upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster, avslutades under 1997?

(För information se bilaga)

.....st.

11. Annonseras bolagets upphandlingar över tröskelvärdena i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)?

(För information se bilaga)

Ja, alltid om undantag inte är tillämpligt.

Ja, ofta.

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena.

12. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar över tröskelvärdena, exklusive B-tjänster i EGT ?

(För information se bilaga)

Ja

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

13. Efterannonseras alltid bolagets upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena i EGT? Frågan skall endast besvaras av bolag inom den klassiska sektorn. (För information se bilaga)

Ja

Nej

Bolaget har inte företagit några upphandlingar över tröskelvärdena

1999-03-25

14. Ungefär hur många förenklade upphandlingar företog bolaget under år 1997 (direktupphandlingar ska således inte inräknas)?  
(För information se bilaga)

..... st.

15. Har bolaget någon central inköpsfunktion ?

- Ja  
 Nej

16. Genomförs alla förenklade upphandlingar och alla upphandlingar över tröskelvärdena av personal med kunskaper om LOU?  
(För information se bilaga)

- Ja, alltid.  
 Ja, för det mesta.  
 Sällan.  
 Nej, aldrig.

17. Har all personal som upphandlar, även de som köper sporadiskt, tillgång till NOU:s information?  
(För information se bilaga)

- Ja  
 Nej

18. Genomförs kontroller, utöver ordinarie revision, som säkerställer att bolagets upphandlingar sker affärsmässigt och i enlighet med gällande regler?  
(För information se bilaga)

- Ja  
 Nej

.....  
Ort och datum

.....  
Bolag

.....  
Titel

.....  
Underskrift

.....  
Namnförtydligande

.....  
Telefon



1999-03-25

## **BILAGA (till frågeformuläret)**

### **FRÅGA 1. Den klassiska sektorn definieras i 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).**

6§ Termen "upphandlande enhet" 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

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet.

### **FRÅGA 2. Försörjningssektorn definieras i 4 kap. 1 § LOU.**

1§ Bestämmelserna i detta kapitel 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,
4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "upphandlande enhet"

1. företag över vilka staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 3 kap. 8§ andra stycket, och
2. företag som bedriver verksamhet enligt första stycket med sådant särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "särskilt tillstånd" dels fall då ett företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning som avses i första stycket kan utnyttja rätt till expropriation eller användning av egendom eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, dels fall då ett företag bedriver verksamhet som avses i första stycket 1 och levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet.

1999-03-25

### FRÅGA 5-7. Direktupphandling

För definition av direktupphandling (6 kap. 2 § LOU) och Nämndens för offentlig upphandling (NOU:s) uppfattning om lämpliga gränser för direktupphandling bifogas ett utdrag ur Sammanställning NOU info 93-95, s. 57.

”Avsikten med direktupphandling var ursprungligen mindre upphandlingar ”över disk”, dvs. när ett normalt anbudsförfarande skulle innebära alldeles för höga administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens storlek.

De högsta belopp som enheten bör fastställa för direktupphandling måste avgöras med hänsyn till den typ av upphandlingar som enheten gör.

För en normal enhet kan ett basbelopp för varor och tjänster vara ett lämpligt belopp och för enstaka intellektuella konsulttjänster två basbelopp. Begreppet ”intellektuella tjänster” får närmast betraktas som ett arbetsnamn för att omfatta kvalificerade konsultarbeten som utförs av särskilt sakkunniga konsulter. Exempel på sådana tjänster kan vara konstruktions-, arkitekt-, data-, organisations-, utbildnings-, forsknings- och utvecklingstjänster.

Observera att direktupphandling endast avser enstaka upphandlingar under ett år. Om enheten vet att det kan bli upprepade upphandlingar bör enheten upphandla enligt LOU och teckna ramavtal för varan eller tjänsten. En enhet som under ett år köper en eller ett par mobiltelefoner kan tillämpa direktupphandling, men om det är fråga om återkommande upphandlingar som organisationen i sin helhet gör av mobiltelefoner bör man använda ramavtal.”

### FRÅGA 10. Tröskelvärden (exkl. mervärdesskatt)

		1997	1998	
	ecu	kr	kr	
Byggtreprenader		5.000.000	46.628.000	43.214.000
Varor och tjänster				
Försörjningssektorn		400.000	3.730.000	3.457.000
Övriga upphandlande enheter (exkl. statliga myndigheter)			200.000	1.865.000
				1.728.000

1999-03-25

### **FRÅGA 11. Annonsering**

Upphandlingar av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena (se fråga 10) skall som huvudregel annonseras.

Från huvudregeln finns vissa undantag. Dessa undantag för den klassiska sektorn anges i LOU:s respektive kapitel för de olika typerna av upphandling. För varuupphandling se 2 kap. 10, 11 §§ LOU, för , för upphandling av byggtreprenader se 3 kap. 15,17 §§ LOU och vad beträffar tjänsteupphandling se 5 kap. 17,19 §§ LOU.

Undantagen från annonsering i försörjningssektorn återfinns i 4 kap. 16 § LOU.

### **FRÅGA 12. Efterannonsering**

Annonsering av resultatet av en upphandling över tröskelvärdena är obligatorisk och skall göras så fort som möjligt. Efterannonsering inom den klassiska sektorn ska ske senast 48 dagar efter avslutad upphandling. Inom försörjningssektorerna är motsvarande tidsfrist 60 dagar. Observera att även avbrutna upphandlingar över tröskelvärdena samt upphandlingar över tröskelvärdena som p.g.a. något undantag i LOU inte tidigare annonserats, skall efterannonseras.

### **FRÅGA 13. Efterannonsering av B-tjänster**

I 6 kap. 16 § LOU stadgas att upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena (se Fråga 10) skall efterannonseras. Tidsfristen för ifrågavarande efterannonsering är senast 48 dagar efter avslutad upphandling.

### **FRÅGA 14. Förenklad upphandling**

Upphandlingar under tröskelvärdena samt alla B-tjänster, även över tröskelvärdena, skall normalt upphandlas som förenklade upphandlingar i enlighet med 6 kap. 2 § LOU. B-tjänster definieras i nedan bifogat utdrag ur bilagan till LOU.

#### **Avdelning B**

17 Hotell- och restaurangtjänster

18 Rälsbunden transport

19 Sjötransport och annan vattenburen transport

20 Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats, eller i hamnar

21 Juridiska tjänster\*\*\*

22 Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster

23 Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter

24 Utbildning, inkl. yrkesutbildning

25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst

26 Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet

27 Andra tjänster

\*\*\*utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

1999-03-25

### **FRÅGA 16. Upphandlingskompetens**

En förutsättning för att kunna genomföra upphandlingar är att bolaget har tillräcklig egen kompetens (teknisk, kommersiell och juridisk) eller vid behov anlitar kompetens som finns utanför bolaget. Kompetensen måste kontinuerligt utvecklas.

Inom upphandlingsområdet krävs normalt att följande kompetens (egen eller anlita) finns att tillgå:

Sakteknisk kompetens.

Här avses kunskap om produkter och tjänster som skall upphandlas, t.ex. säkerhetskrav och arbetsmiljökrav, kännedom om standarder samt förmåga att precisera rätt kravnivå, förmåga att beskriva krav på kvalitet, miljö och utförande, förmåga att bedöma leverantörer tekniskt och yrkesmässigt m.m.

Allmän kommersiell kompetens

Här avses marknadskännedom, förmåga att bedöma leverantörens finansiella och ekonomiska ställning och seriositet, förhandlingserfarenhet m.m.

Allmän inköpsjuridisk kompetens

Här avses kunskap om avtalslagen, köplagen, förvaltningslagen och regler om offentlighet och sekretess.

Upphandlingsteknisk kompetens

Här avses kunskap om LOU och upprättande av förfrågningsunderlag och investeringskalkyler.

Annan juridisk kompetens

Här avses kompetens för att klara utformning av lämpliga avtalsvillkor, kunskap om Medbestämmandelagen och Lag om anställningsskydd.

### **FRÅGA 17. Information från NOU**

NOU ger varje år ut fyra nyhetsbrev. Dessa kan hämtas hem från NOU:s hemsida ([www.nou](http://www.nou)). Det är också möjligt att prenumerera på nyhetsbrev genom Fritzes förlag,

telefon 08-690 90 90, telefax 08-20 50 21, till en kostnad av 238 kr (exkl. moms) per år. NOU ger även ut årsvisa sammanställningar av nyhetsbrev, även dessa kan beställas hos Fritzes. Vidare är NOU:s telefoninformation öppen varje vardag mellan 09.00 och 11.30, telefonnummer 08-454 44 40.

### **FRÅGA 18. Kontroller utöver ordinarie revision.**

Införandet av LOU innebär striktare regler för upphandling med bestämmelser som kan medföra att en inte avslutad upphandling måste göras om eller att en upphandlande enhet t.o.m. kan bli skyldig att betala skadestånd. Detta har inneburit nya och ökade krav på de befattningshavare som genomför upphandlingar.

Samtidigt har det på flera håll skett en kraftig decentralisering av upphandlingsverksamheten. För att minska risken för felaktigt utförda upphandlingar kan t.ex. stickprovsvisa kontroller utföras av bolaget eller utomstående konsulter.

**Bolag som per den 1 mars 1998 underlåtit att besvara  
NOU:s tillsynsenkät**

KALMAR LÄNS BESTÄLLNINGSCENTRAL AB	OSKARSHAMN
LÄNSHÄLSAN SKÅNE AB	MALMÖ
TRANSPORTSAMORDNING I T-LÄN AB	ÖREBRO
ÖREBRO LÄNS LANDSTINGS FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG	ÖREBRO
VÄSTMANLANDS LOKALTRAFIK AB	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET VÄSTERÅS LOKALTRAFIK	VÄSTERÅS
AKTIEBOLAGET HUSSBORG I LJUNGAVERK	LJUNGAVERK
LÄNSHÄLSAN I VÄSTERBOTTEN AB	UMEÅ
FASTIGHETSBOLAGET MEDICINAREN AB	HUDDINGE
UTBILDNING-NÄRINGSLIV I BOTKYRKA AB	TUMBA
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET TYRESÖ CENTRUM	TYRESÖ
MÄSSFASTIGHETER I STOCKHOLM AB	ÄLVSJÖ
STOCKHOLMS STADS FÖRVALTNINGS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMSMÄSSAN AB	STOCKHOLM
SÖDERTÄLJE KABEL-TV AB	SÖDERTÄLJE
NORRTÄLJE ENERGI AB	NORRTÄLJE
AB NYNÄSHAMNSBOSTÄDER	NYNÄSHAMN
NYNÄSHAMNS EXPLOATERING AB	NYNÄSHAMN
ÄLVKARLEBY FJÄRRVÄRME AB	SKUTSKÅR
AKTIEBOLAGET TIERPSBYGGEN	TIERP
GRAFISKT UTBILDNINGSCENTER I UPPSALA (G.U.C.) AB	UPPSALA
HUMANITA UPPLAND AB	UPPSALA
UPPSALA PARKERINGSAKTIEBOLAG	UPPSALA
UPSALA STADSTEATERS PRODUKTION AB	UPPSALA
VISION ENKÖPING AB	ENKÖPING
RODEN ENERGI VÄRME AB	GIMO
ÖSTHAMMARS INDUSTRIFASTIGHETER AB	ÖSTHAMMAR
ÅKERS BERGSLAGS AB	STRÄNGNÄS
SKAVSTA FLYGPLATS AB	NYKÖPING
ESKILSTUNA ENERGI OCH MILJÖ AB	ESKILSTUNA
AKTIEBOLAGET ÅTVIDABERGS BRUKSHOTELL	ÅTVIDABERG
ÅTVIDABERGS KOMMUNALA BYGGNADSAKTIEBOLAG	ÅTVIDABERG
FINSPÅNGS IS OCH VÄRME AB	FINSPÅNG
VALLONBYGDEN AB	FINSPÅNG
VALDEMARSVIK ETABLERINGSAKTIEBOLAG V.E.T.A.B.	VALDEMARSVIK
LINKÖPING KONSERT & KONGRESS AB	LINKÖPING
UTVECKLINGSBOLAGET BIRGITTA I VADSTENA AB	VADSTENA
VADSTENA FASTIGHETSAKTIEBOLAG	VADSTENA
AKTIEBOLAGET GRÄNNAHUS	GRÄNNA
ELMIA AB	JÖNKÖPING
JÖNKÖPINGS KOMMUNS FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
NÄRINGSLIVETS HUS I JÖNKÖPING AB	JÖNKÖPING

990301

PROGRAMBOLAGET I JÖNKÖPING AB	JÖNKÖPING
EKSJÖBOSTÄDER AB	EKSJÖ
AKTIEBOLAGET TRANÅS INDUSTRIFASTIGHETER	TRANÅS
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET TRANÅS I TRANÅS	TRANÅS
EMFAB-EMMABODA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	EMMABODA
NYBRO ELNÄT AB	NYBRO
NYBRO ENERGI AB	NYBRO
VÄSTERVIKS BOSTADS AKTIEBOLAG	VÄSTERVIK
CENTRUMFASTIGHETER I OLOFSTRÖM AB	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMS KABEL-TV AB	OLOFSTRÖM
OLOFSTRÖMSHUS AB	OLOFSTRÖM
KAFRYS, KARLSKRONA FRYSHUSAKTIEBOLAG	KARLSKRONA
KARLSHAMNS ENERGIVERK AB	KARLSHAMN
VELLINGE EXPLOATERINGS AB	VELLINGE
AKTIEBOLAGET ÖRKELLJUNGABYGGEN	HELSINGBORG
AKTIEBOLAGET BJUVSBYGGEN	HELSINGBORG
LOMMA ENERGI AB	LOMMA
LOMMA ENERGI FÖRVALTNING AB	LOMMA
SKURUP ENERGI AB	SKURUP
SKURUP KABEL TV AB	SKURUP
HÖRBY KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HÖRBY
HÖÖRS KOMMUNS ELHANDEL AB	HÖÖR
OSBY ENERGI AB	OSBY
OSBY ENERGIHANDEL AB	OSBY
KREAB ENERGI AB	LJUNGBYHED
SMÅINDUSTRILOKALER I KLIPPAN AB	KLIPPAN
VÄRMEVERKET I KLIPPAN AB, VIKAB	LJUNGBYHED
LUNDS KOMMUNS PARKERINGS AKTIEBOLAG	LUND
AKTIEBOLAGET HÖGANÄSHEM	HÖGANÄS
ESLÖVS BOSTADS AB	ESLÖV
ESLÖVSBYGGENS MÅLERI- OCH BYGGSERVICE AB	ESLÖV
LOKAL-TV I KRISTIANSTAD AB	KRISTIANSTAD
SVENSK PLASTÅTERVINNING AB	KRISTIANSTAD
HJÄRNARPS INDUSTRIBYGGNADS AKTIEBOLAG	HJÄRNARP
ÄNGELHOLMS KABEL-TV AB	ÄNGELHOLM
ENERGIVERKEN I HALMSTAD AB	HALMSTAD
ENERGIVERKEN I HALMSTAD, ELNÄT AB	HALMSTAD
VARBERGS FASTIGHETS AKTIEBOLAG	VARBERG
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET ST:A GERTRUD	KUNGSBACKA
PARTILLE ENERGI AB	GÖTEBORG
BJÖRKÖ BY BOSTÄDER AB	ÖCKERÖ
HÖNÖ-HEDENS BY AB	ÖCKERÖ
ÖCKERÖ BOSTADS AB	ÖCKERÖ
STENUNGSUNDSHEM AB	STENUNGSUND
MUNKEDALS BOSTÄDER AB MUNKBO	MUNKEDAL
GOTHENBURG MUNICIPAL SERVICES AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS KONSERT AB	GÖTEBORG
ALE FJÄRRVÄRME AB	NÖDINGE
ÄLVSBORGS LÄNS KOMMUNALA EXPLOATERINGS AKTIEBOLAG	GÖTEBORG

990301

VATTENPALATSET VÄNERPARKEN AB	VÄNERSBORG
TROLLHÄTTAN ENERGI AB	TROLLHÄTTAN
AKTIEBOLAGET ALINGSÅSHEM	ALINGSÅS
AKTIEBOLAGET BORÅS PARKERINGSKONTROLL	BORÅS
AKTIEBOLAGET SANDHULTSBOSTÄDER	BORÅS
BORÅS KOMMUNS SOTNING AB	BORÅS
ULRICEHAMNS ENERGI AB	ULRICEHAMN
MULLSJÖ INDUSTRIFASTIGHETER AB	MULLSJÖ
KARLSBORGS FÄSTNING AB	KARLSBORG
VARA KOMMUNS NÄRINGSLIVS AB	VARA
TÖREBODABOSTÄDER AB	TÖREBODA
BRANTEBÄCKSGATANS FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
LIDKÖPING/HOVBY FLYGPLATS AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET HJO BOSTÄDER	HJO
HANTVERKSHUSET I KIL AB	KIL
KILS PELLETS AB	KARLSTAD
SUNNE ENERGI AKTIEBOLAG	SUNNE
TYSKÖN AB	KRISTINEHAMN
BERGSLAGSAKADEMIN AB	KOPPARBERG
INDUSTRIBYGGNADSBOLAGET ÖREBRO AB	ÖREBRO
KARLSKOGA MILJÖ AB	KARLSKOGA
INDUSTRILOKALER I LINDESBERG AB	LINDESBERG
KALMARSLUNDS FRILUFTSGÅRD AB	LINDESBERG
AKTIEBOLAGET NORBERGSHEM	NORBERG
NYA HOTEL EDISON AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS FLYGPLATS AB	VÄSTERÅS
KD-TEKNIK ( KOMMUNAL DATATEKNIK I KÖPING) AB	KÖPING
KÖPINGS BOSTADSAKTIEBOLAG	KÖPING
LEKSANDSBOSTÄDER AB	LEKSAND
DESTINATION ÄLVDALEN AB	ÄLVDALEN
AKTIEBOLAGET FALU ELVERK	FALUN
FALU ENERGI AB	FALUN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET HUSHAGEN	BORLÄNGE
SÄTERS KOMMUNS NÄRINGSLIV OCH FASTIGHETS AB	SÄTER
WIJ SÄTERI I OCKELBO AB	OCKELBO
DTU SERVICE AB	HOFORS
VOXNADALENS ID'CENTRUM AB	ALFTA
GESTRIKEKRAFT AB	GÄVLE
FORSSÅ GRUPPEN AB	HUDIKSVALL
HUDIKSVALLS NÄRINGSLIVS AB	HUDIKSVALL
ÅNGEFALLEN KRAFT AB	ARBRÅ
KOMMUNBRÄNSLE I ÅDALEN AB	HÄRNÖSAND
NIP-PORTEN AB	SOLLEFTEÅ
TJÄNSTECENTRUM I ÖRNSKÖLD SVIK AB	ÖRNSKÖLD SVIK
ÖRNSKÖLD SVIK BUSS AB	ÖRNSKÖLD SVIK
TURIST- OCH KONGRESSBYRÅN I ÖSTERSUND AB	ÖSTERSUND
ÖSTERSUNDS PARKERINGS AKTIEBOLAG	ÖSTERSUND
VINDELN UTVECKLING AB	VINDELN

990301

SKYTTEANSKA I NORSJÖ AB	NORSJÖ
TÄRNAFJÄLLEN LIFT AB	TÄRNABY
VILHELMINA VÄRMEVERK AB	VILHELMINA
POLARBUSS TRAFIK AB	UMEÅ
UMEÅ ENERGI AB	UMEÅ
LYCKSELE ENERGI AB	LYCKSELE
JOKKMOKKS VÄRMEVERK AB	JOKKMOKK
GÄLLIVARE TORV AB	GÄLLIVARE
GÄLLIVARE VÄRMEVERK AB	GÄLLIVARE
TOP BOSTÄDER AB	MALMBERGET
PITEDALENS TRAFIK AB	ÅLSVBYN
LULEÅ PARKERINGSBUS AB	LULEÅ
AKTIEBOLAGET PITEBUS	PITEÅ
PITE TURISTFASTIGHETER AB	PITEÅ
PITEÅ NÄRINGSFASTIGHETER AB	PITEÅ



## Bilaga 3

### Bilaga ur lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Förteckning över A- och B-tjänster.

#### *Avdelning A*

1. Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning
2. Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran
3. Lufttransport, utom postbefordran
4. Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18
5. Telekommunikation\*
6. Finansiella tjänster
  - a Försäkringstjänster
  - b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar\*\*
7. Datatjänster och därmed anknutna tjänster
8. Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten
9. Redovisning, revision och bokföring
10. Marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar
11. Konsulttjänster för administration och organisation av företag
12. Arkitekttjänster  
Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturstjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys
13. Tjänster avseende annonsering (reklam)
14. Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll
15. Förlags- och tryckeritjänster, som utförs mot ersättning
16. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet

#### *Avdelning B*

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

\*utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster

\*\*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

\*\*\*utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

**Kommun- och landstingsägda bolag som svarat att de inte anser sig vara upphandlande enhet (exkl. de bolag som angivit att de är vilande eller endast bedriver elhandel)**

AB S:T ERIKSHÄLSAN	STOCKHOLM
GÖTEBORGS KOMMUNALA FÖRVALTNINGS AB	GÖTEBORG
AMBULANSSJUKVÅRDEN I STORSTOCKHOLM AB	JOHANNESHOV
INREGIA AB	STOCKHOLM
LOCUM DRIFT AB	STOCKHOLM
STOCKHOLM CARE AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS SJÖTRAFIK AB	STOCKHOLM
WAXHOLMS ÅNGFARTYGS AB	STOCKHOLM
STOCKHOLMS TERMINAL AB	STOCKHOLM
RÄTTVIKS FOLKLORE FESTIVAL AB	RÄTTVIK
AB SÖRM-LEASING	NYKÖPING
LANDSTINGSTVÄTTEN I ESKILSTUNA AB	ESKILSTUNA
SVEALANDSBANAN AB	ESKILSTUNA
TVNO TEXTILSERVICE AB	NORRKÖPING
LÄNSHÄLSAN I BLEKINGE LÄN AB	KARLSKRONA
GÖTEBORG-LANDVETTER FLYGPLATSFASTIGHETER AB	GÖTEBORG
LÄNIA AB	ÖREBRO
LÄNSGÅRDEN FASTIGHETER AB	ÖREBRO
BUSSGODS GÄVLEBORG AB	SÖDERHAMN
SAMTRANS, VÄSTERNORRLAND AB	HÄRNÖSAND
NORRBOTTENS TURISTRÅD AB	LULEÅ
ÖSTERÅKERSVATTEN AB	ÅKERSBERGA
KVARNHALLEN AB	JÄRFÄLLA
ABET HÅGELBYPARKEN	TUMBA
HANINGE MARKNADSFÖRINGS OCH LOKALISERINGSBOLAG AB	HANINGE
NÄSBY FASTIGHETSAKTIEBOLAG	TÄBY
DANDERYDSBOSTÄDER AB	DANDERYD
AKTIEBOLAGET SOLLENTUNAHEM	SOLLENTUNA
SOLLENTUNA FASTIGHETS AB	SOLLENTUNA
TUREBERGS BYGG OCH MÅLERI AB	SOLLENTUNA
STOCKHOLM 2004 AB	STOCKHOLM
BIRKA KRAFT AB	STOCKHOLM
HANTVERKS- OCH INDUSTRIHUS I GÖTEBORG AB (HIGAB)	GÖTEBORG
STOCKHOLMS STADSHUS AB	STOCKHOLM
VÄSTERTORP ENERGI AB	STOCKHOLM
WESTOCK BULK AB	STOCKHOLM
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET RÖRHÖNAN	SALTSJÖBADEN
LIDINGÖ ENERGI FÖRSÄLJNING AB	LIDINGÖ
FIBERCENTRUM I HALLSTAVIK AB	HALLSTAVIK
TURIST NYNÄS AB	NYNÄSHAMN
HÅBO FASTIGHETSAKTIEBOLAG	BÅLSTA
UPPSALA RÄDDNINGS- OCH SKYDDSCENTER AB	UPPSALA
AKTIEBOLAGET BJURSÅS KRAFT	FALUN
FYRSTAD KRAFT AB	UDDEVALLA
GAMLA UPPSALA BUSS AB	UPPSALA

1999-03-25

MELLANSVENSKA STÄDERS KRAFTAKTIEBOLAG	VÄSTERÅS
HÄRJEDALENS MINERAL AB	SVEG
RODEN ENERGI MILJÖ AB	ÖSTHAMMAR
VINGÅKERS INDUSTRILOKALER AB	VINGÅKER
ÖSTERSJÖCENTRUM I NYKÖPING AB	NYKÖPING
OXELÖINVEST AB	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS HAMN AB	OXELÖSUND
OXELÖSUNDS KOMMUNS FÖRVALTNINGS AB	OXELÖSUND
FLENS BOSTADSAKTIEBOLAG	FLEN
FLENS INDUSTRIHUS AB	FLEN
ESKILSTUNA ENERGI & MILJÖ FÖRSÄLJNING AB	ESKILSTUNA
TUNA KROSS AB	LINKÖPING
SEVAB STRÄNGNÄS ENERGI AB	STRÄNGNÄS
HÄSTHOLMENS HAMN- OCH MAGASINSAKTIEBOLAG	ÖDESHÖG
KINDA NÄRVÄRMEVERK AB	KISA
LINKÖPING-MJÖLBY KRAFTANSKAFFNING AB	LINKÖPING
Ö.F.ÖSTERSJÖFRAKT AB	NORRKÖPING
MOTALA SMÄINDUSTRIAKTIEBOLAG	MOTALA
A-RINGEN AB	GISLAVED
HUSKVARNAÄNS KRAFTAKTIEBOLAG	JÖNKÖPING
JÖNKÖPING ENERGI AB	JÖNKÖPING
FASTIGHETSAKTIEBOLAGET LINDEN I NÄSSJÖ	NÄSSJÖ
APLADALEN FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AB	VÄRNAME
EKSJÖ 2 AB	EKSJÖ
TRANÅS ENERGI ELFÖRSÄLJNING AB	TRANÅS
LESSEBO ELFÖRSÄLJNING AB	MALMÖ
AB ÄLMHULTS KOMMUNALA INDUSTRIFA0765STIGHETER	ÄLMHULT
AKTIEBOLAGET LJUNGBY INDUSTRILOKALER	LJUNGBY
MÖRBYLÅNGA FASTIGHETS AB	MÖRBYLÅNGA
KALMAR STUFVERI AB	KALMAR
KALMARIT AB	KALMAR
KVASTASTADEN AB	KALMAR
AFFÄRSVERKEN ENERGI I KARLSKRONA AB	KARLSKRONA
STADSVAPNET I KARLSHAMN AB	KARLSHAMN
VELLINGE SERVICE & KONSULT AB	VELLINGE
VELLINGEBOSTÄDER AB	VELLINGE
ÖSTRA GÖINGE KOMMUNS INDUSTRIFASTIGHETSAKTIEBOLA	BROBY
STURUPSAXELNS EXPLOATERINGS AB	SVEDALA
BRÖSARPS KOMMUNALA BOSTADSAKTIEBOLAG	BRÖSARP
PERSTORPS SMÄINDUSTRIFASTIGHETER AB	PERSTORP
PERSTORPSMODELLEN AB	PERSTORP
AKTIEBOLAGET SYDÄTERVINNING	MALMÖ
MALMATOR AB	MALMÖ
MARKN R AB	LANDSKRONA
HELSINGBORGS BOGSER AB	HELSINGBORG
HÄLSINGBORGSHEMS FASTIGHETSSERVICE AB	HELSINGBORG
NSR ÅTERVINNING AB	HELSINGBORG
ESLÖVS INDUSTRIFASTIGHETER AB	ESLÖV
YSTADS STUVERIAKTIEBOLAG	YSTAD

1999-03-25

TRINOVA AB	TRELLEBORG
HÄSSLEHOLMS INDUSTRIBYGGNADSAKTIEBOLAG	HÄSSLEHOLM
LAHOLMS NÄRINGSLIVS AB	LAHOLM
VARBERG ENERGIMARKNAD AB	VARBERG
VARBERG KABEL AB	VARBERG
KUNGSBACKA ENERGILEVERANSER AB	KUNGSBACKA
FLYGPLATSFASTIGHETER I LANDVETTER AB	GÖTEBORG
WALLHAMN FASTIGHETS AB	VALLHAMN
WALLHAMN PDI AB	VALLHAMN
WALLHAMN TERMINAL AB	VALLHAMN
SOTENÄSBOSTÄDER AB	KUNGSHAMN
AKTIEBOLAGET FÖR PANTBELÄNING I GÖTEBORG	GÖTEBORG
AKTIEBOLAGET KÄRRA CENTRUM	GÖTEBORG
AKTIEBOLAGET LÅNGEDRAG	GÖTEBORG
BOPLATS GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
ERIKSBERGS FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
FAMILJEBOSTÄDER I GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
FJÄRRVÄRME I FRÖLUNDA AB	V FRÖLUNDA
FÖRVALTNINGS AB GÖTEBORGSLOKALER	GÖTEBORG
FÖRVALTNINGS AKTIEBOLAG BÄLTESPÄNNAREN	GÖTEBORG
FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAGET FRAMTIDEN	GÖTEBORG
GÖTEBORG ENERGI INTERNATIONAL AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS AUKTIONSVERK AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS EGNAHEMS AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS HAMN AB	GÖTEBORG
GÖTEBORGS SALUHALLSAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
GÖTEBORGS TRAFIK AB	GÖTEBORG
HOTELL LISEBERG HEDEN AB	GÖTEBORG
KOMMUNLEASING I GÖTEBORG AB (KLAB)	GÖTEBORG
KULTURFASTIGHETER I GÖTEBORG AB	GÖTEBORG
LISEBERG AB	GÖTEBORG
LISEBERGS GÄST AB	GÖTEBORG
LISEBERGS RESTAURANTAKTIEBOLAG	GÖTEBORG
NORD EVENT AB	GÖTEBORG
SCANDINAVIAN DISTRIPOINT AB	GÖTEBORG
SWEDEHEALTH GOTHENBURG CARE AB	GÖTEBORG
MÖLNDALSHÄLSAN AB	MÖLNDAL
UDDEVALLA HAMNTERMINAL AB	UDDEVALLA
ÄNGHAGSGATAN FASTIGHETER I LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET ALEBYGGEN	NÖDINGE
ALE EXPLOATERING AB	NÖDINGE
DALSLAND CENTER AB	MELLERUD
LILLA EDETS FÖRETAGSHÄLSOVÅRD AB	LILLA EDET
MARKS BOSTADSAKTIEBOLAG	KINNA
AVFALLSAKTIEBOLAGET SJÖBO, SKURUP OCH YSTAD(ASSY	YSTAD
HERRLJUNGA HOTELLFASTIGHETS AKTIEBOLAG	HERRLJUNGA
BORÅS LOKALTRAFIK BL TEKNIK AB	BORÅS
BYGGHYTTAN I KARLSBORG AB	KARLSBORG
TÖREBODA FASTIGHETS AKTIEBOLAG	TÖREBODA
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET FJÄLLET	MARIESTAD

1999-03-25

LIDKÖPINGS NÄRINGS- LIVSFASTIGHETER	LIDKÖPING
FÖRETAGSUTVECKLING I GÖTENE- LIDKÖPING AB	LIDKÖPING
AKTIEBOLAGET SKARA INDUSTRIBYGGEN	SKARA
SKARABORGS ENERGI- OCH MILJÖ AB	SKARA
BILLINGE ENERGI AB	SKÖVDE
VALFJÄLLET SKICENTER AB	ÅMOTFORS
FRITID I NORDVÄRMLAND AB	SYSSLEBÄCK
AKTIEBOLAGET ETABLERINGSREGION KARLSTAD	KARLSTAD
KARLSTADS TEATERAKTIEBOLAG	KARLSTAD
ARVIKA LOKAL OCH MARK AB	ARVIKA
ARVIKA STADSHUS AB	ARVIKA
ALL'PRODUKTION AB	HALLSBERG
BOOFORSEN FASTIGHETS-AKTIEBOLAG	KARLSKOGA
MASUGNEN UTVECKLING AB	LINDESBERG
VARGKÄLLAN AB	LINDESBERG
SURAHAMMARS ENERGI-VERK AB	SURAHAMMAR
KUNGSÖRS GRUSAKTIEBOLAG	KUNGSÖR
ETABLERING VÄSTERÅS AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS ENERGI & VATTEN AB	VÄSTERÅS
VÄSTERÅS FLYGFÄSTIGHETER AB	VÄSTERÅS
SALA ECO CENTER AB	SALA
SALA INDUSTRIFASTIGHETER AB	SALA
GUSTOLS AB	MALUNG
MALUNG-SÅLEN TURISM AB	MALUNG
ORSA CAMPING AB	ORSA
ORSA GRÖNKLITT AB	ORSA
FALU ORGANISATION AB	FALUN
INDUSTRIHUSET LÖNNFALLET AB	LUDVIKA
LUDVIKA UTVECKLINGS AB	LUDVIKA
UTVECKLINGS AKTIEBOLAGET LAVEN	GRÄNGESBERG
FÖRETAGSHÅLSOVÅRDEN I HOFORS AB	HOFORS
WOODEX UTVECKLING AB	EDSBYN
GÄVLE-SANDVIKENS FLYGFÄLT AB	VALBO
SANDVIKENS FASTIGHETER AB	SANDVIKEN
FASTIGHETS AKTIEBOLAGET GLYSIS	HUDIKSVALL
GLYSISVALLEN AB	HUDIKSVALL
AKTIEBOLAGET TIMRÅBO	TIMRÅ
AB INDALSLIDENS TURISTANLÄGGNINGAR VETTEN	LIDEN
SUNDSVALLS KOMMUNS NÄRINGS- LIVSUTVECKLING AB	SUNDSVALL
SUNDSVALLSMÄSSAN AB	SUNDSVALL
BOHMANS BUSSTRAFIK AB	SUNDSVALL
SOLLEFTEÅFORSENS AB	SUNDSVALL
STRÖMSUNDS UTVECKLINGSBOLAG AB	STRÖMSUND
KALLGÅRDEN HOTELL OCH RESTAURANG AB	JÄRPEN
UTBILDNINGSCENTRUM I GILLHOV AB	SVENSTAVIK
FÖRETAGSHÅLSAN I HÄRJEDALEN AB	SVEG

1999-03-25

AKTIEBOLAGET HOV-JAMTLI	ÖSTERSUND
VINDELN BOSTÄDER AB	VINDELN
NORSJÖ NÄRINGSLIV AB	NORSJÖ
AKTIEBOLAGET DOROTEA SOCKENS INDUSTRIBYGGNADER	DOROTEA
BORGAFJÄLLENS TURIST AB	DOROTEA
NÄRINGSLIVSSERVICE I VÄNNÄS AB	VÄNNÄS
UMEÅ KOMMUNFÖRETAG AB	HÖRNEFORS
AKTIEBOLAGET LYCKSELE INDUSTRIHUS	LYCKSELE
AKTIEBOLAGET SKYTTEANSKA I LYCKSELE	LYCKSELE
SKYTTEANSKA I DOROTEA AB	DOROTEA
HEDENSBYNS TERMINAL AB	SKELLEFTEÅ
JOKKMOKKS NÄRINGSLIVSUTVECKLING AB	JOKKMOKK
JOKKMOKKS TURISTCENTER AB	JOKKMOKK
JOKKMOKKS TURISTSERVICE AB	JOKKMOKK
TURISM I JOKKMOKK AB	JOKKMOKK
ÄLSVBYNS HOTELL AB	ÄLSVBYN
BIOENERGI I LULEÅ AB	LULEÅ
GAMMELSTADS OMNIBUSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEKRAFT AB	LULEÅ
LULEÅ BOGSERBÅTSAKTIEBOLAG	LULEÅ
LULEÅ MÄSS- OCH KONGRESS AB	LULEÅ
LILLPITE KVARN AB	PITEÅ
RENHÅLLNINGEN PITEÅ AB	ÖJEBYN

Michael Slavicek  
Telefon 08 - 454 48 51

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-28

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Rapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (1998-06-17) utrett i vilken utsträckning bolag med statligt ägande tillämpar LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 24 november 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enlighet med föredraget förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Nämnden för offentlig upphandling

Michael Slavicek

## Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Regeringen gav i juni 1998 NOU i uppdrag att utreda i vilken utsträckning bolag med statligt ägande tillämpar LOU.

NOU har nu slutfört sitt uppdrag.

Bolagen bör enligt NOU klassificeras som upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU på följande grunder:

1. En upphandlande enhet är en sådan organisation som
  - a) har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär
  - b) är juridisk person
  - c) uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

Behov i det allmännas intresse (enligt p. 1 ovan) är de "behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på". Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas.

Det finns enligt EG-domstolen allmännyttiga behov av kommersiell karaktär och allmännyttiga behov av icke-kommersiell karaktär. Alla behov i det allmänna intresset är således inte av icke-kommersiell karaktär.

Det torde inte spela någon roll i vilken form verksamheten bedrivs.

Även en liten andel allmännyttiga behov medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastas regelverket. Bolag i samma koncern skall dock bedömas var för sig.

Övriga två villkor i 1 kap 6 § LOU (enligt punkt 1 ovan b) juridisk person och c) statens inblandning) preciserar ytterligare vad som menas med "organ som lyder under offentlig rätt" (eller upphandlande enhet).

2. Begreppet stat skall enligt EG-domstolen tolkas i vid bemärkelse och i funktionella termer oberoende av lagstiftningen i det enskilda medlemslandet.

3. Det bör rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av EG:s direktivregler för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att bevara den fria konkurrensen och åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster skall därvid tillmätas stor betydelse.



### **Statliga bolag som kan betecknas som upphandlande enheter**

NOU:s behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU ävensom Sveriges internationella åtaganden kräver att det finns en förteckning över upphandlande enheter.

Bland de bolag som finns redovisade som bolag med statligt ägande finns ett antal bolag och bolagsgrupper som redan nu tillämpar LOU, *bilaga B* till utredningen och ett antal bolag och bolagsgrupper som enligt NOU:s bedömning borde göra det, *bilaga C* till utredningen. Bolag upptagna i *bilaga C* bör emellertid beredas möjlighet att bemöta NOU:s ställningstagande. Skälet till NOU:s ställningstagande bolag för bolag redovisas i *bilaga F*. Då förteckningen inte är normerande för frågan om ett bolag är att betrakta som en upphandlande enhet och bolagen kan genomgå olika förändringar avseende sin verksamhetsinriktning, ägarförhållanden och styrelsesammansättning kan förnyade ställningstaganden bli aktuella i framtiden.

Det genomförda arbetet omfattar inte alla de organ som kan anses omfattas av 1 kap. 6 § LOU och gemenskapsdirektiven. Ytterligare kartläggning behövs för att upprätta en någorlunda heltäckande förteckning över de organisationer som omfattas av begreppet upphandlande enhet.

## Innehållsförteckning

<b>Sammanfattning</b>	<b>2</b>
<b>Uppdraget</b>	<b>5</b>
<b>Utredningens syfte</b>	<b>5</b>
<b>Ärendets handläggning hos NOU</b>	
<b>6</b>	
De tillfrågade bolagen	6
Erhållna svar	7
Slutligt ställningstagande	8
<b>Behovet av att fastställa vilka juridiska personer i Sverige som omfattas av LOU</b>	<b>9</b>
Sammanställning över upphandlande enheter	11
Möjligheter att i praktiken fastställa vilka organisationer som omfattas av LOU	12
<b>Begreppet upphandlande enhet</b>	<b>14</b>
De granskade bolagens invändningar	15
<b>Utredningens slutsatser</b>	<b>19</b>

### **BILAGOR:**

**A - Bolag med statligt ägande**

**B - Bolag som anser sig vara upphandlande enheter**

**C - Bolag som borde anse sig vara upphandlande enheter**

**D - Bolag som sannolikt inte är upphandlande enheter.**

**E - Begreppet upphandlande enheter**

**F - Skälen till varför bolag på bilagan C bör anses vara upphandlande enheter**

**G - Regeringens uppdrag**

**H - NOU:s skrivelse till bolagen**

## Uppdraget

NOU har från regeringen erhållit följande uppdrag.<sup>1</sup>

"Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) innehåller bestämmelser om hur offentliga sektorn skall upphandla. I 1 kap. 6 § LOU finns bestämmelser som innebär att statliga bolag i vissa fall också omfattas av lagen.

Det finns ingen sammanställning över dessa bolag. En sådan sammanställning bör kunna utgöra ett ändamålsenligt underlag för Nämnden för offentlig upphandling i dess tillsynsfunktion.

### Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling att utreda i vilken utsträckning bolag med statligt ägande tillämpar LOU samt bedöma och följa upp om bolagen tillämpar bestämmelserna på rätt sätt. En sammanfattande redovisning av uppdraget skall lämnas till regeringen senast den 1 november 1998."

Finansdepartementet har senare angivit att uttrycket "bedöma och följa upp om bolagen tillämpar bestämmelserna på rätt sätt" skall tolkas så att NOU skall granska hur bolagen tillämpar bestämmelserna i 1 kap. 6 § LOU om begreppet upphandlande enhet.<sup>2</sup> Tiden för uppdragets redovisning har förlängts till den 1 december 1998.<sup>3</sup>

Uppdraget enligt regeringens skrivelse omfattar inte tillämpningen av 4 kap. 1 § LOU som gäller vid upphandling för verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena, i det följande kallade försörjningssektorerna. Inte heller omfattas några föreningar, samfälligheter och stiftelser av uppdraget. Finansdepartementet har dock muntligen till NOU angivit att uppdraget främst avser de bolag som finns upptagna i regeringens skrivelse 1997/98:20, 1997 års redogörelse för företag med statligt ägande, vilka kan utgöra upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU. Uppdraget skulle därför anses omfatta även bolag med statligt ägande verkamma inom försörjningssektorerna och andra organisationer med statligt inflytande under förutsättning att denna granskning inte skulle medföra ytterligare senareläggning av utredningens redovisning.<sup>4</sup>

## Utredningens syfte

<sup>1</sup> Regeringsbeslut den 17 juni 1998. Bilaga G.

<sup>2</sup> Tjänsteanteckning angående telefonsamtal med finansdepartementet den 25 juni 1998.

<sup>3</sup> Tjänsteanteckning angående telefonsamtal från finansdepartementet den 8 september och protokoll fört vid nämndsammanträde den 24 september 1998.

<sup>4</sup> Tjänsteanteckning angående telefonsamtal med finansdepartementet den 29 september 1998.

Regeringen anger i uppdraget att syftet är bl.a. att färdigställa en sammanställning över bolag med statligt ägande. En sådan sammanställning bör, enligt regeringen, "kunna utgöra ett ändamålsenligt underlag för Nämnden för offentlig upphandling i dess tillsynsfunktion". NOU anser att kravet på en sådan sammanställning<sup>5</sup> följer även av Sveriges internationella avtal och tidigare förarbeten till LOU. För fullständighetens skull behandlas dessa avtal nedan.

## ÄRENDETS HANDLÄGGNING HOS NOU

### De tillfrågade bolagen

Förteckning över de 335 bolag NOU skrivit till återfinns i bilaga A till detta yttrande. NOU har vid utskicket följt den förteckning som finns i regeringens 1997 års redogörelse över bolag med statligt ägande (skrivelse 1997/98:20) men har uteslutit organisationer som är statliga verk och av den anledningen anses vara upphandlande enheter.<sup>6</sup> NOU har vidare inte skrivit till bolag som trots statligt ägande inte omfattas av LOU eftersom de inte är svenska aktiebolag.<sup>7</sup> Under utredningens gång har framkommit att vissa bolag är vilande, har avvecklats eller att staten inte längre har någon ägarandel (jfr. 1998 års redogörelse för företag med statligt ägande<sup>8</sup>). Dessa bolag är på bilagan A markerade med fet stil.

Föreliggande utredning liksom EG-domstolens resonemang visar att en fullständig redovisning av uppdraget kräver en betydligt mera ingående analys av bolagens syfte, arbetssätt och villkor på marknaden än den mer formella granskningen av dess syfte och bolagsform som här varit möjlig.

NOU:s uppdrag omfattar inte föreningar, samfälligheter och stiftelser. (NOU har dock påbörjat en granskning av de stiftelseägda bolagen Sveriges Television AB, Sveriges Radio AB och Sveriges Utbildningsradio AB eftersom bolagens motsvarighet i Danmark anses vara upphandlande enheter.) Inte heller andra former av statligt ägande, t.ex. pensionsfonder och dess bolag ingår i utredningen. För att få en mera rättvisande bild av de upphandlande enheter vilka staten äger eller utövar inflytande över krävs en utökning av granskningen även till andra former av statligt ägande och inflytande, t.ex. myndighetsägda bolag som inte finns upptagna i regeringens skrivelse 1997/98:20.

---

<sup>5</sup> Sammanställningen skall dessutom hållas uppdaterad.

<sup>6</sup> Såsom Luftfartsverket, Sjöfartsverket och Svenska Kraftnät.

<sup>7</sup> NOU tar därmed inte ställning i frågan om dessa i utlandet registrerade bolag är eller borde anses vara upphandlande enheter enligt direktiven eller annan lagstiftning än LOU.

<sup>8</sup> Regeringens skrivelse för innevarande år 1998/99:20 och NOU:s tjänsteanteckningar i detta ärende. Regeringens skrivelse 1998/99:20 överlämnades till riksdagen den 17 september 1998 och kunde inte beaktas när NOU:s skrivelser avsändes.

Eftersom regeringsuppdraget således inte täcker samtliga organisationer som i Sverige kan anses utgöra "organ som lyder under offentlig rätt"<sup>9</sup> redogörs i det följande för de begränsningar, urvals- och tillvägagångsmetoder som NOU valt att göra. Valet av metoder har till viss del styrts av den korta tid och begränsade personella resurser som stått till buds för uppdraget. I det följande berörs även behovet av att färdigställa en förteckning över upphandlande enheter i Sverige och de praktiska möjligheterna därtill.

### Erhållna svar

NOU har i skrivelsen till bolagen bl.a. ställt frågorna:<sup>10</sup>

1. Anser Ni er vara en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU?
2. Anser Ni er vara en upphandlande enhet enligt 4 kap. 1 § LOU?

Fråga 2 ställdes av rationalitetsskäl för att söka undvika möjliga gränsdragningsproblem och för att kunna användas i en eventuell fortsatt utredning. NOU har påbörjat en granskning av vissa av bolagen, t.ex. Telia AB med dotterbolag.

Insamlingen av svaren har blivit oväntat arbetskrävande. Många bolag svarade inte i tid<sup>11</sup> och flera svar inkom först efter september 1998, trots flera nya utskick av NOU:s frågor och upprepade påminnelser per telefon.<sup>12</sup>

De inkomna svaren har NOU successivt bedömt utifrån de för bolagen angivna syftena och verksamhetsinriktningarna såsom dessa har kunnat utläsas ur bolagens verksamhetsbeskrivning, riksdagens beslut, statens ägardirektiv och instruktioner, SOU och andra handlingar. NOU har vidare genom telefonsamtal och särskilda skrivelser till berörda bolag inhämtat även andra upplysningar om bolagens verksamhet, deras syfte och inriktning, ägarförhållanden, styrelsens sammansättning, m.m. Viss kontakt har tagits även med regeringskansliet, eftersom flera bolag har uppgett att de tillsammans med deras departement har tolkat bestämmelserna så att de inte skulle vara upphandlande enheter.

Av de bolag som svarat på NOU:s frågor har 32 bolag svarat ja på fråga 1 och 32 bolag svarat ja på fråga 2. NOU bedömer att övervägande skäl talar för att de bolag som svarat ja på någon av frågorna också är upphandlande enheter. Någon ytterligare djupare granskning har därför inte vidtagits beträffande dessa bolag. Förteckning över dessa finns i **bilaga B**.

---

<sup>9</sup> EG-direktivens definition av upphandlande enheter i direktiven 93/36/EEG, 93/37/EEG, 92/50/EEG och 93/38/EEG.

<sup>10</sup> Bilaga H.

<sup>11</sup> Svaren skulle ha kommit in den 18 augusti. Vid augusti månads utgång hade knappt hälften av de tillfrågade bolagen inkommit med svar.

<sup>12</sup> Skrivelse från ett stort statligt bolag har kommit in den 17 november 1998. Detta trots hänvisning till Regeringens uppdrag, nytt utskick och flera telefonsamtal.

I bilaga C anges bolag som inte anser sig vara upphandlande enheter men där NOU ifrågasätter bedömningens riktighet. I denna bilaga ingår även bolag, som valt att inte ange något klart svar på frågorna men där NOU har anledning att anse dessa vara upphandlande enheter. Dessa bolag har blivit föremål för en fördjupad granskning. I bilaga C anges även anledningen till granskningen och diarienummer på de ärenden i vilka dessa bolag särskilt kommer att behandlas.

Särskild granskning med hjälp av advokater har skett av följande stora bolagsgrupper:

1. Almi Företagspartner AB med dotterbolag
2. AmuGruppen AB med dotterbolag
3. Posten AB med dotterbolag
4. Samhall AB med dotterbolag.

NOU har anlitat advokathjälp även för granskning av

5. Telia AB med dotterbolag, såsom exempel på bolag verksamma inom försörjningssektorerna

och

6. Sveriges TV, Radio och Utbildningsradio, såsom exempel på stiftelseägda bolag.

Då de två sistnämnda grupperna redovisas inte inom ramen för denna utredning.

Övriga bolag har granskats enbart av NOU. Arbetet har gjorts så uttömmande som varit möjligt inom ramen för den angivna tiden.

Vissa gränsdragningsproblem har uppkommit avseende de granskade bolagens dotterbolag. Såsom EG-domstolen uttalade i Mannesmann-domen<sup>13</sup> kan ett helägt dotterbolag till en upphandlande enhet inte i sig anses utgöra upphandlande enhet. En preliminär självständig prövning har därför skett av varje enhet för sig för att avgöra om även dessa dotterbolag uppfyller rekvisiten för att vara upphandlande enhet, däribland att de inrättats för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Bolag som själva inte anser sig vara upphandlande enhet och angående vilka NOU för närvarande inte finner anledning att ifrågasätta bolagens bedömning anges i bilaga D.

### **Slutligt ställningstagande**

Utredningens tidsram m.m. har medfört att de i bilagan C upptagna bolagen inte har kunnat beredas tillfälle att ta del av NOU:s analys. Ett definitivt

---

<sup>13</sup> C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GesmbH, p. 41.

ställningstagande bör därför lämpligen anstå tills bolagen beretts tillfälle att bemöta denna.

Fortsatt arbete krävs för att en förteckning över de upphandlande enheter över vilka staten utövar inflytande blir någorlunda fullständig. En belysning av rättsläget och analys av olika organ skulle vidare behövas av andra former av "statligt" ägande och inflytande, t.ex. den verksamhet som ägs och drivs av olika myndigheter, statliga verk, stiftelser och fonder. I mån av resurser avser NOU att utreda även dessa grupper.

NOU har, som nämnts ovan, redan påbörjat granskningen av bolag inom Telia-koncernen och de stiftelseägda aktiebolagen Sveriges TV, Radio och Utbildningsradio. I ett annat projekt pågår kartläggningen av de kommunala bolagens upphandlingar. SCB har fått i uppdrag att genom en enkät insamla och delvis bearbeta uppgifter från kommunala bolag.

## **Behovet av att fastställa vilka juridiska personer i Sverige som omfattas av LOU**

NOU har i sin hittillsvarande verksamhet i huvudsak utgått ifrån att varje organisation själv skall avgöra om den är att anse som en upphandlande enhet enligt LOU. NOU har samtidigt länge ansett att en grundläggande förutsättning för att kunna utöva tillsyn över och prioritera mellan tillsynsobjekt, dvs. upphandlande enheter, är att kunna identifiera dessa. NOU vände sig år 1997 till regeringen för att påtala problemet med oklarheterna beträffande de statliga bolagen.

Vilka organ som skall anses omfattas av begreppet upphandlande enhet har grundläggande betydelse för frågan om organisationen har skyldighet att upphandla i enlighet med EG-direktiven, GPA<sup>14</sup> och LOU. Ytterst gäller det Svenska statens ansvar gentemot de övriga medlemsstaterna i EU, nämligen att alla de organ som rätteligen bör omfattas av regleringen också gör det. I direktiv 93/37/EEG art 1 b) andra st. anges följande:

Förteckningarna över organ eller kategorier av organ som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1. Dessa förteckningar skall vara så fullständiga som möjligt och kan revideras enligt artikel 35. För ändamålet skall medlemsstaterna regelbundet informera kommissionen om varje ändring i sina förteckningar över organ och kategorier.

Direktiv 93/36/EEG art 1, fjärde st. hänvisar till samma bestämmelse.

Motsvarande bestämmelse finns även i direktiv 92/50/EEG art. 1 e).<sup>15</sup>

För att uppfylla kravet på förteckningar måste regeringen sannolikt fastställa en lista över upphandlande enheter.

---

<sup>14</sup> Världshandelsorganisationens avtal Government Procurement Agreement (GPA).

<sup>15</sup> I artikeln anges: Förteckningar över organ, eller kategorier därav, som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket i denna punkt återfinns i bilaga 1 till direktiv 71/305/EEG. Dessa förteckningar skall vara så uttömmande som möjligt och kan revideras enligt det förfarande som fastställs i artikel 30b i det direktivet.

Här kan även nämnas att EG-kommissionen i sina "Guidelines" anger vilka enheter i de respektive medlemsländerna som omfattas av direktiven. För Sveriges vidkommande anges därvid att det är alla icke-kommersiella enheter vars upphandling står under tillsyn av NOU.<sup>16</sup> Detta innebär att det är nödvändigt att regeringen vet vilka organisationer som av NOU anses vara upphandlande enheter.

Begreppet upphandlande enhet har vidare betydelse vid tillämpning av undantagen grundade på ensamrätt enligt artikel 6 i tjänstedirektiv 92/50/EEG och artikel 11 i försörjningsdirektiv 93/38/EEG och 5 kap. 2 § LOU. En utökad krets av organ som omfattas av bestämmelserna i LOU kan i vissa fall även medföra bortfall av formbundna upphandlingar. Upphandling av tjänster behöver t.ex. inte göras från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamsätt att utföra tjänsten.<sup>17</sup>

Vad som menas med upphandlande enhet får ytterligare en dimension vid bestämmande av om en myndighet eller bolag utgör en eller flera upphandlande enheter. Denna betydelse uppstår framför allt vid förhandsannonsering då samtliga planerade upphandlingar inom respektive varuområde/tjänstekategori inom den upphandlande enheten skall sammanräknas för det kommande budgetåret och annonseras för det fall värdet inom respektive varuområde/tjänstekategori uppgår till 750 000 ecu (2 kap. 6 §, 4 kap. 14 § och 5 kap. 11 § LOU).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Guidelines finns angående de klassiska direktiven, här kan nämnas "Guidelines to the Community rules on public procurement of services", ISBN 92-828-0038-5, sid. 95 i vilka det anges: "XV SWEDEN. All non-commercial bodies whose whole procurement is subject to supervision by the National Board for Public Procurement." Vad kommissionen avser med "whole procurement" är inte klart. Jfr. även vad som i bilagan E till denna utredning sägs om NOU:s tillsyn och det cirkelresonemang detta kan leda till.

<sup>17</sup> AB Svensk Bilprovning har före lagändringen i SFS 1997:1068 inte ansett sig omfattas av LOU fastän bilprovningstjänster i prop. 1992/93:88 sid. 96 nämns som exempel på sådan tjänst som omfattas av undantaget i 5 kap. 2 § LOU.

<sup>18</sup> Motsvarande regler finns även för byggentreprenader.



## Sammanställning över upphandlande enheter

Syftet med regeringsuppdraget är att utreda och färdigställa en sammanställning över de statliga bolag som kan anses utgöra upphandlande enheter enligt LOU. Sådana listor nämns i direktiven och har behandlats i förarbetena till LOU.

Redan i prop. 1992/93:88 (sid. 41) angavs att det kan finnas skäl att ge ut s.k. enhetslistor, dvs. listor som förtecknar de myndigheter, företag m.m. som omfattas av LOU och därvid också skall följa lagens bestämmelser. Listorna skulle vara omfattande och aktuella. Departementschefen anförde vidare:

"Det torde emellertid inte vara möjligt att någonsin uppnå sådan kvalitet på listorna att man med stöd av dessa skulle kunna undvara en definitionsbestämmelse i lagen. Det bör därför inte komma i fråga att listorna får karaktär av normgivning. De listor som kan övervägas bör lämpligen vara av endast exemplifierande karaktär. Sådana listor bör vid behov kunna ges sedan det nya systemet tillämpats en tid. Enligt min mening bör listorna kunna ges ut av den nya Nämnden för offentlig upphandling som jag senare kommer att föreslå inrättad".

En lista över organisationer eller kategorier av sådana organisationer som lyder under offentlig rätt finns i en bilaga till byggdirektivet (93/37/EEG). Även andra direktiv förutsätter en sådan lista.<sup>19</sup> Listan är dock inte normerande för om organisationen i fråga är en upphandlande enhet. Av EG-domstolens domar kan man också utläsa att det i tveksamma fall är definitionen i direktivet och inte huruvida organisationen finns angiven på listan som avgör om ett organ är att anse som upphandlande enhet.<sup>20</sup>

NOU har byggt upp ett register över de myndigheter och organisationer som kan vara upphandlande enheter enligt lagen. Registret har dock inte haft någon normerande verkan vad gäller fastställandet av vilka som är upphandlande enheter. De som upptogs i registret var de enheter som sannolikt borde ha omfattats av LOU. Registret omfattar ca 4 000 enheter. Det verkliga antalet upphandlande enheter kan emellertid enligt NOU:s bedömning uppgå till ett betydligt större antal eftersom de juridiska personerna ibland består av flera upphandlande enheter.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Jfr. t.ex. dir. 92/50/EEG art. 1 "The lists of bodies or of categories of such bodies governed by public law which fulfil the criteria referred to in the second subparagraph of this point are set out in Annex I to Directive 71/305/EEC. These lists shall be as exhaustive as possible and may be reviewed in accordance with the procedure laid down in Article 30b of that Directive."

<sup>20</sup> Kommissionen ./ Portugal, mål C-247/89.

<sup>21</sup> Margareta Hentze och Hans Sylvén nämner i boken Offentlig upphandling att antalet upphandlande enheter i Sverige kan vara så många som 10 000. Vid nämndsammanträdet avseende yttrande över Riksdagens revisorers rapport om offentlig upphandling, NOU:s dnr 301/97-22, uttalade NOU att "NOU:s tillsyn omfattar kanske 10 000 upphandlande enheter och enligt Riksdagens revisorers egen bedömning ca. 280 miljarder kronor".

NOU ger ut nyhetsbrevet NOU info. Ett exemplar av nyhetsbrevet har fram till våren 1998 sänts ut fyra gånger per år automatiskt och kostnadsfritt till upphandlande enheter i NOU:s register. Sedan NOU fått en hemsida på Internet får de upphandlande enheterna inte några gratis exemplar utan de som så önskar får prenumerera hos Fritzes InformationsCenter eller läsa nyhetsbrevet (och ta utskrift av detsamma) på NOU:s hemsida. NOU har vid genomgång av sitt adressregister konstaterat att flera bolag med statligt ägande återfinns i registret även om bolagen enligt den nu genomförda utredningen fortfarande inte anser sig vara upphandlande enheter.

En förteckning över myndigheter som skall följa GATT-överenskommelsen om statlig upphandling finns i bilaga I till förordningen (1980:849) om tillämpning av GATT-överenskommelsen om statlig upphandling. Förteckningen har inte längre någon praktisk betydelse, men den kan vara av visst intresse då förteckningen omfattar några statliga verk, som numera ombildats till aktiebolag med statligt ägande med i huvudsak samma uppgifter.

### **Möjligheter att i praktiken fastställa vilka organisationer som omfattas av LOU**

De svenska domstolarna och EG-domstolen kan fastställa att en viss organisation är upphandlande enhet medan däremot EG-kommissionen och NOU enbart kan uttolka att organisationen ifråga bör anses vara en upphandlande enhet. De praktiska möjligheterna att fastställa vilka bolag som är upphandlande enheter är emellertid något begränsade.

**EG-domstolen** har givetvis rätt att i ett förhandsavgörande (tolkningsbesked) uttala sig i frågan huruvida ett organ bör omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. EG-domstolen är dock i regel beroende av att frågan först kommer under en nationell domstols prövning, vilket, som diskuteras nedan, inte är helt självklart att så sker.

**EG-kommissionen** kan också själv ta upp frågan och granska huruvida ett bolag omfattas av upphandlingsdirektiven.<sup>22</sup> Kommissionen kan ta upp frågan med det berörda bolaget och medlemsstaten och även föra talan i EG-domstolen.

**NOU** utövar tillsyn över de bolag som i Sverige omfattas av LOU<sup>23</sup>. Bolag som inte är upphandlande enheter har därför ingen lagstadgad skyldighet att

---

<sup>22</sup> Detta har t.ex. skett avseende Systembolagets ställning. EG-domstolen har i det s.k. Franzén-målet (C-189/95, meddelat den 23 oktober 1997) inte uttalat sig i frågan om Systembolaget är upphandlande enhet. EG-kommissionen har ännu inte beslutat sig för hur denna fråga i fortsättningen kommer att hanteras. NOU underlåter därför i denna utredning att ta ställning i frågan om Systembolaget AB.

<sup>23</sup> I 7 kap. 9 § LOU anges: "En särskild nämnd, Nämnden för offentlig upphandling, utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-28

underkasta sig någon granskning av NOU. Svaret på frågan huruvida NOU:s tillsyn inbegriper rätt att granska bolag i syfte att fastställa vilka bolag som omfattas av LOU är omtvistat. Även EG-domstolens uttalande i BT-målet<sup>24</sup> har felaktigt lett till ifrågasättande av NOU:s behörighet att ange om en organisation bör anses vara eller inte vara upphandlande enhet. En närmare analys av domen i BT-målet visar att det inte föreligger några hinder mot att NOU uttalar sin åsikt i frågan huruvida en organisation är en upphandlande enhet. NOU torde därmed även äga rätt att infordra handlingar från en sådan organisation.<sup>25</sup>

NOU har på direkt fråga från ett antal allmännyttiga bostadsföretag tillhörande SABO-företagen uttalat sig att dessa omfattas av LOU.<sup>26</sup>

De centrala bestämmelserna i LOU har vidare fr.o.m. den 1 januari 1998 fått en ny lydelse (se nedan). Regeringens proposition med den föreslagna nya lydelsen har varit känd och NOU har för flera år sedan påtalat att den tidigare lydelsen ifrågasattes av EG-kommissionen. Någon klarhet har dock inte rått. Svenska domstolar har i sin dömande verksamhet använt sig av den nu enligt propositionen felaktiga tolkningen av begreppet upphandlande enhet<sup>27</sup> och flera bolag har angivit att de avvaktar med ställningstagande i frågan tills den nya lydelsen träder i kraft och till dess EG-domstolen uttalar sig i frågan. Denna inställning kan dock inte anses vara berättigad, i vart fall inte för tiden efter den 1 januari 1998, då den ändrade svenska lydelsen trädde i kraft och EG-domstolen samma månad uttalat sig i Mannesmann-domen.

NOU har med anledning av den tidigare rådande osäkerheten i en skrivelse till regeringen begärt att krav ställs på de statliga bolagen att dessa åtminstone tar ställning till och officiellt klargör huruvida de betraktar sig som upphandlande enhet (NOU:s ärende dnr 198/97-29, avsänt den 5 september 1997).

---

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

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

<sup>24</sup> C-392/93 The Queen mot Treasury, ex parte British Telecommunications plc angående tolkning av direktiv 90/531. Storbritannien hade vid införlivandet av direktivet förklarat att bl. a. British Telecommunications (BT) inte omfattades av undantaget i direktivet enligt art. 8 (1) [motsvarar art. 8 (1) i 93/38]. EG-domstolen uppgav att det inte ankom på medlemsstaten att avgöra när undantaget var tillämpligt. Detta skulle uttryckligen enligt direktivet avgöras av den upphandlande enheten själv (p. 1 i domslutet).

<sup>25</sup> I 7 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

<sup>26</sup> NOU:s ärende dnr. 19/94-21, 20/94-21, m.fl. i vilka NOU uttalade att flera kommunala fastighetsbolag var upphandlande enhet och därmed vid upphandling skulle följa LOU.

<sup>27</sup> Kammarrätten i Göteborg (mål nr 8109-1995) har vid en laglighetsprövning tolkat denna paragraf så att det kommunala bostadsföretaget, AB Bjuvbyggen, inte skulle behöva följa LOU vid sin upphandling av tjänster. Ej PT i RegR.

I sista hand ankommer det på en svensk **domstol** att avgöra dels om en organisation är att anse som en upphandlande enhet och dels om eventuella skadeståndskrav kan riktas mot den organisationen. Vad gäller de statliga bolagen som inte anser sig omfattas av LOU är det emellertid svårt för leverantörer att med framgång vända sig till domstol och få fastställt att sådana bolag är upphandlande enheter. De statliga bolagen omfattas inte av bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet. En leverantör som inte tillfrågats kan därför i regel inte ta reda på vilka anskaffningar som görs. Även vid upphandling under tröskelvärdena har han begränsade möjligheter att få ut förfrågningsunderlaget om han inte erbjudits att lämna anbud. Han kan knappast av praktiska skäl åberopa bestämmelsen i 6 kap. 6 § LOU, vilket innebär att en icke tillfrågad eller förbigången leverantör endast i rena undantagsfall kan hinna med att begära överprövning i allmän förvaltningsdomstol innan ett avtal har slutits. Det kan inte uteslutas att länsrätten avslår yrkandet med hänvisning till 7 kap. 1 eller 2 §§ LOU med motiveringen att det inte finns en behörig klagande (leverantör som lidit skada) eller att yrkandet har inkommit för sent. Att föra skadeståndstalan i tingsrätten utan att ha lämnat in ett anbud kan vid dagens rättsläge och praxis bedömas som i det närmaste utsiktslöst. I de flesta fall är det därför omöjligt att få till stånd en domstolsprövning av frågan huruvida ett bolag med statligt ägande är en upphandlande enhet eller inte. I flera länder är denna fråga delvis löst genom offentlig anbudsöppning.<sup>28</sup>

NOU anser mot bakgrund av det ovan anförda att reglerna för bolag med statligt ägande snarast bör bli föremål för en utredning avseende kravet på öppenhet/transparens vid offentlig upphandling. Reglerna bör tillgodose behovet av information i samband med upphandling, överprövning och skadestånd.

Ett statligt bolag har därför vid nuvarande förhållanden i praktiken ganska stora möjligheter att under en lång tid undvika att följa reglerna om offentlig upphandling utan att några mera påtagliga åtgärder kan vidtas mot bolaget.

## **Begreppet upphandlande enhet**

Redogörelse för vad som avses med upphandlande enhet i LOU, GPA och EG-rätten finns i bilaga E till denna utredning. Nedan anges endast NOU:s slutsatser om rättsläget som i denna utredning lagts till grund för bedömningen av vilka organisationer som bör klassificeras som upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.

1. Upphandlande enhet är sådan organisation som
  - a) har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär

---

<sup>28</sup> Jfr. t.ex. Belgien och i Danmark (licitationsloven avseende upphandling av byggentreprenader).

- b) är juridisk person
- c) uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

Behov i det allmännas intresse (enligt p. 1 ovan) är de "behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på".<sup>29</sup> Den svenska rätten, den politiska traditionen, samhälls- och marknadssituationen i Sverige bör därför beaktas.

Det finns allmännyttiga behov av kommersiell karaktär och allmännyttiga behov av icke-kommersiell karaktär.<sup>30</sup> Alla behov i det allmänna intresset är således inte av icke-kommersiell karaktär.

Det torde inte spela någon roll i vilken form verksamheten bedrivs.<sup>31</sup>

Även en liten andel allmännyttiga behov medför att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastas LOU:s reglering.<sup>32</sup> Bolag i samma koncern skall dock bedömas var för sig.<sup>33</sup>

Alla tre villkor enligt punkt 1 ovan, a) behov i det allmännas intresse, b) juridisk person och c) statens inblandning) är "kumulativa" och preciserar därmed vad som menas med "organ som lyder under offentlig rätt" (eller upphandlande enhet), jämför Mannesmann-domen.

2. Begreppet stat måste tolkas i vid bemärkelse och i funktionella termer oberoende av lagstiftningen i det enskilda medlemslandet.<sup>34</sup>

3. Det bör rimligen göras en ändamålsenlig tolkning av direktivreglerna för att avgöra vilka bolag som är upphandlande enheter. Reglernas syfte att bevara den fria konkurrensen och åstadkomma fri rörlighet av varor och tjänster skall därvid tillmätas stor betydelse.

## **De granskade bolagens invändningar**

Vissa av de tillfrågade bolagen har anfört olika skäl till varför de inte bör anses vara upphandlande enheter enligt LOU. Av dessa förtjänar vissa

---

<sup>29</sup> Arnhem-domen, p. 51.

<sup>30</sup> Arnhem-domen, p. 36.

<sup>31</sup> Beentjes, C-31/87, ECR 4655, p 11 - 13.

<sup>32</sup> Mannesmann-domen, p. 25. I Arnhem-domen, p. 55 anges: "Det förhållandet att det endast är en relativt obetydlig del av den verksamhet som detta organ faktiskt bedriver som består i att tillgodose allmännyttiga behov är inte heller relevant, då en sådan enhet fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose".

<sup>33</sup> Mannesmann-domen, p. 39 och Arnhem-domen, p. 57.

<sup>34</sup> Beentjes-domen, p. 11 och 12.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-28

närmare kommentar. I bilaga F återfinns en förteckning över de bolag som avses.

### **Konkurrensutsättning**

En vanlig invändning är att bolagets verksamhet är utsatt för konkurrens. Denna invändning kan inte utan vidare godtas. Frånvaron av konkurrens är inte ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt. På samma sätt är inte den omständigheten att behoven kan tillgodoses eller tillgodoses av privata företag tillräckliga bevis för att ett behov av allmänt intresse inte föreligger. Direktiven och LOU kan omfatta även bolag vilkas allmännyttiga syften medför att de kan komma att ta andra hänsyn än att på kort eller lång sikt maximera vinsten. Dessa organ kan med hänsyn till de behov de tillgodoser (behov i det allmännas intresse) i vissa situationer åsidosätta principerna för normal kommersiell drift<sup>35</sup>. Förutsatt att de övriga rekvisiten för definition av upphandlande enhet är uppfyllda, bör ett sådan organ omfattas av LOU.

Regeringen indelar i sin skrivelse (Skr. 1998/99:20 sid. 13) de statliga bolagen i bolag som 1. tillhandahåller infrastrukturella tjänster, 2. uppfyller sektorpolitiska mål (t.ex. social-, regional-, närings- eller arbetsmarknadspolitiska mål), 3. sköter en kontrollverksamhet till viss del av myndighetsliknande karaktär, 4. sysslar med fastighetsförvaltning, 5. finansiella tjänster, 6. temporära bolag (avsedda att avvecklas) och 7. kommersiella bolag. Samma bolag återfinns i flera kategorier. Framför allt de bolag som tillhör grupperna 1 - 4 kan i sin verksamhet styras av sådana "särskilda uppgifter" att val av leverantör kan ske på andra än rent kommersiella grunder.

I prop. 1992/93:88 anges att syftet med direktiven är att åstadkomma att den offentliga sektorns upphandling utsätts för marknadens villkor och därför sker på ett affärsmässigt sätt. "De företag som redan är utsatta för konkurrens bedriver redan en affärsmässig upphandling, och reglerna skall därför inte tillämpas på dessa." Konkurrensens förekomst kan dock inte utesluta direktivens och LOU:s tillämpning. EG-domstolen uttrycker detta i Arnheim-domen (p. 43) med följande ord:

"Den omständigheten att det förekommer konkurrens är emellertid inte tillräckligt för att utesluta möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten (...) låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Således kan ett sådant organ till exempel förorsaka ekonomiska förluster av att det för en viss politik för inköp från det organ som det är nära beroende av. (p.47) Av detta framgår att artikel 1 b i direktiv 92/50 kan tillämpas på ett visst organ, även om privata företag tillgodoser eller skulle kunna tillgodose samma behov som detta, och att frånvaron av konkurrens inte är nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt."

NOU har därför noggrannare granskat huruvida dessa bolag verkligen styrs av endast ekonomiska hänsyn och hur deras vinstkrav är formulerade.

<sup>35</sup> *Ovan anförd* dom av den 16 juni 1987.

### **Utsatta för konkurrens inom tillståndspliktig verksamhet**

Ett antal bolag hävdar att de visserligen bedriver tillståndspliktig verksamhet men att tillståndet kan erhållas även av andra.

I prop. 1992/93:88 sid. 40 anges att ett "tillståndskrav brukar föra med sig att företag i fråga har en särställning på sin marknad och därför teoretiskt sett kan sägas vara i den ställningen att verksamheten inte behöver vara helt affärsmässig. Låt vara att många företag i denna kategori rent faktiskt upphandlar rent affärsmässigt. Om däremot det tillstånd det är fråga om ges till alla som söker tillstånd kan det sägas att den marknad som företaget arbetar på inte är skyddad i någon reell mening. Direktiven föreskriver också undantag i sådana situationer".

Regeringen anger i årets sammanställning över bolag med statligt ägande följande:<sup>36</sup>

"Många av de statliga bolagen verkar på marknaden utan fungerande konkurrens, vilket kan bero på att bolagen har lagstadgade monopol eller har andra särskilda uppgifter och får årliga tillskott från staten. Många av bolagen är dessutom i en eller annan omfattning ålagda att utföra samhällsåtaganden, dvs. producera varor eller tjänster som är ekonomiskt olönsamma. För dessa bolag gäller att prestationerna måste mätas på annat sätt än genom rent företagsekonomiska kriterier. (...) Åtagandena kan ses som uppdrag som bolaget utför åt staten. Det är därför av betydelse att de preciseras till sitt innehåll och att det klart framgår hur de skall finansieras." Regeringen hänvisar här till en rapport av Riksdagens revisorer 1997/98:2 sid. 81f).

NOU har utgått ifrån verksamhetens karaktär och de faktiska konkurrensmöjligheterna. Avgörande betydelse har fästs vid den offentliga regleringens karaktär och det skyddsnet som vissa bolag har fått eller har upparbetat. Även om det finns andra företag på marknaden måste det vara svårt att konkurrera med t.ex. Posten AB dels på grund av de offentligt bestämda avgifterna som dessa bolag kan stödja sig på (som ytterst medför att de i normala fall inte kan gå i konkurs), dels på grund av den infrastruktur som byggts upp redan under dessa bolags tidigare verksamhet som statliga verk. Huruvida bygger på utfärdade lagar eller förordningar saknar betydelse för begreppet upphandlande enhet.<sup>37</sup>

### **Bolagisering**

Vissa bolag har anfört att de utgör en tidigare förvaltningsstyrd verksamhet som bolagiserats i avsikt att följa aktiebolagslagens bestämmelser och därmed har vinstsyfte. Denna invändning kan godtas endast under

---

<sup>36</sup> Skr. 1998/99:20, sid. 14.

<sup>37</sup> Arnhem-domen, p. Punkt 60. Domstolen anger att det för bestämmande av begreppet upphandlande enhet saknar betydelse huruvida verksamheten eller organets tillblivelse bygger på lag eller annan författning. Samma kriterier är dock väsentliga för tillämpningen av art. 6 i direktiv 92/50/EEG (5 kap. 2 § LOU).

förutsättning att bolaget kan visa att det inte längre bedriver sådan verksamhet som består av att tillgodose allmännyttiga behov utan kommersiellt karaktär.<sup>38</sup> Som framgår av Mannesmann-domen upphör en upphandlande enhet inte att vara sådan enhet bara för att den vid sidan av verksamheten i det allmännas intresse bedriver en annan verksamhet i vinstsyfte, även om den sistnämnda är omfattande och avser rent kommersiella eller industriella behov.<sup>39</sup>

### **Inköp av s.k. fria varor sker i ren konkurrens**

Ett bolags invändning är att bolagets huvudsakliga inköp inte omfattas av LOU och inköp av s.k. fria varor sker i ren konkurrens med andra återförsäljare som säljer denna typ av varor och har således en ren kommersiell karaktär.

NOU anser att även de bolag som på grund av särskilda bestämmelser till äventyrs skulle kunna undantas från upphandling av vissa speciella varor och tjänster inte innebär att all dess anskaffning kan undantas från LOU:s tillämpning. EG-domstolen anger i Mannesmann-domen<sup>40</sup> bl.a. att det inte existerar någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande enhet tecknar för att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som saknar samband med denna uppgift.

### **Moderbolaget omfattas men inte dotterbolagen**

Flera bolag har med varierande grad av säkerhet anfört att moderbolaget förmodligen omfattas men att detta inte gäller dotterbolagen. Förutom svårigheter att klarlägga vad de olika dotterbolagen egentligen arbetar med uppkommer vid sådan invändning även frågor avseende vad som menas med självständiga bolag och hur moderbolagets allmännyttiga verksamhet utan kommersiell karaktär påverkar dotterbolagen. Anledningen därtill är att vissa koncerner behandlas av regeringen och tillsyns- eller tillståndsmyndigheterna som en enhet fastän de består av flera bolag av vilka vissa kan betecknas som endast utlokaliserade stabsfunktioner (outsourcing eller divisionering). Det är t.ex. moderbolaget som har alla tillstånd och ensamrätter och dotterbolagen sköter den faktiska verksamheten. Angående sammanblandning av kommersiell och allmännyttig verksamhet har EG-domstolen redan uttalat i Mannesmann-målet<sup>41</sup> att det faktum att det bedrivs andra verksamheter vid sidan av den huvudaktivitet som utgör organets institutionella

---

<sup>38</sup> Arnhem-domen, p. 55.

<sup>39</sup> Mannesmann-domen, p. 25.

<sup>40</sup> Mannesmann-domen, p. 32.

<sup>41</sup> Generaladvokaten i Arnhem-målet ville i sitt förslag till avgörande påpeka att det är omöjligt att göra åtskillnad mellan å ena sidan verksamheter av icke-kommersiell och icke-industriell karaktär och å andra sidan dem som har denna karaktär, så snart som ifrågavarande organ hör till dem som utgör en sådan upphandlande enhet som avses i direktivet om offentliga arbeten eller tjänster. Generaladvokaten anser att frånvaron av risk, som utmärker ifrågavarande organs sätt att verka, medför att verksamheten, även om den i teorin kan göras ekonomiskt lönsam, slutligen inte kan skiljas från den institutionellt stadfästa verksamheten. Denna absorberar således de övriga verksamheterna och berövar dem deras kommersiella eller industriella karaktär.



verksamhetssyfte i sig inte kan anses vara av sådan vikt att det förändrar arten av ifrågavarande organ med avseende på direktivets tillämpning på ärenden rörande offentlig upphandling.

### **Inköp är inte upphandling i LOU:s mening**

Vissa bolag anser att de inköp som hänför sig till bolagets huvudsakliga verksamhet inte utgör upphandling i LOU:s mening. En annan variant av samma invändning är att bolaget gör skillnad mellan upphandling och inköp m.fl. anskaffningsformer. NOU anser att dessa invändningar inte kan förändra bedömningen. Egenskapen av att vara upphandlande enhet innebär att enheten (om det inte finns några uttryckliga undantag i LOU) måste göra sina inköp i enlighet med lagen. Detta innebär dock inte att alla varor, entreprenader och tjänster behöver upphandlas genom ett formbundet anbudsförfarande då vissa anskaffningar inte behöver göras genom den ordning som gäller för offentlig upphandling<sup>42</sup> och kan i vissa fall direktupphandlas enligt 6 kap. 2 § LOU.

Den omständigheten att ett bolags huvudsakliga inriktning gäller ett område som är undantaget från reglerna om formbunden upphandling (öppen, selektiv, förhandlad eller förenklad upphandling) innebär inte att bolaget inte skall tillämpa dessa former avseende andra typer av anskaffningar, såsom byggnader, transporter, tjänster, möbler, m.m.

### **Inga större inköp görs**

Något bolag har anfört att bolaget är så litet att några större inköp inte görs. Denna invändning kan inte godtas. Den omständigheten att bolaget inte gör några större inköp utesluter inte att bolaget är upphandlande enhet. Om bolaget gör upphandlingar<sup>43</sup> skall det följa LOU. Mindre upphandlingar skall då enligt 6 kap. 2 § LOU göras genom förenklad eller direkt upphandling.

### **Departementet har tagit ställning till att bolaget inte är upphandlande enhet**

Flera bolag har anfört att deras huvudman har uttalat att bolaget inte omfattas av LOU. De har här hänvisat till enskilda departement. NOU har att närmare granskat dessa invändningar. Några dokumenterade uttalanden eller beslut har inte kunnat presenteras. I de granskade fallen har NOU inte kommit fram till att dessa bedömningar varit sakligt grundade.

## **Utredningens slutsatser**

NOU överlämnar härmed till regeringen sin redovisning av uppdraget.

NOU:s behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU ävensom Sveriges

<sup>42</sup> T.ex. undantagen i 5 kap. 1 § LOU.

<sup>43</sup> Enligt LOU är upphandling köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

internationella åtaganden kräver att det finns en förteckning över upphandlande enheter.

Bland de bolag som finns redovisade som bolag med statligt ägande finns ett antal bolag och bolagsgrupper som redan nu tillämpar LOU (bilaga B) och ett antal bolag och bolagsgrupper som enligt NOU:s bedömning borde göra det (bilaga C). I de redovisade bolagsgrupperna kan dock ingå något bolag angående vilket bedömningen är mera osäker.

Av bilagorna B och C framgår vilka svenska bolag med statligt ägande som NOU anser vara upphandlande enheter. Bolag upptagna i bilaga C bör emellertid beredas möjlighet att bemöta NOU:s ställningstagande. Då förteckningen inte är normerande för frågan om ett bolag är att betrakta som en upphandlande enhet och bolagen kan genomgå olika förändringar avseende sin verksamhetsinriktning, ägarförhållanden och styrelsesammansättning kan förnyade ställningstaganden bli aktuella i framtiden.

Det genomförda arbetet omfattar inte alla de organ som kan anses omfattas av 1 kap. 6 § LOU och gemenskapsdirektiven. Ytterligare kartläggning behövs för att upprätta en någorlunda heltäckande förteckning över de organisationer som omfattas av begreppet upphandlande enhet.

Uppdraget är härmed avslutat.

---

**BILAGOR:**

**A - Bolag med statligt ägande**

**B - Bolag som anser sig vara upphandlande enheter**

**C - Bolag som borde anse sig vara upphandlande enheter**

**D - Bolag som sannolikt inte är upphandlande enheter.**

**E - Begreppet upphandlande enhet**

**F - Skälen till varför bolag på bilagan C bör anses vara upphandlande enheter**

**G - Regeringens uppdrag**

**H - NOU:s skrivelse till bolagen**

## **Bilaga A till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Bolag med statligt ägande**

I bilaga A återges samtliga bolag som anges ha statligt ägande enligt regeringens skrivelse 1997/98:20, 1997 års redogörelse för företag med statligt ägande (368 stycken).

Bolag som inte tillskrivits är markerade med *kursiv och fet stil* (34 stycken). Denna grupp omfattar bl.a. bolag som inte är registrerade som svenska bolag. I samma grupp ingår även vissa bolag som per definition anses vara upphandlande enhet, såsom SJ, Luftfartsverket och Sjöfartsverket.

Bolag markerade med enbart **fet stil** har tillskrivits men anges numera vara vilande, avvecklade eller inte längre i statlig ägo (jfr. Regeringens skrivelse 1998/99:20, 1998 års redogörelse för företag med statligt ägande och NOU:s tjänsteanteckningar i ärendet).

1. *A/O DOM SHVETSII*
2. *A/S Bukserbåter*
3. *A/S Taraldsvik*
4. AB BOSTADSGARANTI
5. AB Finspång Energi
6. AB GÖTA KANALBOLAG
7. AB Industrikredit (publ)
8. AB Kiruna Grus & Stenförädling
9. AB KURORTSVERKSAMHET
10. AB Materialröntgen MRQ
11. AB Myntverket
12. AB Pite Energi AB
13. AB Sektionen
14. AB Svafö

Datum  
1998-10-28

Vår beteckning  
172/98-21

15. AB Svelast
16. AB SVENSK BILPROVNING, ASB
17. AB SVENSK EXPORTKREDIT
18. AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET
19. AB SVENSKA SPEL
20. AB Svenska Spels Servicecenter
21. AB Trafikrestauranger
22. AB Tranås Kuranstalt
23. AB TUMBA BRUK
24. A-BANAN PROJEKT AB
25. ALMI FÖRETAGSPARTNER AB
26. ALMI Företagspartner Blekinge AB
27. ALMI Företagspartner Dalarna AB
28. ALMI Företagspartner Gotland AB
29. ALMI Företagspartner Gävleborg AB
30. ALMI Företagspartner Halland AB
31. ALMI Företagspartner Jämtland AB
32. ALMI Företagspartner Jönköping AB
33. ALMI Företagspartner Kalmar AB
34. ALMI Företagspartner Kronoberg AB
35. ALMI Företagspartner Norrbotten AB
36. ALMI Företagspartner Skaraborg AB
37. ALMI Företagspartner Skåne AB
38. ALMI Företagspartner Stockholm AB
39. ALMI Företagspartner Sörmland AB
40. ALMI Företagspartner Uppsala AB
41. ALMI Företagspartner Värmland AB
42. ALMI Företagspartner Väst AB
43. ALMI Företagspartner Västerbotten AB
44. ALMI Företagspartner Västernorrland AB
45. ALMI Företagspartner Västmanland AB
46. ALMI Företagspartner Örebro AB
47. ALMI Företagspartner Östergötland AB
48. Amfora Vinhus AB
49. AMUGRUPPEN AB
50. **AmuGruppen Bergslagen AB**
51. AmuGruppen Hadar AB
52. **AmuGruppen Mitt AB**
53. **AmuGruppen Mälardalen AB**
54. **AmuGruppen Norr AB**
55. **AmuGruppen Småland AB**
56. **AmuGruppen Syd AB**
57. **AmuGruppen Väst AB**
58. **AmuGruppen Västerbotten AB**
59. **AmuGruppen Öst AB**
60. APOTEKSBOLAGET AB
61. Apoteksbolaget Kemi & Miljö AB

62. ASSIDOMÄN AB
63. AssiDomän BarrierCoating AB
64. AssiDomän Carton AB
65. AssiDomän Kraft Products AB
66. AssiDomän Packaging AB
67. AssiDomän Skog & Trä AB
68. AU-System Invest AB
69. **Baltic Cable AB**
70. Bastusels Kraft AB
71. Bengtsfors Kraft & Industri AB
72. Bergeforsens Kraft AB (har inte svarat)
73. **Bodens Energi AB**
74. **Bofors AB**
75. Bråviken Energi AB
76. Bullerforsen AB
77. CELSIUS AB
78. Celsius Invest AB
79. CelsiusTech AB
80. Combitrans Sweden AB
81. Confortia AB
82. Dokumenthuset i Sverige AB
83. Elforsk AB (svenska elföretagens Forsknings- och Utvecklings AB)
84. *Enator A/S*
85. **ENATOR AB**
86. **Enator Adedata AB**
87. **Enator Communications AB**
88. **Enator Deutschland GmbH**
89. **Enator Dotcom AB**
90. **Enator Driftentreprenader AB**
91. **Enator Information & Media**
92. **Enator Informationssystem AB**
93. **Enator IT System AB**
94. **Enator IT Tjänster AB**
95. **Enator Media Systems AB**
96. **Enator Networks AB**
97. **Enator ProcessManagement AB**
98. **Enator Produktion AB**
99. **Enator Teknik AB**
100. **Enator Teleanläggningar AB**
101. **Enator Telub AB**
102. **Enator Trigon AB**
103. **Enator Utland**
104. *Enator-Ryhmä OY*
105. Fastighets AB Kasernen i Halmstad
106. Fastighets AB Kasernen i Kristinehamn
107. Fastighets AB Kasernen i Skövde
108. Fastighets AB Kasernen i Stockholm

Datum  
1998-10-28

Vår beteckning  
172/98-21

109. **Fastighets AB Kasernen i Umeå**
110. Fastighets AB Kasernen i Uppsala
111. Fastighets AB Stämjärnet
112. **Fastighets AB Telaris**
113. FFV Aerotech AB (numera Celsius Aerotech AB)
114. Forsmarks Kraftgrupp AB
115. Fyriskraft AB
116. Försäkrings AB SweRe
117. Försäkringsaktiebolaget Vattenfall Insurance
118. FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAGET STATUM
119. G-Drill AB
120. Gotlands Energi AB
121. GP&C Sweden AB (bildat december -96)
122. GRÄNGESBERGS GRUVOR AB
123. Gulsele AB
124. Göteborgs Trafikleder AB
125. **HALMSTAD HÖGSKOLAS UTVECKLINGSAKTIEBOLAG**
126. Haparanda Värmeverk
127. HD-Divine AB
128. HOLDING AB VID HÖGSKOLAN I LULEÅ
129. **HOLDINGBOLAG VID VISSA UNIVERSITET OCH HÖGSKOLOR**
130. HOLDINGBOLAGET VID GÖTEBORGS UNIVERSITET AB
131. HOLDINGBOLAGET VID UMEÅ UNIVERSITET AB
132. HSG Development AB
133. **Hämeem Sähkö Oy**
134. Institutet för Hälso- och
135. **ISI AS**
136. Jämtkraft AB
137. Kalix Elnät AB
138. **KAROLINSKA INSTITUTET HOLDING AB**
139. KASERNEN FASTIGHETS AB
140. Kimit AB
141. Kockums AB
142. **Kraftbyggarna Invest AB**
143. Kraftdragarna AB
144. **KTH HOLDING AB**
145. KUNGLIGA DRAMATISKA TEATERN AB
146. KUNGLIGA OPERAN AB (OPERAN)
147. Kärnkraftssäkerhet & Utbildning AB
148. Lagena Distribution AB
149. **Lapuan Sähkö Oy**
150. LFV AirportCenter AB
151. LFV Handling AB
152. **LFV Holding AB**
153. Lilla Edets Fjärrvärme AB
154. Livförsäkringsaktiebolaget LIVIA (publ)

155. Ljusfors Kraft AB
156. **LKAB Far East Pte. Ltd.**
157. LKAB Fastighets AB
158. **LKAB S.A.**
159. **LKAB Schwedenerz GmbH**
160. **LUFTFARTSVERKET**
161. Luleå Energi AB
162. LUNDS UNIVERSITETS UTVECKLINGSAKTIEBOLAG
163. LUOSSAVAARA KIIRUNAVAARA AB, LKAB
164. Malmtrafik i Kiruna AB
165. **Malmö Vindkraftpark AB**
166. Miljödatacentrum i Kiruna AB (MDC)
167. Minelco AB
168. Motala Energi AB
169. **Nord Pool ASA - den nordiska elbörsen**
170. NORDBANKEN
171. Nordbanken Fastigheter AB
172. Nordbanken Finans AB (publ)
173. Nordbanken Hypotek AB (publ)
174. Nordbanken Inkasso AB
175. Nordbanken Kapitalförvaltning AB (publ)
176. Nordbanken Kommunlån AB (publ)
177. Nordic Digital Television AB
178. Nordic Power Invest AB
179. **Nordisk Gaskraft AB**
180. Nordiska Satellitaktiebolaget
181. NORRLAND CENTER AB
182. Nyköping Energi AB
183. **Oy Nordic Forest Plants AB**
184. **OY Teollisuuröntgen**
185. Pajala Värmeverk AB
186. **PHARMACIA & UPJOHN INC.**
187. **Pite Larm & Teletjänster**
188. Postbolagen AB
189. Posten Logistik AB
190. Posten Sverige AB
191. Postfastigheter AB
192. Postgirot Bank AB
193. Preem Gas AB
194. **Ragunda Energi AB**
195. Rail Combi AB
196. Royal Viking Hotel AB
197. SAKAB Batteri AB
198. SAMHALL AB
199. Samhall Alea AB
200. Samhall Aros AB
201. Samhall Avebe AB

Datum  
1998-10-28

Vår beteckning  
172/98-21

- 202. Samhall Brahe AB
- 203. Samhall Dacke AB
- 204. Samhall Dala AB
- 205. Samhall Erress AB
- 206. Samhall Femett AB
- 207. Samhall Formel AB
- 208. Samhall Freja AB
- 209. Samhall Gute AB
- 210. Samhall IDC AB
- 211. **Samhall Inc**
- 212. Samhall Informationsteknik AB
- 213. Samhall Kablage AB
- 214. Samhall Lavi AB 131
- 215. Samhall Leasing AB
- 216. Samhall Midland AB
- 217. Samhall Rehab AB
- 218. Samhall Restaurang AB
- 219. Samhall Resurs AB (fr o m 1/3 1997)
- 220. Samhall Safac AB
- 221. Samhall Support AB (fr o m 1/1 1997)
- 222. Samhall Syd AB
- 223. Samhall Vinga AB
- 224. SAQ KONTROLL AB
- 225. **SAQ OFP Certifiering AB**
- 226. SAS SVERIGE AB
- 227. SBL VACCIN AB
- 228. Scandlines AB
- 229. **SECURUM AB (numera Venantius AB)**
- 230. Sergel Kreditjänster AB
- 231. SJ Invest AB
- 232. **SJÖFARTSVERKET**
- 233. **Sjövik Projekt AB**
- 234. **SKDFÖRETAGEN AB**
- 235. **Skånebrännerier**
- 236. SLU HOLDING AB
- 237. SMP Svensk Maskinprovning AB
- 238. SOS ALARM AB
- 239. **SOS Alarmering AB**
- 240. SOS Flygambulans AB
- 241. SP - SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNINGSINSTITUT AB
- 242. SSC Satellitbild AB
- 243. STATENS BOSTADSFINANSIERINGSAKTIEBOLAG, SBAB
- 244. **STATENS JÄRNVÄGAR, SJ**
- 245. STATLIGA AKADEMISKA HUS AB
- 246. Statliga Akademiska Hus i Göteborg AB
- 247. Statliga Akademiska Hus i Linköping AB
- 248. Statliga Akademiska Hus i Luleå AB



249. Statliga Akademiska Hus i Lund AB
250. Statliga Akademiska Hus i Stockholm AB
251. Statliga Akademiska Hus i Ultuna AB
252. Statliga Akademiska Hus i Uppsala AB
253. Statliga Akademiska Hus Umeå AB
254. **STK Sydkontroll AB**
255. **STOCKHOLMS UNIVERSITET HOLDING AB**
256. Stockholmsleder AB (publ.)
257. STRI AB (Swedish Transmission Research Institute AB)
258. **Studsvik Holding AB**
259. Sve Rail Italia AB
260. SWEDAVIA AB
261. Swedel (Elförsörjningsföretagen i Sverige AB)
262. SwedeRail AB
263. SWEDESURVEY AB
264. Swedfund Financial Markets AB
265. SWEDFUND INTERNATIONAL AB
266. Swedish National Road
267. SwedPower AB
268. **SVEFA SVENSK FASTIGHETSVÄRDERING AB**
269. SweMaint AB
270. **Svensk Anläggningsprovning AB**
271. SVENSK AVFALLSKONVERTERING AB, SAKAB
272. Svensk Kärnbränslehantering AB (SKB)
273. **SVENSKA KRAFTNÄT (AFFÄRSVERKET)**
274. SVENSKA LAGERHUS AB
275. SVENSKA RYMDAKTIEBOLAGET
276. SVENSKA SKEPPSHYPOTEKSKASSAN
277. SVENSKA SKOGSPLANTOR AB
278. Svenska Spels Fastighets AB
279. **SVENSKA STATENS SPRÅKRESOR AB**
280. SVENSK-DANSKA BROFÖRBINDELSEN AB, SVEDAB
281. **SVENSKHEMMET VOKSENÅSEN A/S**
282. Svenskt Byggodkännande AB (SITAC)
283. SwePolLink AB
284. **SVERIGES GEOLOGISKA AB, SGAB, I LIKVIDATION**
285. SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD
286. SYSTEMBOLAGET AB
287. **Teaterdata i Sverige AB** (Anges vara dotterbolag till Dramaten som är upphandlande enhet, men har inte några anställda och sägs vara under likvidation)
288. TeleLarm AB
289. Teli Service AB
290. **Telia A/S**
291. TELIA AB
292. Telia Billing
293. Telia Finans AB

294. Telia Företag AB
295. Telia Försäkring AB/Telia
296. Telia Handel AB
297. Telia InfoMedia Interactive AB
298. Telia InfoMedia International AB
299. Telia InfoMedia Reklam AB
300. Telia InfoMedia Respons AB
301. Telia InfoMedia Television AB
302. Telia MegaCom AB
303. Telia Mobile AB
304. Telia Norge AS
305. Telia Nära AB
306. Telia Nättjänster
307. Telia Overseas AB
308. Telia Promotor AB
309. Telia PubliCom AB
310. Telia Swedtel AB
311. Telia Systems AB
312. Telia TeleCom AB
313. Telia TradeBase AB
314. Telia Treasury
315. **Telia UK Ltd**
316. **Telivo OY**
317. TERACOM AB
318. TERACOM Components AB
319. TGOJ AB
320. **Tierps Fjärrvärme AB**
321. **Unisource N.V.**
322. UNIVERSITETSHOLDING I LINKÖPING AB
323. **UPPSALA UNIVERSITETS UTVECKLINGSAKTIEBOLAG**
324. V&S VIN & SPRIT AB
325. VASAKRONAN AB
326. **Vattenfall A/S**
327. VATTENFALL AB
328. Vattenfall Bohus-Dal Elnät AB
329. Vattenfall Bränsle AB
330. Vattenfall Data AB
331. **Vattenfall Deutschland GmbH**
332. Vattenfall Energimätning AB
333. Vattenfall Energisystem AB
334. **Vattenfall ESCO Kft**
335. Vattenfall Fastigheter AB
336. **Vattenfall Huvudsta Elnät AB**
337. Vattenfall Hydropower AB
338. Vattenfall Indalsälven AB
339. **Vattenfall Latvia**
340. **Vattenfall Lithuania**

- 341. **Vattenfall Malaysia AB**
- 342. **Vattenfall Mälarnät AB**
- 343. **Vattenfall Naturgas AB**
- 344. Vattenfall Norrnät AB
- 345. **Vattenfall OY**
- 346. **Vattenfall Polen AB**
- 347. Vattenfall Regionnät AB
- 348. **Vattenfall Reinsurance AB**
- 349. Vattenfall Sjuhärad Elnät AB (numera Västgöta Nät AB)
- 350. Vattenfall Skaraborg Elnät AB (numera Västgöta Nät AB)
- 351. Vattenfall Support AB
- 352. Vattenfall Södertörn Elnät AB
- 353. Vattenfall Transmission AB
- 354. Vattenfall Treasury AB
- 355. Vattenfall Treasury Inc
- 356. Vattenfall Utveckling AB
- 357. Vattenfall Vätter Nät AB
- 358. VENANTIUS AB
- 359. **Vilhelmina Värmeverk AB**
- 360. **Vingåker Energi AB**
- 361. VÄGVERKETS INVESTERINGSAKTIEBOLAG VÄGINVEST
- 362. VÄRDEPAPPERSCENTRALEN VPC AB
- 363. Västerbergslagens Energi AB
- 364. You Call Sverige AB
- 365. Zenit Shipping A/S
- 366. ZENIT SHIPPING AB
- 367. Öresundskonsortiet
- 368. Överkalix Värmeverk AB
- 369. Övertorneå Värmeverk AB

Michael Slavicek  
Telefon 08 - 454 48 51

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

## **Bilaga B till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Affärsverk och bolag som anser sig vara upphandlande enheter**

**Följande 32 bolag anser sig vara upphandlande enheter enligt 1  
kap. 6 § LOU.**

AB KURORTSVERKSAMHET  
AB Tranås Kuranstalt  
AB SVENSK BILPROVNING, ASB  
ALMI FÖRETAGSPARTNER AB (moderbolaget)  
AmuGruppen Västerbotten AB (finns inte längre)  
Bergeforsens Kraft AB  
Fastighets AB Kasernen i Halmstad  
Fastighets AB Kasernen i Kristinehamn  
Fastighets AB Kasernen i Skövde  
Fastighets AB Kasernen i Stockholm  
Fastighets AB Kasernen i Uppsala  
Göteborgs Trafikleder AB  
Happaranda Värmeverk AB (finns inte längre)  
HOLDING AB VID HÖGSKOLAN I LULEÅ (finns inte med i årets  
upplaga)  
Jämtkraft AB (finns inte längre)  
KASERNEN FASTIGHETS AB  
KUNGLIGA DRAMATISKA TEATERN AB  
KUNGLIGA OPERAN AB (OPERAN)  
Ljusfors Kraft AB (finns inte längre)  
Luleå Energi AB (finns inte längre)  
Pajala Värmeverk AB (finns inte länre)  
Stockholmsleder AB (publ.)

SVENSKA RYMDAKTIEBOLAGET  
 SVENSK-DANSKA BROFÖRBINDELSEN AB, SVEDAB  
 TGOJ AB  
 Vattenfall Bohus-Dal Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Indalsälven AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Regionnät AB (finns inte längre)  
 VÄGVERKETS INVESTERINGSAKTIEBOLAG VÄGINVEST  
 Öresundskonsortiet  
 Överkalix Värmeverk AB (finns inte längre)  
 Övertorneå Värmeverk AB (finns inte längre)

**Följande 32 bolag anser sig vara upphandlande enheter enligt enligt 4 kap. 1 § LOU**

AB Finspång Energi (numera Vattenfall Bråviken AB)  
 AB Pite Energi AB (finns inte längre)  
 A-BANAN PROJEKT AB  
 Bastusels Kraft AB  
 Bergforsens Kraft AB (uppges även 1 kap. 6 §)  
 Bodens Energi AB (finns inte längre)  
 Bråviken Energi AB (finns inte längre)  
 Forsmarks Kraftgrupp AB  
 Fyriskraft AB  
 Gotlands Energi AB  
 Gulsele AB  
 Haparanda Värmeverk (finns inte längre)  
 Jämtkraft AB (finns inte längre)  
 Lilla Edets Fjärrvärme AB (finns inte längre)  
 Ljusfors Kraft AB (finns inte längre)  
 Luleå Energi AB (finns inte längre)  
 Nyköping Energi AB (finns inte längre)  
 Pajala Värmeverk AB (finns inte längre)  
 SwePollink AB  
 TGOJ AB (även 1 kap. 6 § under tröskelvärdena)  
 VATTENFALL AB  
 Vattenfall Bohus-Dal Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Indalsälven AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Norrnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Regionnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Sjuhärad Elnät AB (Västgötanät AB, finns inte längre))  
 Vattenfall Skaraborg Elnät AB (Västgötanät AB, finns inte längre)  
 Vattenfall Södertörn Elnät AB (finns inte längre)  
 Vattenfall Vätter Nät AB (finns inte längre)  
 Västerbergslagens Energi AB (finns inte längre)  
 Överkalix Värmeverk AB (finns inte längre)  
 Övertorneå Värmeverk AB (finns inte längre)

Datum  
1998-11-30Vår beteckning  
172/98-21**Affärsverk**

Till gruppen av upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU skall räknas de statliga verk som per definition är att anses som upphandlande enheter enligt nedan.

LUFTFARTSVERKET  
SJÖFARTSVERKET  
STATENS JÄRNVÄGAR SJ  
SVENSKA KRAFTNÄT AFFÄRSVERK

## **Bilaga C till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Bolag som NOU anser vara upphandlande enheter**

Nedan angivna bolag med statligt ägande anger sig inte vara upphandlande enheter. NOU har funnit att denna bedömning inte kan godtas utan vidare. Även bolag som valt att inte ange något klart svar på NOU:s frågor ingår i denna grupp. Dessa bolag har blivit föremål för en fördjupad granskning. I bilagan nedan anges bolagen och diarienummer på NOU:s ärenden i vilka dessa särskilt kommer att behandlas samt huvudsaklig anledning till varför bolagen inte anses ha industriell eller kommersiell karaktär, dvs. avsaknad av vinstkrav, särskilda uppgifter, monopol- eller ensamrätt eller anslagsfinansiering (jfr. Skr 1998/99:20, tabell 2, sid. 15 och bilagan F).

**AB BOSTADSGARANTI** 272/98  
Bolaget saknar vinstsyfte och ägs av staten till hälften. Det är därför osäkert om alla rekvisiten är uppfyllda.

**AB GÖTA KANALBOLAG** 273/98  
Bolaget saknar vinstsyfte, har särskilda uppgifter och får ett belopp av staten att rusta upp Göta kanal.

**AB SVENSK EXPORTKREDIT** 274/98  
Bolaget lämnar statsstödda krediter. Det är osäkert om rekvisiten om ägande och inflytande är uppfyllda.

**AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET** 260/98  
Bolaget saknar vinstsyfte, har ensamställning och är delvis anslagsfinansierat.

**AB SVENSKA SPEL** 261/98  
AB Svenska Spels Servicecenter

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

Bolagen har lagstadgad monopol.

AB TUMBA BRUK 275/98  
Bolaget har delvis ensamställning.

ALMI FÖRETAGSPARTNER AB 231/98  
ALMI Företagspartner Blekinge AB (Yttrande av Advokatfirman  
ALMI Företagspartner Dalarna AB Luterkort)  
ALMI Företagspartner Gotland AB  
ALMI Företagspartner Gävleborg AB  
ALMI Företagspartner Halland AB  
ALMI Företagspartner Jämtland AB  
ALMI Företagspartner Jönköping AB  
ALMI Företagspartner Kalmar AB  
ALMI Företagspartner Kronoberg AB  
ALMI Företagspartner Norrbotten AB  
ALMI Företagspartner Skaraborg AB  
ALMI Företagspartner Skåne AB  
ALMI Företagspartner Stockholm AB  
ALMI Företagspartner Sörmland AB  
ALMI Företagspartner Uppsala AB  
ALMI Företagspartner Värmland AB  
ALMI Företagspartner Väst AB  
ALMI Företagspartner Västerbotten AB  
ALMI Företagspartner Västernorrland AB  
ALMI Företagspartner Västmanland AB  
ALMI Företagspartner Örebro AB  
ALMI Företagspartner Östergötland AB  
Bolagen har särskilda uppgifter och är delvis anslagsfinansierade.

AMUGRUPPEN AB 232/98  
AmuGruppen Hadar AB (Yttrande av Advokatfirman Justus)  
NU Personaluthyrning AB  
Bolagen har särskilda uppgifter.

APOTEKSBOLAGET AB 233/98  
Bolaget har särskilda uppgifter och verkar under monopol.

NORRLAND CENTER AB 276/98  
Bolaget saknar vinstsyfte. Ytterligare utredning om ägar- och styrelseförhållandena kan krävas.

Postbolagen AB 236/98  
Posten Logistik AB (Yttrande av Advokatfirman  
Posten Sverige AB Foyen&Co)



Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

Postfastigheter AB  
Postgirot Bank AB  
Bolagen får statliga anslag och har vissa särskilda uppgifter.

SAMHALL AB 238/98  
Samhall Alea AB (Yttrande av  
Samhall Aros AB Advokatfirman Lindahl AB)  
Samhall Avebe AB  
Samhall Brahe AB  
Samhall Dacke AB  
Samhall Dala AB  
Samhall Erress AB  
Samhall Femett AB  
Samhall Formel AB  
Samhall Freja AB  
Samhall Gute AB  
Samhall IDC AB  
Samhall Inc  
Samhall Informationsteknik AB  
Samhall Kablage AB  
Samhall Lavi AB 131  
Samhall Leasing AB  
Samhall Midland AB  
Samhall Rehab AB  
Samhall Restaurang AB  
Samhall Resurs AB (fr o m 1/3 1997)  
Samhall Safac AB  
Samhall Support AB (fr o m 1/1 1997)  
Samhall Syd AB  
Samhall Vinga AB  
Bolagen saknar vinstkrav och har särskilda uppgifter.

SOS ALARM AB 277/98  
SOS Flygambulans AB  
Bolagen har delvis ensamställning.

SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNINGSINSTITUT AB 279/98  
SMP Svensk Maskinprovning AB  
Bolagen saknar vinstsyfte och är anslagsfinansierade för vissa tjänster.

STATLIGA AKADEMISKA HUS AB 229/98  
Statliga Akademiska Hus i Göteborg AB  
Statliga Akademiska Hus i Linköping AB  
Statliga Akademiska Hus i Luleå AB  
Statliga Akademiska Hus i Lund AB  
Statliga Akademiska Hus i Stockholm AB  
Statliga Akademiska Hus i Ultuna AB

Statliga Akademiska Hus i Uppsala AB  
Statliga Akademiska Hus Umeå AB  
Bolagen skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten och har delvis ensamställning.

SVENSKA LAGERHUS AB 280/98  
Dokumenthuset i Sverige AB  
Bolagen skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten och saknar vinstsyfte.

SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD 259/98  
Bolaget saknar vinstsyfte och är delvis anslagsfinansierat.

TERACOM AB 281/98  
TERACOM Components AB  
HD-Divine AB och Nordic Digital Television AB  
Bolagen har särskilda uppgifter och i princip monopol för delar av verksamheten.

VÄRDEPAPPERSCENTRALEN VPC AB 282/98  
Bolaget saknar vinstsyfte, har särskilda uppgifter, står under tillsyn av Finansinspektionen och har delvis ensamställning.

Bolagen Venantius, Zenit Shipping, SKD företagen SGAB och Gränges Gruvor uppfyller inte heller kraven på att ha industriell eller kommersiell karaktär och borde egentligen också granskas. Bolagen är dock endast temporärt i statens ägande och är avsedda att avvecklas. NOU har därför valt att inte granska dessa bolag. Inte heller IRECO Holding AB eller Svenska Specialfastigheter AB, vilka startats under innevarande år, har granskats. Inte heller dotterbolag till SJ har varit föremål för NOU:s granskning. NOU har inte tagit ställning i fråga om Systembolaget AB, Lagena Distribution AB och bolag inom Telia-koncernen.

## **Bilaga D till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Bolag som sannolikt inte är upphandlande enheter**

Nedan anges bolag med statligt ägande vilka inte anser sig vara upphandlande enheter och angående vilka NOU för närvarande inte har anledning att ifrågasätta bolagens bedömning. Bolagsgruppen Telia AB och Systembolaget AB återfinns på denna lista på grund av att NOU inte tagit ställning i frågan huruvida desamma är upphandlande enheter. Något definitivt ställningstagande har inte heller tagits angående Vin & Sprit AB, Amfora vinhus AB, AB Bostadsgaranti och AB Svensk Exportkredit.

1. AB Industrikredit (publ)
2. AB Kiruna Grus & Stenförädling
3. AB Materialröntgen MRQ
4. AB Sektionen
5. AB Svafo
6. AB Svelast
7. AB Svenska Spels Servicecenter
8. AB Trafikrestauranger
9. Amfora Vinhus AB
10. Apoteksbolaget Kemi & Miljö AB
11. ASSIDOMÄN AB
12. AssiDomän BarrierCoating AB
13. AssiDomän Carton AB
14. AssiDomän Kraft Products AB
15. AssiDomän Packaging AB
16. AssiDomän Skog & Trä AB
17. AU-System Invest AB
18. Baltic Cable AB
19. Bofors AB
20. Bullerforsen AB

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

21. CELSIUS AB
22. Celsius Invest AB
23. CelsiusTech AB
24. Combitrans Sweden AB
25. Confortia AB
26. Dokumenthuset i Sverige AB
27. Elforsk AB (svenska elföretagens Forsknings- och Utvecklings AB)
28. Fastighets AB Stämjärnet
29. FFV Aerotech AB numera Celsius Aerotech AB
30. Forsmarks Kraftgrupp AB
31. Fyriskraft AB
32. Försäkrings AB SweRe
33. Försäkringsaktiebolaget Vattenfall Insurance
34. FÖRVALTNINGSAKTIEBOLAGET STATTUM
35. G-Drill AB
36. GP&C Sweden AB (bildat december -96)
37. GRÄNGESBERGS GRUVOR AB
38. HD-Divine AB
39. HSG Development AB
40. Institutet för Hälso- och
41. Kimit AB
42. Kockums AB
43. Kraftbyggarna Invest AB
44. Kraftdragarna AB
45. Kärnkraftssäkerhet & Utbildning AB
46. Lagena Distribution AB
47. LFV AirportCenter AB
48. LFV Handling AB
49. Livförsäkringsaktiebolaget LIVIA (publ)
50. LKAB Fastighets AB
51. LUOSSAVAARA KIIRUNAVAARA AB, LKAB
52. Malmtrafik i Kiruna AB
53. Miljödatacentrum i Kiruna AB (MDC)
54. Minelco AB
55. Motala Energi AB
56. NORDBANKEN
57. Nordbanken Fastigheter AB
58. Nordbanken Finans AB (publ)
59. Nordbanken Hypotek AB (publ)
60. Nordbanken Inkasso AB
61. Nordbanken Kapitalförvaltning AB (publ)
62. Nordbanken Kommunlån AB (publ)
63. Nordic Digital Television AB
64. Nordic Power Invest AB
65. Nordiska Satellitaktiebolaget
66. Nyköping Energi AB
67. Postgirot Bank AB

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

68. Preem Gas AB
69. Rail Combi AB
70. Royal Viking Hotel AB
71. SAKAB Batteri AB
72. SAQ KONTROLL AB
73. SAS SVERIGE AB
74. SBL VACCIN AB
75. Scandlines AB
76. Sergel Kredittjänster AB
77. SJ Invest AB
78. Sjövik Projekt AB
79. SLU HOLDING AB
80. SSC Satellitbild AB
81. STATENS BOSTADSFINANSIERINGSAKTIEBOLAG, SBAB
82. STRI AB (Swedish Transmission Research Institute AB)
83. Sve Rail Italia AB
84. SWEDAVIA AB
85. Swedel (Elförsörjningsföretagen i Sverige AB)
86. SwedeRail AB
87. SWEDESURVEY AB
88. Swedfund Financial Markets AB
89. SWEDFUND INTERNATIONAL AB
90. Swedish National Road
91. SwedPower AB
92. SweMaint AB
93. SVENSK AVFALLSKONVERTERING AB, SAKAB
94. Svensk Kärnbränslehantering AB (SKB)
95. SVENSKA SKEPPSHYPOTEKSKASSAN
96. SVENSKA SKOGSPLANTOR AB
97. Svenska Spels Fastighets AB
98. Svenskt Byggodkännande AB (SITAC)
99. SwePolLink AB
100. SYSTEMBOLAGET AB
101. TeleLarm AB
102. Teli Service AB
103. TELIA AB
104. Telia Billing
105. Telia Finans AB
106. Telia Företag AB
107. Telia Försäkring AB/Telia
108. Telia Handel AB
109. Telia InfoMedia Interactive AB
110. Telia InfoMedia International AB
111. Telia InfoMedia Reklam AB
112. Telia InfoMedia Respons AB
113. Telia InfoMedia Television AB
114. Telia MegaCom AB

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

115. Telia Mobile AB
116. Telia Norge AS
117. Telia Nära AB
118. Telia Nättjänster
119. Telia Overseas AB
120. Telia Promotor AB
121. Telia PubliCom AB
122. Telia Swedtel AB
123. Telia Systems AB
124. Telia TeleCom AB
125. Telia TradeBase AB
126. Telia Treasury
127. UNIVERSITETSHOLDING I LINKÖPING AB
128. V&S VIN & SPRIT AB
129. VASAKRONAN AB
130. VENANTIUS AB
131. VÄGVERKETS INVESTERINGSAKTIEBOLAG VÄGINVEST
132. Västerbergslagens Energi AB
133. You Call Sverige AB
134. Zenit Shipping A/S
135. ZENIT SHIPPING AB

## **Bilaga E till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Begreppet upphandlande enhet**

I denna bilaga anges vad som avses med begreppet upphandlande enhet i EG-rätten, LOU och GPA.

Enligt LOU:s lydelse fr.o.m. innevarande år är upphandlande enheter

- 1) de i 1 kap. 5 § LOU uppräknade statliga, kommunala och andra myndigheter,
- 2) 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 stat m.fl. eller vars upphandling står under tillsyn av stat m.fl., eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av stat m.fl. Med stat m.fl. menas staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet (1 kap. 6 § LOU),
- 3) (för upphandling enligt 4 och 6 kap. LOU) sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § LOU, eller
- 4) sammanslutningar av de ovan angivna myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter.

NOU:s uppdrag gäller bolag med statligt ägande som kan omfattas av 1 kap. 6 § LOU, dvs. i huvudsak punkt 2) ovan. Denna definition har sin motsvarighet i EG-direktiven som behandlar offentlig upphandling. Enligt direktiven innefattar termen upphandlande enhet även organ som *lyder under offentlig rätt*, varmed avses varje organ som

- 1) tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- 2) är en juridisk person och

3) till större delen finansieras av staten eller regionala och lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt.<sup>1</sup>

Enligt direktiven och LOU skall således en organisation anses vara upphandlande enhet om den *inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse*. Att organisationen arbetar kommersiellt eller industriellt har därför normalt ingen betydelse.<sup>2</sup> Bekräftelse av denna tolkning kan nu finnas i EG-domstolens dom i Arnhem-målet<sup>3</sup>, i vilken det uttalas att "lagstiftaren har gjort skillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utesluter inte behov som även tillgodoser eller skulle tillgodoses av privata företag." Vissa skillnader mellan det svenska och det EG-rättsliga begreppet berörs nedan.

### **LOU:s ikraftträdande**

LOU trädde i kraft den 1 januari 1994 som en följd av Sveriges anslutning till EES-avtalet. Den tidigare för statliga myndigheter gällande upphandlingsförordningen (1986:366) upphörde då att gälla. Redan i förarbetena till lagen (prop. 1992/93:88 sid. 37) konstaterades att kretsen av upphandlande enheter är vidare inom EG-rätten än enligt upphandlingsförordningen och att den omfattar även bolag som utför uppgifter i det allmännas intresse. I specialmotiveringen betonades att om en förvaltning bolagiserar sin verksamhet blir bolaget en upphandlande enhet, förutsatt att det allmänna har ett bestämmande inflytande över bolaget. Vidare angavs dock att enheter som bedriver verksamheten i vinstsyfte inte omfattades av regleringen<sup>4</sup>

Vid bedömningen av tidigare förarbeten bör beaktas dels att lydelserna av 1 kap. 6 § och 4 kap. 1 § LOU är ändrade och att det som anförts i tidigare förarbeten därför måste därför tolkas med viss försiktighet. Propositionerna för införlivningen av EG-direktiv kan inte heller tillmätas samma betydelse som propositionerna traditionellt haft före vårt inträde i EES och EU. En slutlig tolkning av innebörden av bestämmelserna kan endast göras av EG-domstolen. Propositioner och andra förarbeten bör därför idag behandlas som annan doktrin.

---

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

<sup>2</sup> Sammanställningen över NOU info 1996 s. 13.

<sup>3</sup> Mål 360/96 den 10 november 1998, domslutet 1 och 2.

<sup>4</sup> prop. 1992/93 sid. 64. "Genom att enheten inte skall vara av industriell eller kommersiell karaktär undantas enheter som visserligen är i allmän ägo eller står under det allmännas bestämmande inflytande, men som bedriver verksamhet i vinstsyfte." Eskil Nord anför i Karnov (12. Näringsrätt, LOU, kommentar till 1 kap. 6 § LOU) bl. a. följande. "Om sålunda t.ex. ett kommersiellt bolag bildas för att täcka behov i det allmännas intresse och behovet inte är av kommersiell karaktär, bör detta kunna anses vara upphandlande enhet (under förutsättningar i övrigt för en sådan bedömning).



## EG-rätten

EG-fördraget (Romfördraget, RomF) saknar direkt hänvisning till regler om offentlig upphandling. Artikel 90<sup>5</sup> anger att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i RomF. Detta innebär att inte bara artiklarna 6 samt 85-94, som nämns särskilt, utan även artiklarna 30-37, 52, 59, 222 och 223 m fl. artiklar i RomF kan bli tillämpliga. När det gäller offentliga företag framgår det vidare av artikel 90 RomF att förbudet mot diskriminering av utländska företag, förbuden mot konkurrens-begränsande avtal och missbruk av dominerande ställning också gäller dessa företag. Med offentliga företag avses här även företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter (särskilt tillstånd enligt LOU) och företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol.

Enligt artikel 222 i RomF skall EG förhålla sig neutralt vad gäller företags rättsliga status. Det spelar ingen roll om företagen är offentliga eller privata. Denna neutralitet skall även gälla deras personalförhållanden. Gemenskapen har därför inga synpunkter på den rättsliga statusen hos de företag som tillhandahåller tjänster i allmänhetens intresse<sup>6</sup> och ställer inga krav på privatisering. I stället mäts effekterna av de faktiska åtgärder som vidtas. Dessa får inte vara konkurrensbegränsande eller snedvridande. Medlemsstaterna får därför själva definiera vilka uppgifter som ligger i allmänhetens intresse och bevilja särskilda och exklusiva rättigheter för att garantera vissa företag dessa uppgifter samt övervaka hur de sköts och eventuellt tillgodose deras finansiering i enlighet med artikel 90 i Romfördraget.

Respekten för medlemsstaternas beslutsrätt vad gäller de ekonomiska aspekterna och arbetsmarknadsaspekterna bygger på subsidiaritetsprincipen. Medlemsstaten fattar alltså de grundläggande besluten som påverkar dess samhälle och gemenskapen begränsar sig till att avgöra om lösningarna är förenliga med de åtaganden medlemsstaten har på europeisk nivå. De offentliga och privata företag som producerar varor och tjänster i allmänhetens intresse kan undantas från fördragets regler, under förutsättning att tillämpningen av dessa regler hindrar deras utövning av de uppgifter de ålagts. Det faktum att ett offentligt eller privat organ anförtrotts att fullgöra uppgifter i allmänhetens intresse avgör dock inte hur dessa uppgifter skall utföras. Undantaget är därför underkastat ett slags "proportionalitetsprincip". Denna princip anges i art. 90 i RomF och syftar till att skapa jämvikt mellan åtagandet att utföra allmännyttiga uppgifter och det sätt på vilket de utförs.

<sup>5</sup> Blir art. 86 efter införlivningen av Amsterdamfördraget.

<sup>6</sup> C-118/85 Kommissionen mot Italien, ECR 1987 sid. 2599.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

Enligt artikel 189 RomF är det rådets och kommissionens uppgift att i enlighet med fördraget utfärda bl.a. direktiv. Vidare anges i artikel 189:

”Ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet”.

Genom Amsterdamfördraget infördes i RomF en ny artikel 7 d för att markera den betydelse tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom postbefordran, information m.m. har för unionens gemensamma värderingar, liksom för den ekonomiska och sociala sammanhållningen. I artikeln klargörs inledningsvis att den inte påverkar fördragets regler om statsstöd och konkurrens i artiklarna 77, 90 och 92.

För att applicera EG-fördragets principiella regler på den offentliga upphandlingen, har rådet utfärdat flera direktiv för att samordna men inte för att harmonisera upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna. Samordningen avser enligt EG-domstolen att upprätta en effektiv konkurrens<sup>7</sup> och undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och således skydda de ekonomiska aktörernas intressen vilka är etablerade i en medlemsstat som önskar erbjuda varor och tjänster åt de upphandlande enheterna i en annan medlemsstat.<sup>8</sup>

Tolkningen av direktiven bör därför göras ändamålsenligt och med avseende på resultatet mot gällande nationell rätt. Eventuell bristfällig införlivning kan under vissa i rättspraxis angivna förhållanden åberopas av de enskilda mot staten eller den upphandlande enheten.<sup>9</sup> Både EG-domstolen, Regeringsrätten och andra svenska domstolar har fastställt att gemenskapsdirektiven avseende offentlig upphandling har direkt effekt.<sup>10</sup> Bristande införlivning kan dock inte åberopas av en upphandlande enhet till dess förmån.<sup>11</sup> Nationella bestämmelser skall vidare tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten.<sup>12</sup> Dessa principer är inte begränsade till bestämmelser med direkt effekt.

---

<sup>7</sup> Mål 243/89 Storabält p. 33 ”...the very heart of the directive whose purpose is, according to the ninth recital in its preamble, to ensure in particular the development of effective competition in the field of public contracts and which, in Title IV, lays down criteria for selection and for award of the contracts, by means of which such competition is to be ensured.”

<sup>8</sup> Mannesmann, p. 33 och Arnhem, p. 41 och 42.

<sup>9</sup> C-103/88 Fratelli Constanzo. Bestämmelserna i direktiv skall enligt EG-domstolens praxis ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger *en enskild* en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning (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”).

<sup>10</sup> C-31/87 Beentjes och i Sverige bl.a. RÅ 1996:50 och t.ex. Kammarrättens i Göteborg beslut den 26 oktober 1998, mål nr. 6861-1998.

<sup>11</sup> C-148/78; Publico Ministero v. Ratti, (1979) ECR 1629. Egen försummelse får inte åberopas som befrielsegrund.

<sup>12</sup> C-157/86 Murphy och C-4/89 Colson och Kamann.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

Rådet har utfärdat följande direktiv för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt:  
Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet), Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (byggdirektivet), Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet), 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 (försörjningsdirektivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten. I februari 1998 kom Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/4/EG om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi, transport och telekommunikationssektorerna. För rättsmedel (främst överprövning och skadestånd) gäller Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor- bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektiv II).

### **Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU**

Det är värt att notera att det av skrivningen i propositionen 1996/97: 153 (sid. 53) framgår att det inte rör sig om några lagändringar utan endast justeringar "i syfte att förbättra överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv och att förtydliga lagtexten". Begreppet skulle därför, som det kan förstås av propositionen, rätteligen ha tolkats på det nedan angivna sättet alltsedan LOU:s tillkomst. Ändringen föranleddes av ett påpekande från EG-kommissionen.

I prop. 1996/97:153 (sid. 56) anges angående den nya lydelsen:

"I denna paragraf har betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären förtydligats till att avse de behov i det allmännas intresse, för vilka enheten inrättats. Bestämmelsen i dess tidigare lydelse tillmättes felaktigt karaktären hos den upphandlande enheten denna betydelse. Vidare har därför också bestämmelsen förtydligats med en precisering av att enheten skall vara inrättad för att täcka dessa allmänna behov.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

I andra stycket har den följdändringen gjorts att även kapital som tillskjutits av andra upphandlande enheter, tillsyn som utförs av andra upphandlande enheter och styrelser som utses av sådana andra upphandlande enheter än de som idag anges i punkterna 1 - 4 också får betydelse för bedömningen av om ett bolag m.m. är en upphandlande enhet. Punkt 3 i andra stycket ersätts av punkt 4, eftersom punkterna 3 och 4 i gällande lydelsen överlappar varandra.  
Ändringen motsvaras av 93/36/EEG art. 1 b), 93/37/EEG art 1 b) samt 92/50/EEG art. 1 b)."

Samma begrepp såsom det definieras i 1 kap. 5 och 6 §§ gäller genom hänvisningar i lagen även för upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Samma krets av upphandlande enheter gäller således oavsett värde eller slag av vara, entreprenad eller tjänst.

I fortsättningen inriktar sig NOU främst på granskning av rekvisiten

1. *inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse*
2. *behovet är/inte är av industriell eller kommersiell karaktär.*

De övriga två rekvisiten är i regel mindre omstridda och lättare att verifiera. NOU har därför utgått ifrån att alla granskade bolag är juridiska personer. NOU har vidare i regel godtagit bolagens uppgifter om antalet ledamöter, andelen av tillskjutet kapital och tillsyn. De sista rekvisiten har varit svårbedömda i fråga om bolag som varit hälftenägda av det allmänna och hälftenägda av det privata näringslivet. NOU har på denna punkt inte hunnit verifiera samtliga förhållanden avseende kapitaltillskott, tillsyn och styrelserepresentation. De aktuella förhållandena på dessa punkter borde dock för staten, såsom ägaren/delägaren, vara ganska lätta att kontrollera.

### **Begreppet upphandlande enhet enligt 4 kap. LOU**

Verksamheter angivna i 4 kap. LOU, de s.k. försörjningssektorerna, är undantagna från tillämpningen av de andra, klassiska upphandlingsdirektiven. Reglerna om verksamhet inom försörjningssektorerna i Sverige finns dock även utanför 4 kap. LOU.<sup>13</sup> NOU:s uppdrag omfattar inte 4 kap. LOU. Termen upphandlande enhet inom försörjningssektorerna<sup>14</sup> berörs därför endast här.

De organisationer som omfattas av 4 kap. LOU är

- myndigheter (jfr. 1 kap. 5 § LOU),
- sådana offentliga företag där staten har ett direkt eller indirekt dominerande inflytande över genom ägande eller genom lag och andra föreskrifter (3 kap. 8 § LOU) och
- andra juridiska personer som på grund av särskilt tillstånd har rätt att driva verksamhet inom försörjningssektorerna.

<sup>13</sup> Sammanslagningen av EG-direktiven i LOU medför att regelverket uppfattas som svåröverskådligt för de praktiska användarna.

<sup>14</sup> Contracting entities (contracting authorities på den klassiska sidan).

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

De statliga bolag som är verksamma inom försörjningssektorerna torde täckas av begreppets definition i 1 kap. LOU. Det är först när denna inte täcker bolaget som en prövning enligt reglerna för privata bolag skall ske.

För fullständighetens skull anges nedan vad som avses med upphandlande enhet inom försörjningssektorerna. Definitionen av verksamheten anges i 4 kap. 1 § LOU. Bestämmelserna 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,
2. utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
3. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,
4. drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "upphandlande enhet"

1. företag över vilka staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 3 kap. 8 § andra stycket, och
2. företag som bedriver verksamhet enligt första stycket med sådant särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten.

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "särskilt tillstånd" dels fall då ett företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning som avses i första stycket kan utnyttja rätt till expropriation eller användning av egendom eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, dels fall då ett företag bedriver verksamhet som avses i första stycket 1 och levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet. För upphandling av tjänster för verksamheter som avses i första stycket gäller, utöver detta kapitel, de bestämmelser till vilka hänvisas i 5 kap. 1 §.

### I 3 kap 8 § LOU anges.

Om flera företag går samman för att få en koncession, skall inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller anknutna företag.

Med anknutna företag avses varje företag över vilket koncessionshavaren kan utöva ett bestämmande inflytande, varje företag som kan utöva ett sådant inflytande över koncessionshavaren och varje företag som tillsammans med koncessionshavaren står under bestämmande inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under. Ett företag skall anses ha ett bestämmande inflytande när det, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag innehar större delen av företagets tillskjutna kapital, eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse fler än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, verkställande eller övervakande organ.

En förteckning över företagen skall bifogas ansökan om koncession. Förteckningen skall uppdateras så snart något förhållande ändras. Lag (1997:1068)

## **Begreppet behov i det allmännas intresse**

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

Staten kan utöva sina åtaganden antingen i form av en myndighet eller genom en annan organisation (t.ex. bolag) över vilken staten utövar ett direkt eller indirekt dominerande inflytande genom lag, ägande eller styrelserepresentation.

Av prop. 1992/93:88 sid. 40 framgår att de bolag som avses falla under LOU:s reglering är sådana, vars verksamhet i och för sig lika gärna hade kunnat bedrivas i myndighetens eller affärsverkets form.

Bolag som mer eller mindre utgör en divisionering av en myndighets verksamhet torde tämligen klart utgöra upphandlande enheter.

Av intresse är ägarens, i det här fallet regeringens, beskrivning av anledningen till statens ägande.<sup>15</sup> Vidare berörs vad EG-kommissionen uttalat om tjänster i allmänhetens intresse.

### **Förvaltningen av statens företagsägande**

Företag med statligt ägande förvaltas av ett flertal departement och Riksbanken (Tumba Bruk AB). Vissa bolag förvaltas av statliga verk.

Riksdagen beslöt våren 1996 om riktlinjer för förvaltningen av statens företagsägande. Beslutet innebär att riksdagen godkänt föreslagna riktlinjer för förvaltningen av statens företagsägande. Riktlinjerna innebär i korthet att kommersiella och fullt konkurrensutsatta företag skall förvaltas med krav på effektivitet, avkastning på det kapital företaget representerar och strukturanpassning. Den som förvaltar skall med utgångspunkt i uppsatt verksamhetsmål aktivt följa företagets utveckling och vidta de åtgärder som behövs för att företagen skall uppfylla ovannämnda krav. Ägarens uppgift är att medverka till företagets långsiktiga utveckling och inriktning.

### **Tjänster i allmänhetens intresse i Europa**

I Kommissionens meddelande "Tjänster i allmänhetens intresse i Europa" anges följande:

"Tjänster i allmänhetens intresse

Tjänster, utförda *på affärsmässiga eller icke-affärsmässiga grunder*, som offentliga myndigheter anser ligger i allmänhetens intresse, och som därför omfattas av särskilda förpliktelser.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Dessa tjänster, som nämns i artikel 90 i Romfördraget, är tjänster som utförs i allmänhetens intresse *på affärsmässiga grunder*, och som därför omfattas

---

<sup>15</sup> Skr. 1998/99:20

av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida. Detta omfattar i synnerhet en rad tjänster som rör transporter, energi och kommunikation.

#### Offentliga tjänster

Detta begrepp kan antingen avse att ett offentligt *organ* utför tjänster, eller att den *uppgift* som utförs i sig ligger i allmänhetens intresse. I syfte att underlätta eller möjliggöra att uppgiften genomförs kan de offentliga myndigheterna ålägga det ansvariga organet i fråga en förpliktelse att sköta tjänsten, till exempel för land-, luft- eller järnvägstransport eller energi. Dessa förpliktelser kan tillämpas på nationell eller regional nivå. Det bör påpekas att det kan ske förväxlingar mellan dessa tjänster och den offentliga sektorn (inklusive offentlig förvaltning), det vill säga arbetsuppgifter förväxlas med rättslig status, eller målgrupp med ägarstruktur.

#### Samhällsomfattande tjänster (universal services)

Detta begrepp har utvecklats av gemenskapens institutioner, och är fortfarande under utveckling. Det omfattar en rad krav som i allmänhetens intresse måste uppfyllas i hela gemenskapen, bland annat inom post- och telekommunikationsområdena. Syftet är att överallt säkerställa allmän tillgång till vissa grundläggande tjänster av god kvalitet och till ett överkomligt pris."

### **Världshandelsorganisationens avtal Government Procurement Agreement (GPA)**

Sverige och EU har anslutit sig till Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om statlig upphandling, Government Procurement Agreement, GPA. Från den 1 januari 1996 måste därför detta avtalets bestämmelser beaktas.<sup>16</sup> Bestämmelserna i GPA har numera inarbetats i EG-direktiven och LOU och bör därför inte anses utgöra någon ändring av kretsen av upphandlande enheter bland bolagen med statligt ägande.<sup>17</sup> För fullständighetens skull återges dock dessa bestämmelser här nedan.

Artikel 1 i GPA handlar om tillämpningsområde och omfattning och lyder:  
Scope and Coverage

1. This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice regarding any procurement by entities covered by this Agreement, as specified in Appendix I. See footnote 1
2. This Agreement applies to procurement by any contractual means, including through such methods as purchase or as lease, rental or hire purchase, with or without an option to buy, including any combination of products and services.

---

<sup>16</sup> Prop. 1994/95:35 (framför allt bilaga 7 del C) Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m.

<sup>17</sup> GPA är ett avtal, inte en organisation. Avtalets syfte är "att införa ett multilateralt system av väl avvägda rättigheter och skyldigheter när det gäller offentlig upphandling för att liberalisera och utvidga världshandeln. Avtalet har inte direkt effekt." (Inledningen till direktiv 98/4/EG.)

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

3. Where entities, in the context of procurement covered under this Agreement, require enterprises not included in Appendix I to award contracts in accordance with particular requirements, Article III shall apply mutatis mutandis to such requirements.
4. This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I.

Organ som omfattas av avtalet är förutom de ovan nämnda också flertalet organ som innefattas i försörjningssektorerna och de organ som anges i Annex 2 till Appendix 1. Såvitt avser Sverige gäller i detta avseende följande bestämmelse:

1. Contracting authorities of the regional or local public authorities.
  2. Bodies governed by public law as defined in Directive 93/37/EEC.
- The following bodies fulfil these criteria:

#### SWEDEN

1. Regional and local public authorities including all County Councils (23) and all Municipalities (286).
2. Procuring entities including companies, associations and foundations established for the specific purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character and subject to certain other criteria pursuant to the Public Procurement Act: "Lag om offentlig upphandling" (1992:1528).

I en fotnot förklaras begreppet "other criteria" enligt följande:

Financed for the most part by the State, a regional or a local authority, an ecclesiastical body; or

-Subject to supervision of the procurement by the State, a local authority; or

-Having a supervisory board whose members are appointed by the State, a regional or local authority or an ecclesiastical body; or

-Having a supervisory board, of which more than half of the members are appointed by the State, a regional or a local authority.

Avtalet som i de frågor som är av intresse för denna utredning hänvisar till direktiven och till LOU torde inte innebära någon utvidgning av kretsen av upphandlande enheter i förhållande till vad som stadgas i LOU och direktiv.

### **Begreppet industriell eller kommersiell karaktär**

I prop. 1992/93:88 sid. 40 har anförts att de bolag som skall undantas är "sådana offentligt ägda bolag som framför allt staten kan inneha av helt affärsmässiga skäl, eller privata företag som på grund av en ekonomisk eller annan krissituation under endast begränsad tid övertagits av staten och där avsikten är att bolaget skall återgå till den privata sektorn".

NOU delar denna bedömning. För denna utrednings vidkommande har detta inneburit att NOU inte har granskat de bolag som synes vara affärsmässiga (Vasakronan, Pharmacia & Upjohn Inc, Celsius) eller tillfälligt övertagits av staten (Zenit Shipping, Nordbanken, SKD Företagen, Grängesbergs Gruvor). Av stor vikt för vad som menas med "inrättats" och "kommersiellt eller industriell karaktär" måste vara regeringens avsikter med att upprätta, äga och styra dessa bolag. Flera av svaren kan hittas i regeringens skrivelse 1998 års redogörelse för



Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

företag med statligt ägande (Skr 1998/99:20). Regeringen anger där att som kommersiellt bolag räknas:

"det bolag som har vinstkrav, ej omfattas av lagstadgat monopol, ej är anslagsfinansierat och saknar särskilda uppgifter (dvs. är ålagt att bedriva verksamhet av väsentligt samhällsintresse oavsett om verksamheten är olönsam eller ej). Här finns dock en del gränsdragningsproblem, då de särskilda uppgifterna för många bolag endast omfattar en marginell del av verksamheten, detta gäller exempelvis Posten AB. Vidare finns bolag som vid sidan av sin monopolverksamhet utför kommersiella tjänster, exempelvis Apoteket AB, Systembolaget AB och Svensk Bilprovning. Likaså finns bolag som är endast marginellt beroende av anslag, samt bolag som finansierar särskilda uppgifter med interna korssubventioner"<sup>18</sup>

NOU anser att den ovanstående regeringens definition av "kommersiellt bolag" väl kan godtas även avseende vad som rimligen kan anses med begreppet industriell eller kommersiell karaktär i 1 kap. 6 § LOU.

Tillämpningen av regeringens definition innebär att endast sådana bolag kan anses ha industriell eller kommersiell karaktär som

- 1) har vinstkrav,
- 2) inte helt eller delvis omfattas av lagstadgad monopol eller ensamrätt,
- 3) inte är anslagsfinansierade och
- 4) inte har några särskilda uppgifter.

Denna definition har lagts till grund för NOU:s första urval av bolag vilka inte ansåg sig vara upphandlande enheter men där avsaknaden av industriell eller kommersiell karaktär kunde misstänkas. NOU:s genomgång har också visat att denna preliminära urvalsmetod stämde väl och att de flesta bolag som tillgodosåg ett allmänt intresse och inte uppfyllde något av de ovanstående fyra kraven bör anses vara upphandlande enheter. Därutöver tillkom ett antal bolag som av regeringen betecknas som kommersiella men som får anses vara upphandlande enheter på grund av sin verksamheten inom försörjningssektorerna (t.ex. Telia och Vattenfall).

## Jämförelse mellan EG-direktiven och LOU

De aktuella bestämmelserna återfinns i varudirektivet art. 1. b, byggdirektivet art. 1. b, tjänstedirektivet art. 1. b, försörjningsdirektivet art. 1.

Ordalydelsen tycks vara identiskt i de klassiska direktiven även om översättningarna skiljer sig något åt. (De engelska och franska versionerna är likalydande medan i den svenska skiljer sig avseende tjänster).

Både de klassiska direktiven och försörjningsdirektivet definierar upphandlande enhet (klassiska sektorn använder uttrycket contracting authority och försörjningssektorerna uttrycket contracting entity) som 1) statliga, regionala och lokala myndigheter, 2) organ som lyder under offentlig rätt, 3) sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

"Body governed by public law means any body:

---

<sup>18</sup> Riksdagens Revisorers rapport 1998:2 s. 82

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

- established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and
- having legal personality and
- financed, for the most part, by the State, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by those bodies; or having an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities or by other bodies governed by public law."

*Upphandlande enhet* är enligt definitionen i 1 kap. 5 §

- statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga kommuner, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 1 kap. 6 § samt, sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket, samt sammanslutningar av upphandlande enheter.

NOU har i rapporten om kommunala bolag (dnr 165/97-29) anfört följande: "Begreppet *upphandlande enhet* vållar lätt missförstånd vid jämförelser mellan LOU och direktiven. Till skillnad från hittillsvarande definition i LOU av upphandlande enhet, omfattar upphandlande myndigheter (contracting authorities) i t.ex. tjänstedirektivet artikel 1 (b) även *organ som lyder under offentlig rätt* (public law). Vidare anges att *ett organ som lyder under offentlig rätt* (body governed by public law) är varje organ - som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och - som är *juridisk person* (having legal personality), och - som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt. Vid en jämförelse mellan den engelska versionen av direktiven och LOU framkommer att den svenska definitionerna i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU inte uttryckligen innefattar vare sig "*organ som lyder under offentlig rätt*" eller "*som är juridisk person*".<sup>19</sup>

Dessa skillnader saknar intresse i den nu förevarande utredningen då det inte borde råda några tvivel om att de granskade bolagen är aktiebolag och därmed juridiska personer.

---

<sup>19</sup> Finansdepartementet har i svar till EG-kommissionen angående de olika direktivens införlivning uttalat att det inte var behövligt att särskilt ange att en upphandlande enhet måste vara en juridisk person. EG-domstolen anger dock detta krav som ett av de tre bedömningskriterier. Mot bakgrund av utgången i Beenjes-målet, som säger att även andra kan vara upphandlande enheter, kan det vara av intresse att diskutera huruvida den svenska definitionen inte är för sväv, dvs. om även andra organisationer än myndigheter, bolag, samfälligheter och stiftelser kan vara upphandlande enheter.

Därutöver finns en avvikelse avseende syftningen i 1 kap. 6 § 2 st. 2 LOU, "vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn....". I den engelska versionen anges "subject to management supervision by those bodies" (vars förvaltning granskas av sådana organ). Hänvisningen till att upphandlingen står under statlig tillsyn kan för NOU:s vidkommande leda till ett cirkelresonemang, då NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen och de upphandlande enheterna. Organisationen kan således, om förutsättningarna i 1 kap. 6 § 1 st. LOU är uppfyllda, betraktas som upphandlande enhet av det skälet att NOU utövar tillsyn över dess upphandling.<sup>20</sup>

### **EG-domstolens praxis.**

EG-kommissionen angav i sitt meddelande om offentlig upphandling att den avser att förtydliga bl.a. tolkning av begreppet "organ som lyder under offentlig rätt".<sup>21</sup> Detta arbete underlättas av att EG-domstolen under innevarande år har avkunnat två domar (Mannesmann och Arnhem). EG-domstolens domar utgör en integrerad part av EG-rätten och kan därmed, jämte RomF och direktiven, åberopas av enskilda inför svenska domstolar och myndigheter. EG-reglernas direkta tillämplighet och direkta effekt medför i många fall att det uppstår en konflikt mellan en nationell regel och en EG-rättslig regel. EG-domstolen har i dessa fall konsekvent hävdad EG-rättens företräde. EG-rätten är en del av medlemsstaternas rättssystem och därmed bindande för både medlemsländerna och deras invånare. Detta medför att den nationelle domaren är skyldig att både tillämpa och, vid en kollision rättsordningarna emellan, ge företräde åt EG-rätten vare sig den nationella regeln tillkommit före eller efter den EG-rättsliga.<sup>22</sup>

### **Domar av intresse**

EG-domstolen har i ett antal avgöranden uttalat sig om begreppet upphandlande enhet. Domstolen har i dessa domar tolkat begreppet på följande sätt.

**Målet 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna** (i denna utredning kallat Beentjes)<sup>23</sup>  
Fallet gällde tolkningen av direktiv 71/305 (det tidigare byggdirektivet). En lokal kommitté (the local land consolidation committee) som inte var en egen juridisk person förklarades vara en upphandlande enhet. Staten i direktivets mening (med avseende på den regel som definierar upphandlande

<sup>20</sup> Se ovan vad EG-kommissionen anger i "Guidelines". "...bodies whose whole procurement is subject to supervision by the National Board for Public Procurement." Resonemanget aktualiseras senare i denna utredning i bedömningen av bolaget Sveriges Rese- och Turistråd AB.

<sup>21</sup> Fotnot på sid. 10 i Meddelandet.

<sup>22</sup> Se NOU info sept -93 - dec 95 sid. 7 f.

<sup>23</sup> Dom av den 20 september 1988, mål 31/87 (rättsfallssamling s. 4635).

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

enhet ) måste tolkas i funktionella termer (punkt 11). En sådan organisation som ifrågavarande kommitté, vars sammansättning och funktioner fastställts i lag och vars medlemmar utses av myndigheter, skall anses innefattas av begreppet staten även om den inte är en del av den statliga administrationen enligt formella termer (punkt 12). I domen betonas att direktivens syfte att tillförsäkra fri rörlighet av varor och tjänster riskerar att undergrävas om medlemsstaterna kunde kringgå bestämmelserna genom att fullgöra en uppgift som ålagts staten genom ett för ändamålet upprättat organ som formellt inte tillhör staten.

### **Målet 44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG)**

Dom den 15 januari 1998 i förhandsavgörande avseende bl.a. artikeln 1 b i Rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentlig upphandling för bygg- och anläggningsarbeten beträffande fråga om vad som avsågs med "upphandlande enhet". Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) förvärvade Strohal GsmBH som därefter bildade SRG i vilket det innehar 99,9 % av aktiekapitalet. I ett anbudsförfarande avseende ett projekt för att utrusta SRG:s fabrik med en driftsanläggning underrättade ÖS anbudsgivarna om att det var SRG som byggherre och ansvarade för anbudsinfördran och upphandlingen.

Domstolen slog fast att ÖS är en sådan upphandlande enhet som avses i art 1 b i direktivet 93/37/EEG och att detta betyder att de upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som tilldelas av denna enhet, oavsett sitt slag, skall anses som offentliga upphandlingskontrakt som avses i 1 b andra stycket i direktivet.<sup>24</sup> Domstolen uttalade härefter att ett företag som bedriver affärsverksamhet, i vilket en upphandlande enhet innehar majoritetsandel, inte skall anses som ett organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i art 1 b i direktivet, och följaktligen som upphandlande enhet i den mening som avses i bestämmelsen, endast på grund av att företaget bildats av den upphandlande enhet eller p.g.a. att den upphandlande enhet tillskjuter företaget kontanta medel som härrör från verksamhet som bedrivs i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Ett upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten omfattas inte av bestämmelserna i direktiv 93/37/EEG när det avser ett projekt som alltifrån sin början helt och hållet har omfattats av föremålet för verksamheten i ett företag som inte är en upphandlande enhet och när upphandlingskontrakten för bygg- och anläggningsarbeten avseende detta projekt har tilldelats en upphandlande enhet för detta företags räkning.

Regeln i 1 kap. 6 § LOU att termen upphandlande enhet omfattar bolag, föreningar etc. *som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär*<sup>1/4</sup> medför således enligt EG-domstolen att, om enbart

---

<sup>24</sup> Mannesmann-domen, p.29.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

en mindre del av företagets verksamhet omfattas av bestämmelsen och den större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell karaktär skall ändå bestämmelserna tillämpas fullt ut på bolagets hela verksamhet. Domstolen motiverar sitt ställningstagande med kravet på förutsebarhet (legal certainty).<sup>25</sup> I domen behandlades också huruvida ett dotterbolag till det ovan nämnda företaget skulle omfattas av direktiven. Bolaget bedrev ren affärsverksamhet och förklarades därför inte omfattas av direktiven. Att det bildats av en upphandlande enhet och mottagit medel som kunde hänföras till moderbolagets icke-kommersiella verksamhet ändrade inte förhållandet. Vidare förklarades att det förstnämnda företaget inte kunde överlåta rättigheter och skyldigheter i upphandlingskontraktet till ett privat företag med den verkan att direktivet upphörde att gälla. Detta förutsatte enligt domstolen att projektet från början omfattats av mottagarens verksamhet och att kontraktet tilldelades av den upphandlande enheten för mottagarens räkning.

Vad beträffar försörjningssektorerna och frågan om behörighet att fastställa vilka organ som är upphandlande enheter har målet nr. **392/93 The Queen mot Treasury, ex parte British Telecommunications plc (BT) avseende direktiv 92/44/EEG** (försörjningsdirektivet) ett visst intresse.

Storbritannien hade vid införlivandet av direktivet förklarat att bl. a. British Telecommunications (BT) inte omfattades av undantaget i direktivet enligt art. 8 (1) [motsvarar art. 8 (1) i 93/38].

Det ankom inte på medlemsstaten att avgöra när undantaget var tillämpligt. Detta skulle avgöras av den upphandlande enheten själv.

Rekvisitet "om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster....på i stort sett samma villkor" skall för att vara uppfyllt inte bara avse frånvaron av legala hinder utan också faktiska hinder.

**Mål nr. 360/96, Arnhem (Gemeende Arnhem och Gemeende Rheden mot BFI Holding BV)** angående tolkning av artiklarna 1 och 6 i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) mål C-360/96 avgjort den 10 november 1998. En domstol i Nederländerna, Gerechtshofte Arnhem, har i november 1996 begärt ett förhandsavgörande (preliminary ruling) från EG-domstolen enligt artikel 177 RomF angående tolkningen av artikel 6 i tjänstedirektivet. EG-domstolens förhandsavgörande är bindande för den nationella domstolen. Frågan har väckts vid nationell domstol med anledning av ett beslut av två nederländska kommuner att sammanföra sina befintliga sophämtnings- och renhållningstjänster till en ny juridisk enhet med självständig status. Den nya enheten (ARA) bildades 1994 och ingick kontrakt med respektive kommun om att fullgöra de rättsliga skyldigheter som föreligger vad gäller avfallshantering och kommunal renhållning. Ett privat företag (BFI Holding BV) som tillhandahåller avfallshanteringstjänster har anfört besvär mot beslutet att tilldela ARA kontraktet. BFI Holding BV har hävdad att

---

<sup>25</sup> Punkterna 31 - 34.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

kontraktet skulle ha upphandlats i enlighet med tjänstedirektivet. Frågan har uppkommit om bolaget var en upphandlande enhet.

EG-domstolens dom bekräftar vad domstolen redan uttalat i Mannesmann-målet. Domstolen anger 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 bekräftar därmed att begreppet industriell eller kommersiell karaktär syftar på behov och inte på organet.<sup>26</sup> Man klargör tolkningen så att om lagstiftaren avsett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen ej varit nödvändig. Lagstiftaren har med skrivningen avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>27</sup> Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den mening som avses i denna bestämmelsen.

Domstolen anser 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.<sup>28</sup> Direktivet avser enbart behov som organet skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är ej tillräckliga skäl för att utesluta ett organ som finansieras eller kontrolleras av en myndighet.

Domstolen anger vidare att den snävare tolkningen skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt sitt innehåll. Ett organ kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som detta organ. Frånvaron av konkurrens är således ej nödvändig för att definiera ett organ som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonar dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen.

Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det ej är fråga om ett allmännyttigt behov som ej är av industriell eller kommersiell karaktär som tillgodoses.<sup>29</sup>

Domstolen konstaterar vidare, liksom i Mannesmann-domen, att egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt inte är beroende av vilken relativ betydelse tillgodoseendet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär har inom organets verksamhet. Vidare saknar det betydelse om i organets koncern ingår bolag som utövar ren affärsverksamhet. Även om en relativt obetydlig del av den verksamhet organet driver består i att tillgodose allmännyttiga behov är organet som sådant att anse som en upphandlande enhet om övriga rekvisit är uppfyllda.

Slutligen konstaterar 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 sådan behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte

---

<sup>26</sup> Punkt 36.

<sup>27</sup> Punkter 34 och 35

<sup>28</sup> Punkt 51 f.

<sup>29</sup> Punkter 47 -50.

nödvändigt att organet genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.<sup>30</sup> Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

### **Mål nr. 353/96 Irish Forestry Board**<sup>31</sup>

Kommissionen har vidare inlett ett förfarande enligt art. 169 RomF mot Irland. Frågan gäller huruvida **Irish Forestry Board** omfattas av varudirektiv (77/62), som är den äldre versionen av varudirektivet. Irland har invänt bl.a. att organisationen såsom ett kommersiellt organ inte omfattas av definitionen "a body governed by public law". Kommissionen har hävdad att frågan inte gäller huruvida det är ett sådant organ, utan huruvida det tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Skogsbolaget som målet gäller äger ett stort antal nationalparker och skall bl.a. svara för skogsvård och utveckling samt tillgodose att allmänheten får tillgång till ytor för rekreation m.m. Domen har ännu inte fallit men generaladvokaten har uttalat sig. Han anser att det behov skogsbolaget satts att tillgodose sannolikt ligger i det allmännas intresse. Skogsbolaget är därför att anse som en upphandlande enhet enligt art. 1 (b) i det nu gällande varudirektivet (93/36). Frågan skall dock prövas enligt varudirektivet i dess äldre och mera inskränkta lydelse 877/62/EEG).

Synen på vad som menas med upphandlande enhet tycks också ligga i linje med vad EG-domstolen uttalat på andra områden angående offentligt ägda företag<sup>32</sup> och tillhörande gemenskapsrättsliga lagstiftning.<sup>33</sup>

### **Doktrinen**

Olika aspekter av frågan vad som avses med "stat" och "industriell eller kommersiell karaktär" har diskuterats i doktrinen. Flera författare är inne på tankar att man måste undersöka om organisationen ifråga är föremål för verklig konkurrens och måste uppträda på sedvanliga villkor på marknaden.<sup>34</sup> Några författare har antagit att aktiebolagslagens regler presumerar att bolaget arbetar i vinstsyfte. Om bolaget har ett annat syfte framgår detta av dess bolagsordning.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Punkt 60. Domstolen anger att det för bestämmande av begreppet upphandlande enhet saknar betydelse huruvida verksamheten eller organets tillblivelse bygger på lag eller annan författning.

<sup>31</sup> C-306/97 Connemara Machine Turf Company Ltd ./ Coillte Teoranta, Ireland.

<sup>32</sup> Dom av den 16 juni 1987, mål 118/85, Kommissionen ./ Italien ECR sid. 2619, och domen den 18 mars 1997, mål C-343/95, Diego Calì, ECR I-1547).

<sup>33</sup> Kommissionens direktiv av den 25 juni 1980 nr. 723 om genomsynligheten i den finansiella relationerna mellan medlemsstaterna och deras offentligägda företag (EGT L 195, s. 35).

<sup>34</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, London 1996, sid. 110. Ruth Nielsen, *Utbud af Offentlige Kontrakter*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, sid. 91.

<sup>35</sup> Margareta Hentze och Hans Sylvén, sid. 132.

Datum  
1998-11-30Vår beteckning  
172/98-21**Slutsatser**

NOU:s slutsatser redovisas i huvudytttrandet.



## **Bilaga F till Uppdrag från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)**

### **Bolag med statligt ägande som bör anses utgöra upphandlande enheter**

Utöver de bolag som redan anser sig vara upphandlande enheter bör enligt NOU:s mening även nedanstående bolag följa bestämmelserna i LOU. De angivna bolagen anser sig för närvarande således inte vara upphandlande enheter men enligt NOU:s bedömning uppfyller de lagens krav för att vara det. NOU har nedan kort sammanfattat bolag för bolag de motiv som ligger till grund för denna bedömning. Det är värt att påpeka att egenskapen av att vara upphandlande enhet inte automatiskt innebär ett ställningstagande i frågan om upphandlingens omfattning eller form. Det kan mycket väl förekomma varor, entreprenader och tjänster, som enligt bestämmelserna i LOU inte behöver upphandlas genom ett formbundet anbudsförfarande eller är undantagna från regelverket.

#### **AB GÖTA KANALBOLAG**

Bolaget saknar vinstsyfte, har särskilda uppgifter och anslagsfinansieras av staten genom särskilda belopp för att rusta upp kanalen. Bolaget skapades genom ett riksdagsbeslut för att tillvarata kanalens förvaltning. Vid genomgång av tillgänglig material och samtal med bolaget och näringsdepartementet har det kommit fram att Göta kanalbolag är ett bolag för förvaltning och reparation av kanalen. Verksamheten bygger på 1810-års privilegiebrev. Det finns inga ägardirektiv utöver bolagsordningen. Bolaget får ca 15 milj. kr via statsbudgeten. Kanalen, som var i privat ägo fram till år 1978, har sedan ingått i Domänverket och vid bolagiseringen övergått till särskilt bolag under näringsdepartementet. Bolaget är helägt av staten och ägandet motiveras av att det är en statlig angelägenhet att ansvara för att kanalen rustas upp och drivs så att dess värde som kulturhistoriskt byggnadsverk och ett attraktivt turistmål kan vidmakthållas. Verksamheten

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

regleras av staten.<sup>1</sup> Detta sammantaget anses av NOU vara ett behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Då bolaget dessutom ägs av staten är det att anse som upphandlande enhet.<sup>2</sup>

### **AB SVENSKA MILJÖSTYRNINGSRÅDET**

Bolaget saknar vinstsyfte, har ensamställning på marknaden och är delvis anslagsfinansierat. Bolaget ansvarar för registrering av anläggningar och offentliggörande av förteckningen över registrerade anläggningar, i enlighet med vad som anförs i art. 8 och 9 Rådets direktiv 1836/93/EEG om frivilligt deltagande för industriföretag i gemenskapens miljöstyrnings- och miljörevisionsordning. Bolaget ägs gemensamt av staten, Svenska kommunförbundet och Sveriges Industriförbund. NOU anser att bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är en juridisk person och är till mer än hälften ägt av staten och Svenska Kommunförbundet.

AB Svenska miljöstyrningsrådet bör därför anses vara en upphandlande enhet. Bolagets invändning att inga upphandlingar förekommer föranleder inte annan bedömning.

### **AB SVENSKA SPEL**

AB Svenska Spel bildades genom en sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst. Statens ambition är att verka för att spelmarknaden långsiktigt utvecklas på ett positivt sätt för att möjliggöra höga inkomster till staten och näringslivet. Det skall dock ske inom ramen för ett socialt ansvarstagande, en väl utbyggd service och utan risk för att säkerheten i hanteringen eftersätts.<sup>3</sup> Detta anses av NOU vara ett allmänt intresse. Bolaget anges ha lagstadgat monopol då spelverksamheten inte får bedrivas utan tillstånd, även om det på spelmarknaden finns andra aktörer som ATG, Bingolotto och folkrörelserna. Bolaget ägs helt av staten och sorterar under Finansdepartementet.

NOU anser att bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är en juridisk person och är helt ägt av staten. AB Svenska Spel bör därför anses vara upphandlande enhet. Bolaget, som ursprungligen svarat att spel inte är ett behov i det allmännas intresse, har beretts tillfälle att yttra sig på nytt, men har kommit in så sent att dess invändningarna inte kunde bedömas.<sup>4</sup>

I avvaktan på ytterligare utredning och med beaktande av det pågående lagstiftningsarbetet med förstärkning av bolagets monopolställning i Sverige, bör Svenska Spel AB anses vara upphandlande enhet. Vid samtal med

---

<sup>1</sup> Prop. 1991/92:134, bet. 1991/92:NU33.

<sup>2</sup> Jfr. ovannämnda generaladvokatens uttalande avseende Irish Forestry Board.

<sup>3</sup> Prop. 1995/96:169.

<sup>4</sup> Svenska Spel anger i skrivelsen som kommit in den 24 november 1998 i huvudsak att bolagen AB Tipstjänst och Svenska penninglotteriet inte inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Inte heller Svenska Spel AB anser sig ha inrättats i syfte att tillgodose ett allmännyttigt syfte, i detta fall att spela.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

bolagets representant framkommer att bolaget på Internet konkurrerar med utländska spelbolag och gör inköp från utlandet, bl.a. USA, varför även GPA-reglerna borde beaktas.

Det är osäkert om slutsatsen gäller även dotterbolaget AB Svenska Spels Servicecenter, som därför inte förts in på förteckningen i bilaga C.

### **AB TUMBA BRUK**

AB Tumba Bruk AB har delvis ensamställning på marknaden. Tumba bruk har ensamrätt på tryck av pass och sedlar. Tumba Bruk AB anför att bolaget inte uppfyller något av de förutsättningar som står i 1 kap. 6 § eller 4 kap. 1 § LOU då det anser sig vara ett kommersiellt bolag som säljer papper. Av utredningen angående Tumba Bruk AB framgår bl.a. att Tumba Bruk AB är ett av Sveriges Riksbank helägt bolag och att bolaget sorterar under riksdagen genom Sveriges Riksbank. Riksbanken är också kund till Tumba Bruk vad avser sedlar och bruksmynt. I förhållandet eftersträvar Riksbanken och Tumba Bruk affärsmässiga relationer, vilket också regleras i avtal. Företagets försäljning består av sedlar, bruksmynt och sedelpapper. Ett viktigt inslag i verksamheten har varit tillverkning av passböcker för ett nytt svenskt pass. Bolaget drivs visserligen med vinstkrav men har delvis ensamställning.<sup>5</sup>

Bolaget är inrättat för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse. Verksamheten kan p.g.a. ensamrätten inte anses kommersiell eller industriell. Parallellerna till den situationen som EG-domstolen bedömt i Mannesmann-domen verkar vara så stora att bolaget bör anses vara upphandlande enhet. Samma bedömning borde gälla även för dotterbolaget Myntverket AB som dock anges vara under avveckling.

### **ALMI FÖRETAGSPARTNER AB med dotterbolag.**

I utredningen ingår även ett yttrande av Advokatfirman Luterkort, Malmö. NOU delar i allt väsentligt advokatfirmans slutsatser att ovanstående bolag är upphandlande enheter.

Bolagen angavs ha särskilda uppgifter och vara delvis anslagsfinansierade. Moderbolaget ALMI Företagspartner AB (ALMI) ansåg att bolaget var en upphandlande enhet men att svaret var osäkert angående dotterbolagen. Av utredningen framgår att ALMI grundades genom riksdagens beslut den 14 december 1993.<sup>6</sup> Staten skulle i samverkan med vissa näringslivsorganisationer bilda ett centralt aktiebolag med uppgift att dels verka för företagsutveckling, dels äga aktier i ett antal regionala bolag, vars verksamhet skulle vara att bedriva rådgivning och finansiering. När ALMI med dotterbolag den 1 juli 1994 startade sin verksamhet ersatte de en verksamhet som tidigare för statens räkning utförts av de regionala utvecklingsfonderna. ALMI äger minst 51 % i sina 22 regionala bolag<sup>7</sup>. De övriga ägarna i de regionala bolagen utgörs av landsting och de kommuner som står utanför landstinget. ALMI ägs helt av staten som också utser

<sup>5</sup> Regeringens skr. 1998/99:20.

<sup>6</sup> Prop. 1993/94:40, NU 1993/94:11, rskr 1993/94:80.

<sup>7</sup> I Norrbotten äger ALMI 90 % av dotterbolaget.

samtliga styrelseledamöter. Dotterbolagens styrelser skall vara sammansatta av regionalt förankrade företagare och politiker med erfarenhet av näringslivsfrågor. Styrelserna utses till hälften av moderbolaget och till hälften av landstinget/kommunerna. Ordföranden utses bland de ledamöter som tillsätts av ALMI. Koncernens bolag är i sin finansieringsverksamhet undantagna från kreditmarknadsbolagens tillämpningsområde då verksamheten inte omfattas av bankrörelselagen.<sup>8</sup> Delar av finansieringsverksamheten kan anses ha karaktären av statlig förmån för de som beviljas lån och handhavandet därmed utgöra myndighetsutövning. Koncernens bolag är befriade från skattskyldighet för all annan inkomst än den som hänför sig till innehav av fastighet.<sup>9</sup> Staten bidrar till verksamheten genom tillskjutande av bolagets kapital och genom årliga anslag via statsbudgeten. Syftet med verksamheten är att öka sysselsättningen och minska arbetslösheten. Utlåningsverksamheten skall ske med hög risk och utgöra ett komplement till banker och andra kommersiella aktörer på kreditmarknaden. ALMI skall vidare inom ramen för huvudsyftet bedriva verksamhet i form av rådgivning, utbildning, information samt kompetenstillförsel vilket skall syfta till att tillhandahålla en heltäckande service till småföretagare. ALMI skall samverka med olika organisationer och regionala myndigheter.

NOU anser att ALMI och samtliga dotterbolag har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. Dessa behov är bl.a. genom undantagandet från den finansiering som sker på den allmänna kreditmarknaden<sup>10</sup> inte av kommersiell karaktär. Då ALMI Företagen är juridiska personer och även förutsättningarna för ägande och styrelsrepresentation är uppfyllda, bör ALMI företagspartner AB och dess samtliga 22 regionala dotterbolag anses vara upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.

### **AMUGRUPPEN AB med dotterbolag**

De tidigare bolagen inom AmuGruppen har enligt uppgift upphört med sin verksamhet och numera finns endast AmuGruppen AB, Amu Hadar och ett nystartat bolag NU Personuthyrning AB.

I beslutsunderlaget ingår ett yttrande och material inhämtat av Advokatfirman Justus, Malmö. NOU delar i allt väsentligt advokatfirmans slutsatser att AmuGruppen AB med tillämpning av 1 kap 6 § LOU är att anse som en upphandlande enhet. Bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse, ett behov som ej är av industriell eller kommersiell karaktär och bolagets kapital huvudsakligen tillskjutits av staten som också tillsatt hela bolagets styrelse. Vid bedömningen av det allmänna intresset och dess kommersiella inriktning har hänsyn tagits till följande. AmuGruppen AB är ett av staten helägt aktiebolag. Den verksamhet som nu bedrivs i AmuGruppen AB bedrevs fram till 1985 inom ramen för Skolöverstyrelsen och därefter och till juli 1993 inom en statlig uppdragsmyndighet, AMU-

---

<sup>8</sup> SFS 1987:617.

<sup>9</sup> Lagen om statlig inkomstskatt.

<sup>10</sup> Förordningen 1994:1100 om statlig finansiering genom regionala utvecklingsbolag 9 §.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

gruppen. Myndigheten hade med nu gällande regler varit att anse som en upphandlande enhet enligt bestämmelserna i LOU. AMU-gruppen har också angivits som en myndighet som skulle tillämpa GATT-avtalets upphandlingsregler. Likaså har AMU-gruppen i anslutningsfördraget<sup>11</sup> upptagits bland de upphandlande enheterna. Som en statlig myndighet hade den dåvarande myndigheten att handlägga en verksamhet inrättad i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Verksamheten bolagiserades den 1 juli 1993 och har därefter bedrivits inom AmuGruppen AB. Syftet tycks inte ha förändrats till en verksamhet som skall täcka ett behov som är av industriell eller kommersiell natur. Finansdepartementets beskrivning av sysselsättningspolitiken som en integrerad del av den ekonomiska politiken och som en av grundstenarna i regeringens politik, statens ägardirektiv till AmuGruppen AB<sup>12</sup>, bolagsordning för moderbolaget<sup>13</sup>, gällande avtal mellan staten och bolaget, statsmakternas beslut med anledning av regeringens skrivelse Omstrukturering av AmuGruppen AB<sup>14</sup> och statsmakternas beslut i anledning av propositionen Kapitaltillskott m.m. till AmuGruppen AB<sup>15</sup> tyder på att behoven inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Därvid beaktas kravet på att utbildning skall erbjudas i hela landet. Regeringens definition av arbetsmarknadsutbildning utgör ytterligare omständigheter vilka leder till bedömningen att AmuGruppen AB:s verksamhet är inrättad för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse som ej är av industriell eller kommersiell karaktär. Den omständighet att AmuGruppen AB:s balansräkning genom beslut av riksdagen kunnat hållas intakt genom ett kapitaltillskott på 600 miljoner kronor utgör ytterligare indicium på AmuGruppen AB:s allmännyttiga karaktär. Det skall betonas att beslutet grundas i en begäran från bolaget att erhålla *garantier* för att säkerställa företagets fortlevnad. Verksamheten uppbär alltjämt subventioner, senast i budget 1998/99 har AmuGruppen AB erhållit anslag med 9,5 miljoner för att täcka kostnader för avveckling av outhyrda lokaler. Enligt det ramavtal som tecknades mellan staten och AmuGruppen AB skall staten svara för 2/3 av bolagets hyreskostnader för övertaliga lokaler<sup>16</sup>. Utgifterna för dessa övertaliga lokaler uppgick budgetåret 1995/96 till 36 miljoner kronor. Det i normala kommersiella förhållanden alltid förekommande riskmomentet synes ej omfatta AmuGruppen AB. Statens egen redogörelse över företag med statligt ägande<sup>17</sup> bekräftar ytterligare ovan redovisade slutsatser. I nämnda redogörelse klassificeras AmuGruppen AB som ett bolag som tillkommit för ”Uppfyllande av sektorpolitiska mål”. Det sägs vidare att AmuGruppen AB är ett bolag med särskilda arbetsuppgifter, dvs. ”ett bolag som ålagts att bedriva verksamhet av väsentligt samhällsintresse oavsett om verksamheten är olönsam eller ej”.

<sup>11</sup> Sveriges anslutning till Europeiska unionen. (SFS 1994:1500).

<sup>12</sup> Finns i bilagan till advokatfirmans utredningen.

<sup>13</sup> Se bilagan till den i fotnot 12 nämnda utredningen.

<sup>14</sup> Regeringens skrivelse 1996/97:95.

<sup>15</sup> Proposition 1996/97:55.

<sup>16</sup> Betänkande 1996/97:AU1 Omstrukturering av AmuGruppen AB.

<sup>17</sup> Regeringens skrivelse 1997/98:20.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

NOU anser att bolagen AmuGruppen AB, AmuGruppen Hadar AB och NU Personaluthyrning har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagen är juridiska personer och är helt ägda av staten. Bolagen bör därför anses vara upphandlande enheter.

### **APOTEKET AB**

Regeringen anger att Apoteket AB har särskilda uppgifter och verkar under monopol.

Regeringsrätten har i mål nr 4554-1996<sup>18</sup> fastställt att förutsättningen för ett ingripande enligt LOU avseende dåvarande Apoteksbolaget var att detta bolag utgör en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 §. Denna fråga hade inte prövats av kammarrätten. Målet återförvisades dock inte utan avskrevs, varför frågan aldrig besvarades. Regeringsrätten har i målet inhämtat ett yttrande från NOU (dnr 171/96-21). NOU finner mot bakgrund av den nytillkomna utredningen och slutsatserna som dragits i denna utredning inte anledning att ändra sin uppfattning att Apoteket AB är att betrakta som en upphandlande enhet. Därvid beaktas bl.a. att bolaget skall bedriva sin verksamhet på sådant sätt att en god läkemedelsförsörjning i Sverige främjas<sup>19</sup>. Verksamheten bedrivs med ensamrätt<sup>20</sup>. Bolaget skall även verka för en rationell läkemedelsanvändning och iaktta de allmänna riktlinjer för verksamheten som har beslutats av riksdagen.<sup>21</sup>

NOU anser att Apoteket AB har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär även om det finns vissa delar av verksamheten som kan anses som kommersiella. Bolaget är en juridisk person och är till mer än hälften ägt av staten. Apoteket AB bör därför anses vara en upphandlande enhet.

### **NORRLAND CENTER AB**

Bolaget saknar vinstsyfte och ägs till en tredjedel av staten. Bolaget bildades år 1991 för att främja företagandet i Norrland. Verksamheten bygger på samarbete mellan staten, Norrlands industricentra AB och Stiftelsen Norrlandsfonden. Bolaget marknadsför Norrland som en långsiktig lönsam etableringsregion i syfte att få flera verksamheter att etablera sig i Norrland. Bolagets löpande rörelseintäkter täcker inte verksamhetens rörelsekostnader och dess långsiktiga ekonomiska mål är att lägst inflations-skydda det egna kapitalet, vilket ännu inte uppfyllts. Bolaget anges ha 3 anställda. NOU har gjort endast en övergripande bedömning men anser att bolaget har inrättats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Behovet är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är en juridisk person och dess huvudsakliga kapital tycks ha tillskjutits av staten. Norrland Center AB bör därför anses vara upphandlande enhet.

<sup>18</sup> Notismål RÅ 1997 maj not 87.

<sup>19</sup> Bolagsordningen den 15 juni 1998, § 2.

<sup>20</sup> 4 § lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m.

<sup>21</sup> Avtal med staten §§ 1 och 2.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

### **POSTBOLAGEN AB med dotterbolag**

I beslutsunderlaget ingår ett yttrande och material utarbetat av Advokatfirman Foyen & Co, Stockholm. NOU delar i allt väsentligt advokatfirmans slutsatser att Postbolagen, möjligen med undantag av Postgirot Bank AB, är upphandlande enheter. Vad Posten AB anfört i sin skrivelse den 17 november 1998 ändrar inte NOU:s bedömning. Av utredningen framgår följande. Posten AB driver inte någon verksamhet och ägs helt av staten. Posten AB äger helt samtliga dotterbolag. Verksamheten bedrevs t.o.m. den 28 februari 1994 i Postverket. Detta verk hade ansetts vara upphandlande enhet enligt dagens regler. Postverket har vidare tidigare tillhört de så kallade GATT-myndigheterna. Staten utövar även i den bolagiserade verksamheten inflytande genom en föreslagen lag<sup>22</sup> och genom ägarinflytande så att en god postservice i landet inte äventyras. Av avtalet mellan staten och Posten framgår vidare att Posten AB skall tillhandahålla den samhällsomfattande posttjänst och den grundläggande kassaservice som staten åtagit sig genom postlagen. Syftet är att säkerställa servicemål för posttjänsten och kassaservice, att nedskärningar i posttjänsten inte får ske utan Post- och Telestyrelsens hörande, att staten skall utge ersättning till Posten AB för en kassaservice som man tvingas hålla men som inte är kommersiellt motiverad samt att Posten AB skall planlägga för totalförsvarets behov av kassaservice vid höjd beredskap enligt ovannämnda styrelsens anvisningar och utföra beredskapsåtgärder för totalförsvaret till självkostnadspris. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser NOU att staten trots bolagiseringen av Posten AB och dess dotterbolag genom avtal, kontroll- och tillståndsmyndigheten (Post- och Telestyrelsen) och postlagen behållit ett väsentligt inflytande över den tillståndspliktiga postverksamheten och den verksamhet som utförs av dotterbolagen. Därtill kommer möjligheterna till insyn och kontroll som bolagsordningen ger. Posten AB och dess dotterbolag täcker ett behov i det allmännas intresse. Behovet är av vare sig industriell eller kommersiell karaktär. Statliga anslag utgår till Posten AB. Konkurrensutsättningen i storstadsregionerna ändrar inte den bedömningen. En närmare granskning behövs för att avgöra vilka av dotterbolagen som uppfyller lagens krav. I koncernen ingående dotterbolaget Postgirot Bank AB utgör, såvitt nu kan bedömas, inte en upphandlande enhet.

### **SAMHALL AB med dotterbolag.**

Bland beslutsunderlaget ingår ett yttrande och material inhämtat av Advokatfirman Lindahl AB, Stockholm. NOU delar mot bakgrund av de i flera andra fall anförda resonemang och utredningen i övrigt inte advokatfirmans slutsatser att det finns skäl att ifrågasätta om rekvisitet behov i det allmännas intresse omfattar allmänpolitiska strävanden eller åtgärder då verksamheten primärt är inriktad på att tillfredsställa arbetshandikappades rätt till arbete. NOU delar inte heller firmans bedömning att bereda människor arbete är en typisk kommersiell företeelse, låt vara att det harmoniserar med politiska strävanden.

---

<sup>22</sup> SFS 1998:483.

Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

NOU fäster däremot vikt vid att Samhall och de i koncernen ingående bolagen saknar vinstkrav och har särskilda uppgifter att värna om handikappades rätt till avlönat arbete. Formen för statlig finansiering genom att staten betalar bidrag till s.k. merkostnadsersättning för verksamhet som inte täcks av Samhalls försäljnings- och övriga intäkter tyder inte på att verksamheten är konkurrensutsatt i verklig mening. Samma bedömning görs mot bakgrund av att Samhalls prissättning och konkurrenspolicy står under tillsyn av en särskilt organ, Kontaktrådet, som består av representanter för näringslivet. Bolagen är helägda av staten och statens ägande motiveras med behov av uppfyllande av sektorpolitiska mål, t.ex. social-, närings-, eller arbetsmarknadspolitiska. NOU anser att Samhall och dess dotterbolag är upphandlande enheter då dessa har inrättats för att tillgodose allmännyttiga behov av arbete för handikappade och dessa behov är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagen är juridiska personer och är helt ägda av staten. Samtliga bolag inom koncernen bör därför anses vara upphandlande enheter.

#### **SOS ALARM AB och SOS Flygambulans AB**

Bolagen har inkommit med sitt första svar på NOU:s förfrågan så sent att NOU inte haft möjlighet att göra någon närmare granskning<sup>23</sup>. Uppgifterna om att bolagen, enligt regeringens bedömning, har en delvis ensamställning på marknaden och ägs till hälften av staten och resten av Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet gör att NOU anser att bolagen bör vara upphandlande enheter.

#### **SVERIGES PROVNINGS- OCH FORSKNINGSSINSTITUT AB SP och dotterbolagen SMP Svensk Maskinprovning AB och SITAC AB**

SP är helägt av staten, anges sakna vinstsyfte och är anslagsfinansierat för vissa tjänster. Bolagets verksamhet består av teknisk utvärdering, mätteknik, provning, forskning, utveckling och certifiering av produkter och kvalitetssystem. Verksamheten startade år 1920 under namnet Statens Provningsanstalt. Det nuvarande bolaget bildades året 1993 sedan riksdagen beslutat att överföra verksamheten till det nybildade bolaget.<sup>24</sup> Avkastningskraven skall ställas utifrån normala kommersiella bedömningar med beaktande av verksamhetens förutsättningar. Bolaget skall bidra till näringslivets utveckling och konkurrenskraft samt till säkerhet, resurshållning och god miljö i samhället. Dessa krav kan enligt NOU:s bedömning anses vara av allmänt intresse som saknar kommersiell karaktär. Bolaget skall vidare utgöra en länk mellan den akademiska forskningen och företagens behov av teknisk kunskap. Även denna verksamhet synes vara allmännyttig genom att det ligger i samhällets intresse att resultaten av akademisk forskning inte stannar inom den akademiska världen men kommer industrin till godo. NOU har gjort endast en övergripande bedömning men förutsättningarna för att bolaget skall anses vara en upphandlande enhet

<sup>23</sup> Svaret på förfrågan den 3 juli har kommit in till NOU den 17 november 1998.

<sup>24</sup> Prop. 1992/93:239, bet. 1992/93:NU32.



Datum  
1998-11-30

Vår beteckning  
172/98-21

synes vara uppfyllda. Samma bedömning bör gälla även de helägda dotterbolagen.

### **STATLIGA AKADEMISKA HUS AB med åtta helägda dotterbolag**

Bolagen i Akademiska hus-koncernen ansåg sig inte vara upphandlande enheter. I en skrivelse den 21 oktober 1998 har bolagsgruppen anfört att bedömningen att Akademiska hus inte är upphandlande enhet har kontinuerligt stämmts av med finansdepartementets bolagsenhet. Av regeringens bedömning<sup>25</sup> framgår att Akademiska Hus AB, tillsammans med Svenska Lagerhus AB och Kasernen Fastighets AB, anses tillhöra sådana bolag som skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten. Regeringens bedömning är att dessa bolag, till skillnad mot kommersiella fastighetsförvaltningsbolag som Vasakronan AB<sup>26</sup>, inte drivs med vinstkrav. Bolaget har delvis ensamställning på sin marknadssektor.<sup>27</sup> Styrelserna i bolagen utses utan särskilda krav på representation från berörda universitet och högskolor. NOU anser att Akademiska Hus AB uppfyller kraven på att vara ett bolag inrättat för att tillgodose behovet i det allmännas intresse, vilka inte är av kommersiell karaktär. Den omständigheten att bolagen utsätts för viss konkurrens på marknaden föranleder inte annan bedömning. Detta tillsammans med statens ägande och representation i styrelserna medför att samtliga bolag i Akademiska Hus koncernen bör anses utgöra upphandlande enheter.<sup>28</sup>

### **SVENSKA LAGERHUS AB och Dokumenthuset i Sverige AB**

Bolaget skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten och anges sakna vinstsyfte. Bolaget arbetar med lagring och distribution av arkiv, dokument, datamedia, museiföremål och andra varor. Bolaget driver och förvaltar fastigheter för lagring. Ärendet gäller även Dokumenthuset i Sverige AB. Svenska Lagerhus AB anför att verksamheten är av kommersiell karaktär. Av NOU:s utredning framgår att bolaget är helägt av staten med finansdepartementet som huvudman. Verksamheten startade 1917 och bygger nu på ett beslut i riksdagen år 1954. Företaget förvaltar ca. 240 anläggningar på ett stort antal platser i landet. Av koncernens totala fakturering hänförs ca. 85 % till statliga myndigheter och ca. 15 % till privata företag och organisationer. Lagring av beredskapsförnödenheter (inklusive

---

<sup>25</sup> Skr 1998/99:20.

<sup>26</sup> Vasakronan AB har, såvitt framgår av tillgänglig utredning, numera renodlats till ett rent kommersiellt fastighetsbolag. De fastigheter, som var så speciella att de borde betraktas som specialfastigheter, har lagts in i det nybildade bolaget Specialfastigheter Sverige AB. Se prop. 1997/98:137, sid. 11. Bolaget Specialfastigheter Sverige AB ingår inte i denna utredning men kan komma att bedömas av NOU senare.

<sup>27</sup> Regeringens prop. 1992/93:37 "Ny organisation för förvaltning av statens fastigheter och lokaler m.m." och prop. 1997/98:137 "Förvaltning av statens fastigheter och statliga myndigheters lokalförsörjning".

<sup>28</sup> NOU:s ståndpunkt torde inte vara obekant då NOU redan i augusti 1997 för Akademiska Hus AB pekat på den kommande lydelsen av 1 kap. 6 § LOU i skrivelsen dnr 73/97-21. Akademiska Hus har inte tagit kontakt med nämnden med anledning av sagda skrivelse.

medicinsk utrustning) i händelse av kris och krig finns i viss utsträckning kvar. Bolaget hör tillsammans med Svenska Akademiska hus och Kasernen Fastighets AB till sådana bolag som skall tillhandahålla vissa specialfastigheter åt staten. Av regeringens skrivning framgår att det finns även kommersiella fastighetsförvaltningsbolag och att Svenska Lagerhus AB inte anses vara ett sådant bolag. Regeringen anger vidare att bolagen inte drivs med vinstkrav. Svenska Lagerhus AB anser att denna regeringens bedömning är felaktigt och anser att det som bolaget hanterar inte berör allmänheten. Omkring 40 % av verksamheten består av lagring av spannmål, kulturföremål m.m. Allmänheten kommer dock inte i närheten av museiföremålen. Bolaget tillhandahåller varma och torra utrymmen och dess verksamhet riktar sig till marknaden. Därutöver tillkommer underhåll av medicinsk utrustning. NOU anser att även om det nu inte låter sig göras att bedöma all verksamhet, finns det sådana inslag av beredskaps-, katastroflagring och förvaring av offentlig egendom att bolagen får anses ha inrättats i syfte att tillgodose ett behov i det allmännas intresse och att detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>29</sup> Bolaget är en juridisk person och är helägt av staten. Svenska Lagerhus AB bör därför anses vara en upphandlande enhet. Samma torde gälla det helägda dotterbolaget, Dokumenthuset i Sverige AB.

### **SVERIGES RESE- OCH TURISTRÅD AB**

Bolaget anges sakna vinstsyfte och är delvis anslagsfinansierat. Sveriges Rese- och Turistråd AB har med anledning av förfrågan från NOU uppgivit att bolaget inte anser sig vara upphandlande enhet.<sup>30</sup> Bolaget tycks godta att det inrättats i allmännyttigt syfte utan kommersiell karaktär men anser att förutsättningarna i 1 kap. 6 § andra stycket inte är uppfyllda då staten äger endast halva aktiekapitalet, bolagets upphandling står inte under statlig eller kommunal tillsyn och endast halva styrelsen utses av staten. Här skulle det tidigare berörda cirkelresonemanget om NOU:s tillsyn kunna tillämpas<sup>31</sup>. Då det emellertid av regeringens skrivelse framgår att staten utökat sin finansiering under 1997 till 161,3 milj kr och de andra ägarnas finansiering endast uppgick till 153,8 milj kr, och att revisorerna utses av RRV, anser NOU att det tyder på att bolaget tills vidare bör anses utgöra en upphandlande enhet.

### **SYSTEMBOLAGET AB och Lagena Distribution AB**

NOU:s tidigare uttalande om Systembolaget AB har bedömts omfattas av sekretess. NOU gör för tillfället inte någon ny bedömning.

<sup>29</sup> Mannesmann-domen p. 24 och 25.

<sup>30</sup> Bolaget har uppgivit att frågan har utretts av RRV. Vid NOU:s kontroll med bolaget och RRV kom det fram att någon utredning inte var upprättad. Bolaget vidhåller dock sitt tidigare ställningstagande.

<sup>31</sup> Tidigare i denna utredning och Margareta Hentze och Hans Sylvén, Offentlig upphandling, sid. 486.

### **TERACOM AB och dotterbolagen TERACOM Components AB, HD-Divine AB och Nordic Digital Television AB**

Teracom AB har anfört att dess ståndpunkt är att bolaget inte omfattas av LOU. Det får anses klarlagt att bolaget står under kontroll av det allmänna eftersom staten tillskjutit aktiekapitalet och utser mer än halva antalet ledamöter i styrelsen. Bolaget har dock inrättats för att tillgodose programföretagens behov av kapacitet för utsändning och överföring av radio och TV-program. Det kan därför ifrågasättas om Teracom AB inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse. Teracom AB tillhandahåller programbolagen tjänster som är av industriell karaktär. NOU beaktar att det av 1998 års redogörelse för bolag med statligt ägande<sup>32</sup> och övrig utredning framkommer att Teracom AB:s huvuduppgifter är utsändning av radio och TV. Bolagets verksamhet har dominerats av utsändningar från public service företagen (Sveriges Television AB, Utbildningsradio AB och Sveriges Radio AB och TV AB (publ.)). Dessa företag sänder rikstäckande sändningar med tillstånd av regeringen. I de villkor som bifogas tillstånden anges att företagen skall köpa utsändningstjänster från Teracom AB. Utsändningsverksamheten i denna del är därmed inte konkurrensutsatt men skall bedrivas med skäligen lönsamhet. Teracom AB:s konkurrensutsatta verksamhet motsvarar ca 38 % av omsättningen under år 1997. I ett avtal som bilagts regeringens beslut om att digitala TV-sändningar skall inledas i Sverige ingår bl.a. att Teracom AB skall handha den tekniska driften av multiplexar och vara sändaroperatör. NOU delar därför Teracom AB:s bedömning att bolaget står under kontroll av det allmänna och att staten har tillskjutit aktiekapitalet och utser mer än halva antalet ledamöter i styrelsen. NOU anser dock till skillnad från Teracom att bolaget har inrättats för att täcka ett behov i det allmännas intresse och att dessa behov inte är kommersiell eller industriell karaktär, då bolagen har särskilda uppgifter och i princip monopol för delar av verksamheten. Teracom AB:s egen bedömning kan därför inte godtas och bolaget bör tills vidare anses vara en upphandlande enhet.

### **VÄRDEPAPPERSCENTRALEN VPC AB**

Bolaget saknar vinstsyfte, har särskilda uppgifter och delvis ensamställning. Det allmännyttiga intresset anses vara dess uppgift att långsiktigt tillhandahålla säkra och kostnadseffektiva tjänster för hantering av finansiella instrument. Ur bolagsordningen för VPC, som godkänns av regeringen, framgår att VPC har till föremål för sin verksamhet

1. att registrera finansiella instrument och fullgöra de uppgifter i detta avseende som följer av gällande lag, 2. att driva clearingverksamhet avseende finansiella instrument och betalningar, 3. att också i övrigt medverka vid genomförande av förenklade hanteringsrutiner avseende finansiella instrument och betalningar och 4. att driva annan rörelse som är förenlig med den verksamhet som anges under 1-3. Vidare anges det att beslut om ändring av bolagsordningen är giltig efter godkännande av regeringen. Det åligger bolagets styrelse och verkställande direktör att på tid och sätt som

<sup>32</sup> Skr. 1998/99:20 sid. 28

finansinspektionen bestämmer hålla bl.a. bolagets kassa och övriga tillgångar samt böcker, räkenskaper och andra handlingar och vissa handlingar som förs för uppdragsgivarens räkning tillgängliga för granskning av Finansinspektionen. Styrelsen och verkställande direktören skall meddela alla de upplysningar i övrigt rörande bolaget som Finansinspektionen begär.<sup>33</sup> I regeringens skr. 1998/99:20 anges vidare att staten äger 50 procent av aktierna, verksamheten övervakas av Finansinspektionen och att VPC, tillsammans med Svensk Exportkredit, Nordbanken och SBAB, tillhör bolag av rent kommersiell karaktär. Regeringen gör dock den bedömningen att VPC inte har vinstsyfte, har särskilda uppgifter och inte är konkurrensutsatt p.g.a. delvis ensamrätt. NOU anser att VPC har inrättats för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse. Det ovan anförda tyder på att behoven inte är av rent industriell eller kommersiell karaktär. Detta förhållande samt Finansinspektionens tillsyn medför att NOU anser att VPC bör betraktas som upphandlande enhet och bli föremål för fortsatt granskning.

---

<sup>33</sup> Bolagsordningen för VPC § 18.

Datum	Vår beteckning
1998-03-24	15/98-29
Ert datum	Er beteckning
1998-01-15	M98/143/8

Regeringen  
Miljödepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (1998-01-15) analyserat konsekvenserna av de förändringar i EG-fördraget som Amsterdamfördraget medför beträffande möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

Beslut om utformning av denna rapport har fattats vid nämndsammanträde den 24 mars 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civ.ek. Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av jur.kand. Johan Svedberg och jur.kand. Rickard Falkendal. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandenas förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johan Svedberg

## **SAMMANFATTNING**

NOU har samrått med Kommerskollegium och konsulterat professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi.

När det gäller betydelsen av Amsterdambfördraget för möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling kan det konstateras att ändringarna inte har förändrat denna möjlighet för upphandlande enheter på ett markant sätt.

Amsterdambfördragets största förtjänst vad gäller offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven om offentlig upphandling. Integrationsprincipen kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för offentlig upphandling.

Reglerna om uteslutning av anbudsgivare som begått brott i yrkesutövningen eller som begått annat allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap. 17 § 1 st. tredje respektive fjärde punkten LOU kan tillämpas på miljöbrott och allvarliga fel i miljöhänsyn.

Möjligheten att ställa miljökrav vid kvalificeringen av anbudsgivare är enligt NOU:s bedömning utomordentligt begränsad. Sådan bedömning skall begränsas till en prövning av anbudsgivarnas lämplighet med hänsyn till deras tekniska förmåga och kapacitet samt deras ekonomiska och finansiella ställning.

Enligt NOU:s mening torde krav på EMAS-registrering eller krav på uppfyllande av kriterierna för sådan registrering inte kunna förenas med reglerna för offentlig upphandling. Likaså bedömer NOU att krav att leverantören skall ha antagit en miljöpolicy är oförenligt med gemenskapsrätten.

Det är NOU:s uppfattning att miljöfaktorer kan tillmätas betydelse vid val av det mest fördelaktiga anbudet endast under förutsättning att det föreligger ett samband mellan miljökraven och föremålet för upphandlingen samt att utvärderingskriterium framgått av annons eller förfrågningsunderlag.

EG-direktiven om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser. I enlighet med resonemanget ovan är det endast möjligt att ställa krav på tillverkningsprocesser då dessa har betydelse för slutproduktens egenskaper.

GPA förefaller tillåta att tillverkningsprocesser inkluderas i kravspecifikationen under förutsättning att dessa inte diskriminerar produkter från andra stater.

Mahmoudi anför visst stöd för att GPA skulle kunna ges företräde. Enligt NOU:s mening måste dock en upphandlande enhet som vill vara säker på att

följa båda regelverken välja att anpassa sig till de strängaste reglerna, vilka i detta fall utgörs av EG-direktiven. Kommerskollegium anser att EG-direktiven skall ha företräde gentemot GPA.

Ett sätt för upphandlande enheter att ställa krav på tillverkningsprocesser som måhända kan accepteras är såvitt NOU kan bedöma att ställa krav på att en vara skall vara märkt med det europeiska miljömärket (EU-blomman).

I enlighet med Beentjes- domen föreligger visst utrymme att uppställa tillkommande villkor som inte utgör kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. I grönboken synes domen tolkas så, att krav avseende vissa sociala hänsyn skulle kunna uppställas och i en upphandling vara utslagsgivande under vissa förutsättningar medan krav i andra avseenden bl.a. miljöhänsyn inte skulle kunna ligga till grund för uteslutning.

Enligt NOU:s bedömning kan inom ramen för en upphandling krav inte ställas på leverantören att föremålet för upphandlingen skall transporteras på visst miljövänligt sätt. För den upphandlande enhet som önskar transport på miljövänligt sätt, kan i stället en separat upphandling av själva transporttjänsten göras.

<b>SAMMANFATTNING</b> .....	<b>2</b>
<b>INLEDNING</b> .....	<b>5</b>
1.1 Uppdraget .....	5
1.2 Arbetets utförande.....	5
<b>2 RÄTTSKÄLLOR</b> .....	<b>5</b>
2.1 EG-fördraget.....	5
2.1.1 Amsterdampfördraget.....	6
2.2 EG-direktiv om offentlig upphandling .....	7
2.3 Government Procurement Agreement (GPA).....	8
2.4 Lagen om offentlig upphandling (LOU).....	8
2.5 EG-kommissionens grönbok om offentlig upphandling.....	9
2.6 Det femte miljöhandlingsprogrammet.....	9
<b>3 UPPHANDLINGSPROCESSEN</b> .....	<b>9</b>
<b>4 KRAV PÅ LEVERANTÖREN</b> .....	<b>10</b>
4.1 Krav beträffande yrkesutövning.....	10
4.2 Kvalifikationskrav .....	11
4.2.1 Krav på EMAS-registrering och miljöpolicy .....	13
<b>5 UTVÄRDERINGSKRITERIER</b> .....	<b>14</b>
5.1 Inledning .....	14
5.2 Europeiska specifikationer och harmoniserande regler.....	15
5.3 Tillverkningsprocesser.....	15
5.3.1 GPA.....	17
5.4 Miljömärkning.....	18
<b>6 TILLKOMMANDE VILLKOR</b> .....	<b>19</b>
6.1 Krav med anknytning till transporter.....	21
<b>BILAGA 1 REGERINGENS UPPDRAG TILL NOU</b>	
<b>BILAGA 2 YTTRANDE FRÅN KOMMERSKOLLEGIUM</b>	
<b>BILAGA 3 YTTRANDE FRÅN SAID MAHMOUDI</b>	



## **INLEDNING**

### **1.1 Uppdraget**

Regeringen har i beslut den 15 januari 1998 givit NOU i uppdrag att efter samråd med Kommerskollegium analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Analysen skall enligt uppdraget göras mot bakgrund av EG:s direktiv om offentlig upphandling (89/665/EEG, 92/13/EEG, 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG, 93/38/EEG) samt Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen.

NOU skall särskilt analysera konsekvenserna av de förändringar i EG-fördraget som Amsterdamavtalet medför samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

För uppdragets fullständiga lydelse se bilaga 1.

### **1.2 Arbetets utförande**

NOU har under ärendets gång haft samråd med Kommerskollegium (bilaga 2) och inhämtat yttrande från professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi (bilaga 3).

Framställningen koncentreras främst på EG-fördraget och EG-direktiven för offentlig upphandling och därmed även LOU över tröskelvärdena. På de områden där Government Procurement Agreement (GPA) har annorlunda regler eller förefaller medge en annan tolkning än EG-rätten anges detta särskilt.

## **2 RÄTTSKÄLLOR**

### **2.1 EG-fördraget**

I EG-fördraget finns det ingen bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling men artiklarna 6 om icke-diskriminering, 30-34 om fria varurörelser, 52 om etableringsrätt och 59 om fri rörlighet för tjänster ligger alla till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling.

Miljöfrågorna tillmäts en allt större betydelse i EG-fördraget som ändrats flera gånger i detta avseende. Artiklarna 2 (gemenskapen skall främja en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt som tar hänsyn till miljön), 3 punkt k (gemenskapens verksamhet skall innefatta en miljöpolitik), 36 (undantag från de fria varurörelserna för att skydda bl.a.människors och djurs hälsa och liv och att bevara växter), 100a (frågan om hur beslut för tillnärmning av medlemsstaternas olika bestämmelser skall ske, EG-kommissionen skall i sina förslag enligt p. 1 i artikeln om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skydds nivå) och 130r (gemenskapens miljöpolitik skall syfta till en hög skydds nivå, miljöskyddskraven skall

integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik) utgör alla ett stöd för att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

### **2.1.1 Amsterdamfördraget**

Enligt Mahmoudi har Amsterdamfördraget följande betydelse för möjligheten att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

Amsterdamfördraget förändrar EG-fördraget bl.a. avseende miljö. De ändringar inom det området som har störst betydelse för den offentliga upphandlingen gäller gemenskapens grundläggande miljöprinciper.

Den första viktiga ändringen är att principen om hållbar utveckling nu har antagits som en inledande allmän princip redan i ingressen till unionsfördraget. Detta är endast en viljeförklaring från medlemsstaterna och skapar varken rättigheter eller skyldigheter för dem.

Hållbar utveckling har genom Amsterdamfördraget kommit till uttryck också i artikel 2 samt i en ny artikel 6 i EG-fördraget. Dessa två bestämmelser föreskriver en konkret skyldighet för gemenskapen att främja en hållbar utveckling av näringslivet. Införandet av begreppet hållbar utveckling som en princip i EG:s grundlag är en formell bekräftelse på att idén om en oinskränkt handel mellan medlemsstaterna skall få ge vika för nya viktiga intressen, särskilt skyddet av miljön inom gemenskapen. Gemenskapsinstitutionernas skyldighet att beakta denna princip kan bli föremål för prövning av EG-domstolen.

En annan viktig princip som kan ha betydelse för om miljökrav kan ställas vid offentlig upphandling är principen om integrering av miljöfrågor i övrig gemenskapspolitik. Genom Amsterdamfördraget blir den en självständig allmän princip i en ny artikel 6 som lyder: "Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling."

Att ha dessa principer i den inledande avdelningen av fördraget bekräftar att miljöskydd har blivit en kärnfråga av samma höga status som frihandel. Det innebär också att de nämnda miljöprinciperna är bindande rättsregler för gemenskapens institutioner och att de skall styra samtliga aktiviteter inom gemenskapen. Medlemsstaterna är däremot inte bundna av dessa principer på grund av EG-fördraget.

Amsterdamfördragets största förtjänst vad avser offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven för offentlig upphandling.

Integrationsprincipen kan i det sammanhanget återopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för

offentlig upphandling. För de upphandlade enheterna har däremot inte möjligheterna att ställa miljökrav förändrats på ett markant sätt.

## **2.2 EG-direktiv om offentlig upphandling**

Genom inträdet i EU (tidigare EES-avtalet) har Sverige förbundit sig att i den svenska rätten införliva innehållet i EG-direktiven.

Syftet med EG-direktiven om offentlig upphandling är främst att ge leverantörerna i EU lika möjligheter att lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt i alla EU-länder. Med bl.a. en större öppenhet genom t.ex. publicitet skall handeln över gränserna uppmuntras och underlättas. Detta skall medföra att leverantörerna stärker sin ställning och därmed kan konkurrera på världsmarknaden med leverantörer från de andra stora handelsblocken USA och Asien.

Reglerna för offentlig upphandling kan sägas vila på fem grundprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

Direktiven reglerar upphandlingar som uppgår till vissa värden s.k. tröskelvärden.

Dessa är Rådets direktiv:

92/50/EEG (EGT L 209/1) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster;

93/36/EEG (EGT L 199/1) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor;

93/37/EEG (EGT L 199/54) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten;

93/38/EEG (EGT L 199/84) av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (de s.k. försörjningssektorerna);

89/665/EEG (EGT L 395/33) av den 30 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; samt

92/13/EEG (EGT L 76/14) av den 23 mars 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorerna).

Vidare har två direktiv för införlivande av GPA antagits, direktiv 97/52/EG som införlivar GPA i EG:s upphandlingsdirektiv för varor, byggtreprenader och tjänster och direktiv 98/4/EG för försörjningssektorerna.

### **2.3 Government Procurement Agreement (GPA)**

GPA är ett avtal om offentlig upphandling som ingår i avtalen om upprättandet av Världshandelsorganisationen WTO (prop. 1994/95:35 Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m., Bilaga 7, del C sid 268 ff).

GPA som trädde i kraft den 1 januari 1996, omfattar i stort sett samtliga statliga myndigheter, lokala och regionala myndigheter (dvs. kommuner och landsting) samt vissa offentliga bolag. Avtalet täcker upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster.

Även EU har undertecknat GPA och införlivat avtalet i EG-direktiven för offentlig upphandling (se avsnitt 2.2).

### **2.4 Lagen om offentlig upphandling (LOU)**

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 1994. LOU reglerar i det närmaste all offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Genom LOU införlivas de sex EG-direktiven om offentlig upphandling med svensk rätt. En ändring av lagen är att vänta under 1998 med anledning av de två EG-direktiven som införlivar GPA.

Över tröskelvärdena grundar sig lagen i huvudsak på EG-direktiv. Under tröskelvärdena motsvarar bestämmelserna i stort sett de som gällde tidigare för stat och kommun.

Lagens huvudregel om affärsmässighet återfinns i 1 kap. 4 § LOU och lyder: ”Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.” Bestämmelsen gäller även för upphandling under tröskelvärdena (6 kap. 1 § 2 st. LOU).

EG-direktiven styr inte upphandlingar under tröskelvärdena men EG-fördraget och dess bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster, icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande gäller även för dessa upphandlingar.

## **2.5 EG-kommissionens grönbok om offentlig upphandling**

EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. grönbok om offentlig upphandling. Syftet med grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Grönboken behandlar även hur miljökrav kan beaktas vid offentlig upphandling.

I sin uppföljning till grönboken anger EG-kommissionen att den har för avsikt att publicera ett specifikt tolkningsdokument för att möjliggöra ett optimalt beaktande av miljöskydd i offentlig upphandling. I dokumentet skall möjligheterna att ställa miljökrav inom det nuvarande regelverket utvecklas och klargöras<sup>1</sup>.

## **2.6 Det femte miljöhandlingsprogrammet**

EG-kommissionens femte miljöhandlingsprogram (Towards sustainability, A European Community Programme of Policy and Action in relation to the Environment and Sustainable Development av den 27 mars 1992) fastställer långsiktiga mål och är baserat på två huvudprinciper:

Integration av miljöaspekter i alla politikområden är en nyckelfaktor. Miljöskyddsmålen kan bara uppnås genom att alla de områden som orsakar att miljön försämras involveras.

Det är bara genom delat ansvar mellan olika aktörer t.ex. offentlig förvaltning, offentliga företag, privata företag och allmänheten som åtaganden om överenskomna åtgärder kan uppnås.

## **3 UPPHANDLINGSPROCESSEN**

Enligt EG-direktiven för varu-, byggentreprenad- och tjänsteupphandling<sup>2</sup> (den s.k. klassiska sektorn) skall i offentlig upphandling åtskillnad göras mellan prövning av anbudsgivarnas lämplighet och utvärdering av anbud. Regeln, som införlivas av 1 kap. 20 a § LOU, har av EG-domstolen i mål 31/87 Beentjes<sup>3</sup> förklarats innebära att en klar åtskillnad skall göras mellan dessa två prövningar vilka styrs av olika regler. Vidare förklarades bestämmelsen ha direkt effekt. Regeln gäller inte inom försörjningssektorerna, där ett sådant krav på åtskillnad mellan de två momenten således inte föreligger.

<sup>1</sup> Commission Communication: Public Procurement in the European Union s. 27.

<sup>2</sup> Art 23 i 92/50/EEG, art 15 i 93/36/EEG och art. 18 i 93/37/EEG.

<sup>3</sup> Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s. 4635.

Innan anbudsgivarnas lämplighet prövas enligt ovan nämnda regler skall en prövning av anbudsgivarna göras mot ett antal i direktiven<sup>4</sup> angivna uteslutningsgrunder. Dessa regler motsvaras av 1 kap. 17 § LOU.

I 1 kap. 18 § 2 st. LOU anges vidare att en upphandlande enhet i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet (i det följande kallade kvalifikationskrav). Anbud från anbudsgivare som inte uppfyller kvalifikationskraven skall således inte prövas av den upphandlande enheten.

Beroende på var i upphandlingsprocessen miljökrav ställs ifråga om uteslutningsgrunder, kvalifikationskrav, utvärderingskriterier och tillkommande villkor gäller olika regler.

## 4 KRAV PÅ LEVERANTÖREN

### 4.1 Krav beträffande yrkesutövning

Enligt 1 kap 17 § 1 st. 3 p LOU<sup>5</sup> kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling om han är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom.

I grönboken p.5.48 anges: ”I första hand och på samma sätt som för de sociala aspekterna, kan miljöhänsyn tillgodoses genom särskild lagstiftning. Brott mot denna medför att entreprenören döms för brott avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i denna. I dessa fall får upphandlande enheter enligt direktiven utesluta varje entreprenör som gjort sig skyldig till sådana överträdelser.”

Enligt 1 kap. 17 § 1 st. 4 p. LOU<sup>6</sup> kan uteslutning ske om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.

En dom från Kammarrätten i Stockholm meddelad den 11 december 1996 (mål nr 8647-1996) behandlade frågan om allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap 17 § 1 st. 4 p. LOU.

Målet gällde bl.a. huruvida ett ifrågasatt utsläpp av kvicksilver och det förhållandet att anbudsgivaren för viss tid bedrivit sin verksamhet utan erforderligt tillstånd utgjorde tillräcklig grund för att utesluta anbudsgivaren i en öppen upphandling avseende dentalprodukter.

<sup>4</sup> Art. 29 i 92/50/EEG, art. 20 i 93/36/EEG, art.24 i 93/37/EEG och art 31 i 93/38/EEG.

<sup>5</sup> Bestämmelsen motsvaras av artikel 29 1 st. c i 92/50/EEG, 20 p. 1 c i 93/36/EEG, 24 1 st. c i 93/37/EEG och 31 p. 2 i 93/38/EEG

<sup>6</sup> Bestämmelsen motsvaras av artikel 29 1 st. d i 92/50/EEG, 20 p. 1 d i 93/36/EEG, 24 1 st. d i 93/37/EEG och 31 p. 2 i 93/38/EEG.

När det gäller frågan om de påstådda utsläppen av kvicksilver konstaterade kammarrätten att de uppgifter som den upphandlade enheten åberopat inte var ostridiga. Oklarhet rådde beträffande såväl utsläppens ursprung som tidpunkten för dessa. Såvitt framgick av handlingarna var dessa frågor under utredning. Med hänsyn härtill fann kammarrätten att det inte kunde anses visat att leverantören i detta hänseende gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Beträffande tillståndet hade leverantören medgivit att den tillståndspliktiga verksamheten bedrivits utan erforderligt tillstånd. Detta innebar enligt Kammarrättens bedömning att leverantören gjort sig skyldig till fel i yrkesutövningen. För bedömningen av om detta var ett allvarligt fel i yrkesutövningen fann kammarrätten skäl att beakta att bolaget vid tidpunkten för domens avkunnande hade tillstånd för sin verksamhet. Kammarrätten fann att det inte heller i denna del visats att anbudsgivaren gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Kammarrättens dom vann laga kraft.

Reglerna om uteslutning av anbudsgivare som begått brott i yrkesutövningen eller som begått annat allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap. 17 § 1 st. tredje respektive fjärde punkten LOU kan således tillämpas på miljöbrott och allvarliga fel i miljöhänseende.

## 4.2 Kvalifikationskrav

I EG-direktiven<sup>7</sup> inom den klassiska sektorn anges vilka handlingar som får införas av en upphandlande enhet för att styrka leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Reglerna införlivas av 1 kap. 18 §, 2 st. LOU. Vidare är en förordning om tekniska bevis att vänta inom kort. Beträffande upphandlingar inom försörjningssektorerna är reglerna något annorlunda utformade. I artikel 31 i 93/38/EEG, som införlivas av 4 kap. 22a § LOU, anges att leverantörer i selektiv och förhandlad upphandling skall väljas ut enligt objektiva kriterier och regler som skall hållas tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem.

EG-domstolen har, såvitt NOU kunnat utreda, inte prövat frågan om de lagliga möjligheterna att i en offentlig upphandling ställa krav på miljöhänsyn. Domstolen har emellertid i några mål berört frågan om andra särskilda krav inom offentlig upphandling. I mål 31/87 Beentjes behandlades ett krav att anbudsgivarna i en upphandling avseende en byggtreprenad som reglerades av det tidigare gällande direktivet 71/305/EEG skulle anställa långtidsarbetslösa till en viss kvot för arbetets utförande. Domstolen förklarade inledningsvis bl.a. att en upphandlande enhet äger rätt att pröva anbudsgivares lämplighet enbart p.g.a. kriterier hänförliga till ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk förmåga och

<sup>7</sup> Art. 31-32 i 92/50/EEG, art. 22-23 i 93/36/EEG, art. 26-27 i 93/37/EEG.

kapacitet (p. 17). Kravet i fråga var dock enligt domstolen varken ett kvalifikationskrav eller ett utvärderingskriterium: "As regards the exclusion of a tenderer on the ground that it is not in a position to employ long-term unemployed persons, it should be noted in the first place that such a condition has no relation to the checking of contractors' suitability on the basis of their economic and financial standing and their technical knowledge and ability or to the criteria for the award of contracts referred to in article 29 of the directive." (p. 28).

Ett sådant tillkommande villkor som kravet på anställning av långtidsarbetslösa måste helt och hållet vara förenligt med direktivets bestämmelser och gemenskapsrätten i övrigt: "...in order to be compatible with the directive such a condition must comply with all the relevant provisions of Community law, in particular the prohibitions flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and the freedom to provide services." (p. 29).

I ett annat mål 360/89, EG-kommissionen mot Italien<sup>8</sup> som gällde upphandling av byggentreprenad enligt direktiv 71/305/EEG konstaterade EG-domstolen att viss italiensk lagstiftning, enligt vilken upphandlande enhet skulle förbehålla en andel om 15-30 procent av offentliga kontrakt åt företag som hade sitt säte i den region där arbetet skulle utföras och som vidare stipulerade att i valet av inbjudna anbudsgivare skulle tillfälliga associationer eller konsortier i vilka deltog företag vars huvudsakliga verksamhet bedrevs i den region där arbetet skulle utföras ges fördel, var oförenlig med art. 59 i EG-fördraget och direktivet.

Det ställda kravet var liksom i mål 31/87 Beentjes ett krav som inte rymdes bland kvalifikationskriterierna i EG-direktiven för offentlig upphandling. Till skillnad från i mål 31/87 Beentjes stred dock kravet mot EG-fördraget och var därför inte tillåtet.

I mål 71/92 EG-kommissionen mot Spanien<sup>9</sup> förklarade EG-domstolen viss nationell spansk lagstiftning stå i strid med EG-direktiv 71/305/EEG. Enligt den spanska lagstiftningen skulle preferens vid utvärdering ges företag som hade tillgång till personal, material och finansiella tillgångar på spanskt territorium. EG-kommissionen hävdade att lagen stred mot dels direktivet och dels artikel 59 i EG-fördraget. Domstolen konstaterade dock endast att lagen stod i strid med direktivet och prövade därför inte om den var förenlig med artikel 59. Sue Arrowsmith<sup>10</sup> anser att domen var berättigad på den grunden att kravet var godtyckligt och inte stod i relation till det verkliga behovet i det speciella kontraktet.

<sup>8</sup> Mål C-360/89 EG-kommissionen mot Italien REG 1992, s. 3401.

<sup>9</sup> Mål C-71/92 Kommissionen mot Spanien, REG 1993, s. 5923.

<sup>10</sup> Sue Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet and Maxwell, London 1996, s. 321.



Av domarna 360/89 och 71/92 framgår således att ett villkor uppställt i en offentlig upphandling i vart fall inte får stå i strid med EG-fördraget eller någon bestämmelse i EG-direktiven.

Möjligheten att ställa miljökrav vid kvalificeringen av anbudsgivare är enligt NOU:s bedömning utomordentligt begränsad. Sådan bedömning skall begränsas till en prövning av anbudsgivarnas lämplighet med hänsyn till deras tekniska förmåga och kapacitet samt deras ekonomiska och finansiella ställning.

#### **4.2.1 Krav på EMAS-registrering och miljöpolicy**

En av de vanligaste frågorna i samband med att miljökrav ställs vid offentlig upphandling är huruvida upphandlande enheter kan ställa krav på att leverantörerna skall vara registrerade enligt Rådets förordning (EEG) nr 1836/93 av den 29 juni 1993 om en gemenskapens miljöstyrnings- och miljörevisionsordning (EMAS).

Frågan har uppmärksammats även av EG-kommissionen. I grönboken<sup>11</sup> ställs frågan: ”Skulle i detta sammanhang införandet i de tekniska specifikationerna, som ingår i en upphandlings allmänna handlingar, av ett miljömärke eller krav på registrering i ”Environmental Management and Audit Scheme” (miljöstyrnings- och miljörevisionsprogrammet) såsom ett bland kvalifikationskraven, kunna anses som lämpliga åtgärder?”

Grönbokens ovanstående fråga om EMAS ger intryck av att EG-kommissionen har uppfattningen att krav på EMAS-registrering för närvarande inte ryms bland kvalifikationskriterierna i EG-direktiven.

EMAS syftar till att främja en frivillig förbättring av industrins miljöarbete och registreringen är i sig ingen garanti för att företaget säljer miljövänliga varor. Vidare gäller det för företagen att följa nationell miljölagstiftning som kan ligga på olika nivå i medlemsstaterna. Detta innebär att en leverantör i ett EU-land som inte har valt att låta sig EMAS-registreras i själva verket kan tvingas uppfylla högre miljökrav än en leverantör som registrerats i ett land med mindre hård miljölagstiftning.

Att vid offentlig upphandling ställa som krav att leverantören skall vara registrerad i EMAS förefaller enligt NOU inte förenligt med EG-direktiven. Det finns flera skäl som talar emot att EMAS-registrering används som krav. Det behöver inte nödvändigtvis finnas något samband mellan ett företags miljöarbete och dess produkters miljövänlighet. Vidare kan kraven för registrering vara olika hårda beroende på i vilken medlemsstat leverantören hör hemma. Dessutom är det ännu relativt få företag som har registrerat sig i EMAS. Risken finns att ännu icke registrerade leverantörer med miljövänliga produkter väljs bort till förmån för EMAS-registrerade leverantörer med sämre produkter ur miljöhänseende. Att endast kräva att

---

<sup>11</sup> Fråga 21 på s. 43.

leverantören uppfyller kriterierna för EMAS-registreringen förändrar inte situationen.

Att ställa krav på att leverantören skall ha en miljöpolicy bedömer NOU som oförenligt med gemenskapsrätten. Kravet kan inte innefattas i leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller dennes ekonomiska och finansiella ställning. Vidare utgör policyn ingen garanti för att varan är miljövänlig.

## 5 UTVÄRDERINGSKRITERIER

### 5.1 Inledning

1 kap 22 § LOU lyder: ”En upphandlande enhet skall anta antingen

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

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

Motsvarande bestämmelse för upphandling under tröskelvärdena återfinns i 6 kap. 12 § LOU.

Ordet miljöpåverkan är dock ett svenskt tillägg som saknas i motsvarande artiklar i EG-direktiven<sup>12</sup>.

Det räcker inte med att ange endast miljöpåverkan som kriterium utan miljökraven måste preciseras för att möjliggöra en korrekt anbudsutvärdering.

I grönboken anges: ” I fjärde hand och när det gäller fasen för tilldelning av upphandlingskontrakt, skulle miljöfaktorer kunna spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dock endast om hänvisningen till dessa faktorer gör det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten.” (p. 5.51).

Mahmoudi ifrågasätter denna tolkning och anför att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” inte är definierat i direktiven utan bestäms genom hänvisning till en icke-uttömmande lista av faktorer. Därför finns det utrymme att beakta andra faktorer, bl.a. miljöhänsyn, än de som anges i direktiven. EG-domstolen har i flera domar faktiskt ställt miljön framför

<sup>12</sup> Artikel 36 i 92/50/EEG, 26 i 93/36/EEG, 30 i 93/37/EEG och 34 i 93/38/EEG.

gemenskapens traditionella politik. Beaktande av miljöskydd ger en klar miljöprofil till den upphandlande enheten. Enligt Mahmoudi skulle EG-domstolen, även om upphandlaren inte kan redovisa någon direkt ekonomisk vinst med sitt val av anbud, kunna göra en teleologisk tolkning av "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" med tanke på den framträdande plats miljöhänsyn har i gemenskapens politik.

Det är NOU:s uppfattning att miljöfaktorer kan tillmätas betydelse vid val av det mest fördelaktiga anbudet endast under förutsättning att det föreligger ett samband mellan miljökraven och föremålet för upphandlingen. Även kravet i 1 kap. 4 § LOU att anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn utgör stöd för detta.

## **5.2 Europeiska specifikationer och harmoniserande regler**

I EG-direktiven om offentlig upphandling återfinns bestämmelser<sup>13</sup> som innebär att upphandlade enheter är skyldiga att hänvisa till befintliga europeiska standarder om kravspecifikationen innehåller en teknisk beskrivning. 1 kap. 12 § LOU innehåller motsvarande bestämmelse.

Finns det harmoniserande regler inom EU t.ex. i form av direktiv eller europeiska standarder, begränsas möjligheterna att ställa mer långtgående krav än vad som anges i direktiven eller i den europeiska standarden.

Det är skillnad mellan minimi- och totalharmoniseringsdirektiv. Ett minimidirektiv ställer krav på att medlemsstatens regler skall uppfylla en viss miniminivå. Sedan kan medlemsstaterna ställa mer långtgående krav. En upphandlande enhet bör då minst kunna ställa krav på uppfyllande av den nivå som bestämts i enhetens hemland så länge detta inte bryter mot gemenskapsrätten t.ex. proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna. Ett totalharmoniseringsdirektiv däremot innebär att den nationella lagstiftaren inte kan ställa mer långtgående krav än direktivet. Finns det ett totalharmoniseringsdirektiv i EU för ett varuområde begränsas således möjligheterna att ställa andra miljökrav. Den fria handeln mellan medlemsstaterna går här före allt annat.

En väg för en medlemsstat som vill öka hänsynstagandet till miljön kan vara att driva på arbetet med att införa strängare miljökrav i harmoniserande produktdirektiv och standarder.

## **5.3 Tillverkningsprocesser**

EG-direktiven om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser.

---

<sup>13</sup> Artikel 14 i 92/50/EEG, 8 i 93/36/EEG, 10 i 93/37/EEG och 18 i 93/38/EEG.

Saknas det EG-regler med anknytning till tillverkningsprocessen gäller de allmänna principerna om likabehandling och proportionalitet.

Om det finns minimidirektiv av betydelse för tillverkningsprocessen bör den upphandlande enheten minst kunna ställa krav på den nivå som bestämts i enhetens hemland. Om tillverkningsprocessen berörs i ett totalharmoniseringsdirektiv är det däremot inte möjligt att gå utöver vad som framgår av direktivet.

Som nämnts ovan anges i grönboken p. 5.51 att miljöfaktorer kan spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om det är möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten.

I en PM från EG-kommissionen den 10 januari 1996 som skrevs inför det paketmöte som hölls med de svenska myndigheterna den 18-19 januari samma år yttras: "Miljökrav är således tillåtliga i förhållande till naturen av de varor som är föremål för upphandlingen. Dessa miljökrav får grunda sig på en icke-diskriminerande och objektiv definition av de tekniska specifikationer som begärs ("specification of environmentally sound "green" products"). Däremot kan sådana krav inte gälla själva fabriktionsprocessen för varorna som är föremål för upphandlingen."

Enligt EG-kommissionen är det således bara möjligt att ställa sådana krav på tillverkningen av en vara som är nödvändiga för varans funktion och kvalitet. Att ställa krav på en varas tillverkningsprocess blir endast möjligt då denna process påverkar slutproduktens egenskaper.

Mahmoudi anser inte att det saknar betydelse hur en vara producerats och att miljökrav får beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Oavsett var miljöåtgärder vidtas är det skyddet av miljön i hela gemenskapen som är ändamålet. Detta framgår redan av EG:s fjärde miljöhandlingsprogram och har sedan förstärkts genom det femte miljöhandlingsprogrammet med begreppet delat ansvar.

Vidare anför Mahmoudi att utveckling av ett europeiskt miljömärke för varor och tjänster som kan inkluderas i de tekniska specifikationerna skulle vara ett bra sätt att ställa krav på produktionen.

Det skall enligt NOU föreligga ett samband mellan miljökrav och föremålet för upphandlingen. Av den anledningen är det endast möjligt att ställa krav på en viss tillverkningsprocess då denna har betydelse för den slutliga produktens egenskaper.

### 5.3.1 GPA

Artikel VI:1 GPA lyder:

”Tekniska specifikationer som anger egenskaper hos varor eller tjänster som skall upphandlas, såsom krav avseende kvalitet, prestanda, säkerhet, mått, symboler, terminologi, förpackning, märkning och etikettering, eller i fråga om tillverkningsprocesser och metoder samt krav som hänför sig till förfaranden för prövning av varors överensstämmelse med specifikationer som föreskrivits av upphandlande myndigheter, får ej utarbetas, antas eller tillämpas i syfte att skapa eller ge orsak till onödiga hinder för internationell handel.”

Till skillnad från ordalydelsen i EG-direktiven ger denna GPA-artikel intryck av att tillåta att tillverkningsprocessen inkluderas i kravspecifikationen. Detta understryks av artikel VI:2 som bl.a. föreskriver:

”Tekniska specifikationer som beslutats av upphandlande enheter skall, där så är lämpligt”... (b)”grundas på internationella normer, när sådana finns, och annars på tekniska föreskrifter, erkända nationella normer eller byggnadsregler.”

Tekniska föreskrifter och standarder definieras:

”I detta avtal är en teknisk föreskrift ett dokument som fastställer egenskaper som varan eller tjänsten eller dithörande processer och produktionsmetoder samt gällande administrativa bestämmelser måste besitta respektive uppfylla.”<sup>14</sup>

”I detta avtal är en standard ett dokument som fastställs av ett erkänt organ, och som för allmänt och upprepat bruk anger regler, riktlinjer eller egenskaper hos varor eller tjänster eller dithörande processer och produktionsmetoder som inte oundgängligen måste följas.”<sup>15</sup>

I båda dessa fall kan dokumentet: ”innefatta eller enbart behandla terminologi, symboler, förpacknings-, märknings- eller etiketteringskrav beträffande en vara, en tjänst, en process eller en tillverkningsmetod.”<sup>16</sup>

GPA förefaller således tillåta att tekniska specifikationer innefattar tillverkningsprocesser under förutsättning att dessa inte diskriminerar produkter från andra stater eftersom det skulle strida mot artikel III:1 GPA.

EG-kommissionens uppfattning är att EG-direktiven för offentlig upphandling inte ger möjlighet att ställa krav på tillverkningsprocessen. GPA å andra sidan förefaller medge sådana krav. Det är inte klart vilket regelverk som skulle få företräde om en upphandlande enhet väljer att ställa

---

<sup>14</sup> Artikel VI:2 b fotnot 3 första meningen.

<sup>15</sup> Artikel VI:2 b fotnot 4 första meningen.

<sup>16</sup> Artikel VI:2 b fotnot 3 och 4 andra meningen.

krav på tillverkningsprocessen med hänvisning till GPA. Se vidare Mahmoudis yttrande s. 8-9.

Enligt NOU:s mening måste en upphandlande enhet som vill vara säker på att följa båda regelverken välja att anpassa sig till de strängaste reglerna, vilka i detta fall utgörs av EG-direktiven. Kommerskollegium anser att EG-direktiven skall ha företräde gentemot GPA.

## **5.4 Miljömärkning**

EG-kommissionen förefaller anse att det finns en risk för att olika nationella miljömärkningssystem leder till att den gränsöverskridande handeln försvåras. Istället anser man att insatser bör göras för att utveckla europeiska standarder eller gemensamma tekniska specifikationer som syftar till att införliva och framhäva miljöaspekter. Ett exempel skulle enligt EG-kommissionen kunna vara ett europeiskt miljömärke som överensstämmer med gemenskapsrätten (grönboken p. 5.49).

Det finns redan ett europeiskt miljömärke enligt Rådets förordning (EEG) nr 880/92 om gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke (EU-blomman). Förordningen är baserad på ett livscykelperspektiv som inkluderar tillverkningsprocessen.

Enligt EG-kommissionens synsätt skulle då inte upphandlade enheter kunna ställa krav på att en vara skall vara märkt med EU-blomman.

Enligt Mahmoudi är det redan idag möjligt att inkludera detta miljömärke i de tekniska specifikationerna. Visserligen skulle detta utgöra en formell diskriminering men eftersom miljömärket gäller inom hela gemenskapen, är frivilligt och öppet för alla tillverkare av särskilda varor inklusive importerade varor som uppfyller EG-krav, är det inte omöjligt att EG-domstolen godkänner diskrimineringen till förmån för miljön. Ett problem kan dock vara att små- och medelstora företag i praktiken kan slås ut av ett sådant krav.

Att ställa krav på att en vara skall vara märkt med det europeiska miljömärket (EU-blomman) kan enligt NOU:s uppfattning eventuellt vara förenligt med gemenskapsrätten. Även tillverkningsprocessen skulle beaktas i ett sådant fall.

Vad avser nationella miljömärken, som t.ex. den nordiska svanen, måste krav på att leverantören skall ha märket anses diskriminerande.

Det är tveksamt om det går att ställa krav på att en vara skall motsvara kriterierna för märkningen eftersom denna innefattar krav på varans tillverkningsprocess.

Det finns en förordning EEG/2092/91 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och

livsmedel. Förordningen anger bl.a. kriterier för vad som skall betraktas som ekologisk produktion, hur märkningen av dessa produkter skall göras och hur kontrollen skall ske. I Sverige finns en lag (1995:551) och en förordning (1995:702) om ekologiskt framställda produkter som kompletterar EG-förordningen.

Eftersom EG definierat vad som avses med ekologisk odling bör det, så länge definitionen följs vara möjligt att ställa krav att livsmedel skall vara ekologiskt odlade. Ekologiska livsmedel bör kunna anses som en annan produkt än vanliga livsmedel där med vissa begränsningar bekämpningsmedel tillåts. Uttryck som "obesprutat" och liknande bör således inte användas vid upphandling.

## **6 TILLKOMMANDE VILLKOR**

I grönboken behandlas frågan om möjligheten att i offentlig upphandling ställa krav som varken är hänförliga till en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning eller kriterier för anbudsutvärdering.

P. 5.42 behandlar krav av social karaktär: "En andra möjlighet består i att ställa, såsom villkor som skall gälla under avtalstiden, krav av social karaktär. Dessa kan till exempel avse att främja anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier. I detta avseende bör bedömningen av ett sådant villkor äga rum utanför själva upphandlingsförfarandet (se ovan nämnda dom i Beentjes-målet, liksom kommissionens meddelande om sociala och regionala aspekter i offentlig upphandling). Givetvis tillåts endast de villkor, som inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Dessutom måste lämplig öppenhet garanteras genom att dessa villkor nämns i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget."

P. 5.52 behandlar miljöhänsyn: "I femte hand kan inköpsorganen säkerställa skyddet av miljön via utförandevillkor, som de utvalda leverantörerna är skyldiga att fullgöra enligt kontraktet. Med andra ord kan en upphandlande enhet från den leverantör, vars anbud antagits, begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Dessa utförandevillkor får givetvis inte vara av diskriminerande art och inte heller på något sätt lägga hinder i vägen för en väl fungerande inre marknad. Dessutom måste man säkerställa att deltagarna i anbuds-förfarandet förfogar över rimlig kännedom om att dessa villkor existerar, vilket kan ske genom att de anges i det publicerade meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Slutligen bör leverantörens förmåga att fullgöra sina kontraktsskyldigheter i enlighet med dessa villkor prövas utanför själva upphandlingsförfarandet."

Sue Arrowsmith<sup>17</sup> behandlar frågan vilken verkan Beentjes-domen har med avseende på rätten att ställa krav som inte är hänförliga till vare sig kvalifikationskraven eller utvärderingskriterierna. Hon menar att den mest naturliga tolkningen, med hänsyn till att domstolen konstaterar att kravet inte ryms inom området teknisk förmåga och kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning, vore att medge att sådana sekundära kontraktsvillkor generellt sett skulle kunna uppställas och grunda uteslutning av anbudsgivare. Emellertid synes enligt Arrowsmith den tolkningen som EG-kommissionen har antagit i Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 Final ha blivit allmänt accepterad, nämligen ett generellt förbud mot uteslutning av anbudsgivare på grund av sekundära kontraktsvillkor. Uppfattningen grundas på att direktivens kriterier för uteslutning av anbudsgivare och utvärdering av anbud är uttömmande och därför inte medger uteslutning av andra än däri angivna skäl.

EG-kommissionen medger följaktligen att vissa tillkommande krav som anges i grönboken under p. 5.42 av social karaktär, såsom främjandet av anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier, under vissa förutsättningar kan ställas att gälla under avtalstiden. Med hänvisning till Beentjes-domen bör bedömningen av ett sådant villkor äga rum utanför själva upphandlingsförfarandet.

EG-kommissionen synes således mena att sådana krav av social karaktär under de angivna förutsättningarna kan ligga till grund för uteslutning av anbudsgivare som inte uppfyller villkoret.

Under p. 5.52 behandlar EG-kommissionen krav avseende skyddet av miljön. Kraven, som benämns utförandevillkor, är leverantörerna skyldiga att fullgöra enligt kontraktet. Sådana villkor synes enligt EG-kommissionen dock endast kunna uppställas för den leverantör vars anbud antagits. Genom avtalet kan således den upphandlande enheten under vissa förutsättningar kräva att den upphandlade prestationen skall genomföras med beaktande av visst i avtalet reglerat miljöhänsyn. Ett sådant utförandevillkor skall enligt EG-kommissionen behandlas utanför själva upphandlingsförfarandet.

Vid en jämförelse av EG-kommissionens i grönboken redovisade uppfattning avseende sociala villkor enligt p. 5.42 och krav avseende skydd av miljön enligt utförandevillkor enligt p. 5.52 förefaller de förstnämnda kraven ges större tyngd än den senare typen av villkor. De sociala villkoren, som kan ställas vid sidan av kvalifikationskrav och utvärderingskriterier, kan ligga till grund för uteslutning av en anbudsgivare som inte uppfyller villkoret. Ett icke uppfyllt utförandevillkor avseende miljöhänsyn synes inte *per se* kunna utgöra grund för uteslutning av anbud, utan synes endast kunna äga en rent kontraktuell betydelse efter att upphandlingen slutförts.

---

<sup>17</sup> Ibid. s. 826.



En sådan skillnad i rättsverkan mellan de två typerna av villkor är enligt NOU:s mening svår att motivera. EG-kommissionen har inte klart redovisat skälen för sin inställning. EG-kommissionen stöder sig på Beentjes-domen vad gäller krav på sociala hänsyn, men synes inte medge att krav på miljöskydd genom utförandevillkor tillmäts samma betydelse. En möjlig förklaring kan vara, att vad gäller de sociala hänsynen kan dessa anses i viss mån ligga i linje med villkoret om långtidsarbetslösa i Beentjes-domen. Det skulle således finnas ett samband mellan den upphandlade prestationen (som var en byggentreprenad) och kravet på att denna skulle fullgöras genom att anställa en viss kvot av långtidsarbetslösa. På samma sätt skulle ett sådant samband kunna urskiljas mellan den upphandlade prestationen och de sociala hänsyn som avses i grönboken.

Mahmoudi anser att ett krav avseende miljöhänsyn kan uppställas som utförandevillkor, även om det skulle medföra diskriminering.

## **6.1 Krav med anknytning till transporter**

Att ge företräde åt den leverantör som producerar en vara så nära den upphandlade enheten som möjligt i syfte att minimera transporten är enligt NOU:s mening inte möjligt. Miljöhänsyn som hindrar fria varurörelser måste vägas mot EU:s mest grundläggande målsättning om att fullborda den inre marknaden. Den leverantör som befinner sig närmast har ändå fördel av att inte behöva transportera varan lika lång sträcka som sina konkurrenter, vilket påverkar priset.

Ett alternativ till att ställa krav på transportsätt i en varuupphandling kan vara att köpa en vara fritt fabrik, vilket innebär att ansvaret för varan övergår till köparen då varan är klar för hämtning hos säljaren och säljaren meddelat köparen detta. Härvid har den upphandlande enheten sannolikt större möjlighet att själv ombesörja transporterna på ett enligt enheten miljövänligare sätt under förutsättning att någon diskriminering inte sker. En upphandlande enhet som gör en separat transportupphandling har möjlighet att själv välja önskat transportsätt.

Enligt EG-kommissionens uppfattning såsom den framförs i p. 5.52 i grönboken får inte utförandevillkoren vara diskriminerade.

Det är enligt NOU:s uppfattning svårt att ställa krav på visst transportsätt av varor inom ramen för upphandlingsförfarandet. Ett sådant krav kan troligen ställas då upphandlingen avser en separat transporttjänst. Enligt Mahmoudi kan en upphandlande enhet, oavsett om önskemålet är diskriminerande, i annonsen för upphandlingen ange tydlig information om sina önskemål att leveransen skall ske med den miljövänligaste transporten efter överenskommelse.

REGERINGEN

1998-01-15

M98/143/8

Miljödepartementet

Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012  
103 11 Stockholm

**Uppdrag om ekologiskt hållbar offentlig upphandling**

**Regeringens beslut**

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att efter samråd med Kommerskollegium analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Analysen skall göras mot bakgrund av EG:s direktiv om offentlig upphandling (89/665/EEG, 92/13/EEG, 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG, 93/38/EEG) samt Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen.

Nämnden skall särskilt analysera konsekvenserna av de förändringar i Fördraget som Amsterdamavtalet medför samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

Uppdraget skall redovisas senast den 31 mars 1998.

Frågan om vilket utrymme för miljökrav som ges i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och i EG:s direktiv berördes i betänkandet (SOU 1996:23) Upphandling en miljöfråga. De synpunkter som kommit fram i remissbehandlingen av detta skall beaktas.

**Ärendet**

Regeringen verkar sedan ett par år för att statliga myndigheter i högre grad skall miljöanpassa sin upphandling. Detta görs mot bakgrund av att den offentliga upphandlingen som helhet ses som en viktig drivkraft i arbetet för ett ekologiskt hållbart samhälle. Regeringen har angett tre övergripande mål för ekologisk hållbarhet, nämligen skyddet av miljön, effektiv användning av energi och andra resurser samt hållbar försörjning. I regeringens skrivelse Ekologisk hållbarhet (skr. 1997/98:13) anges att Nämnden för offentlig upphandling tillsammans med Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen bör ta fram ett underlag till en svensk ståndpunkt i EU. Den skall utgå från EG:s regler och andra

internationella regler. I det fall önskvärda miljökrav inte överensstämmer med EG:s regler bör förslag lämnas till hur upphandlingsdirektiven kan ändras så att reglerna blir tydliga och styr i riktning mot ekologisk hållbarhet.

### **Skälen för regeringens beslut**

Lagen om offentlig upphandling (LOU) reglerar i det närmaste all offentlig upphandling. Reglerna för upphandling över vissa tröskelvärden styrs av EG:s direktiv om offentlig upphandling. Sverige och EU har också förbundit sig att följa bestämmelserna i Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen WTO. LOU och EG:s direktiv ger utrymme för att ställa vissa miljökrav vid upphandling. En vägledning om miljöanpassad offentlig upphandling har tagits fram av Nämnden för offentlig upphandling, Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen. I denna ges exempel på vilket sätt sådana krav kan ställas. Det behöver emellertid undersökas om miljörelaterade krav får ställas på

- leverantören, exempelvis EMAS-registrering,
- hur produkter tillverkas,
- hur produkter transporteras.

Amsterdamfördraget innehåller flera ändringar på miljöområdet som kommer att få betydelse för arbetet med upphandlingsfrågor i EU. Hållbar utveckling tas in som ett övergripande mål i både artikel B 1 Unionsfördraget och i artikel 2 EG-fördraget. I en ny artikel 3c står ”miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling”.

Regeringen avser att på basen av nämndens analys ta fram en svensk ståndpunkt om hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet bör kunna ställas vid offentlig upphandling.

På regeringens vägnar

Anna Lindh

Gunnel Nycander

Kopia till

Finansdepartementet  
Närings- och handelsdepartementet  
Utrikesdepartementet  
Naturvårdsverket  
KemI  
Kommerskollegium

# Kommerskollegium

*National Board of Trade*

Enheten för global handel

Margareta Norqvist

YTTRANDE

1998-03-27

Dnr 151-146-98

För kännedom:

Chefen för UD-IH

Harald Sandberg, UD-IH

Ulla Eriksson-Moberg, UD-IH

Charlotte Hedberg, FI

Johan Svedberg, NOU

Nämnden för offentlig upphandling

## **Uppdrag om ekologiskt hållbar upphandling**

Nämnden för offentlig upphandling har haft regeringens uppdrag att analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling, mot bakgrund av relevanta EG-direktiv och WTO:s avtal om offentlig upphandling (GPA). Uppdraget skulle genomföras efter samråd med Kommerskollegium.

Kollegiet har för sin del inget att erinra mot den tolkning av GPA och den slutsats beträffande dess relation till EG-direktiven som nämnden redovisar, d.v.s. att de strängare regler som ingår i direktiven måste ha företräde.

Margareta Norqvist

## Att ställa miljökrav vid offentlig upphandling

Frågan om huruvida det är möjligt att ställa miljökrav vid offentlig upphandling skulle kunna bli föremål för en omfattande studie. I en sådan studie bör förhållandet mellan olika typer av miljökrav eller miljörelaterade krav å ena sidan och EG:s grundlagar och EG:s sekundärrätt gällande offentlig upphandling å andra sidan utredas. Vidare bör EG-domstolens praxis beträffande sambandet mellan miljöåtgärder och krav på icke diskriminering och proportionalitet, vikten av miljöskydd i förhållande till övrig gemenskapspolitik, hierarkin inom gemenskapens rättsakter och mellan sådana rättsakter och av gemenskapen ingångna internationella avtal studeras. Den följande analysen är dock begränsad till en kortfattad undersökning av några av dessa frågor. Analysen inleds med en diskussion om de allmänna förutsättningarna för att ställa ett miljökrav vid offentlig upphandling. Denna följs av en undersökning av möjligheterna att ställa tre konkreta miljökrav, nämligen krav på hur produkter tillverkas och transporteras och krav på leverantörens miljöarbete t.ex. EMAS- (eller liknande) registrering. Utgångspunkten för analysen är EG-direktiv om offentlig upphandling, särskilt direktiv 92/50 om tjänster, kommissionens grönbok om offentlig upphandling och i viss mån även GPA. Slutligen studeras de ändringar som Amsterdamfördraget har infört i EG:s grundlagar och som kan vara av betydelse för möjligheten att vid offentlig upphandling ställa miljökrav i allmänhet och de tre ovannämnda kraven i synnerhet.

### I- Allmänna förutsättningar för att ställa miljökrav

Offentlig upphandling är ett väl reglerat område inom EG. Trots att själva EG-fördraget saknar direkt hänvisning till offentlig upphandling, är frågan nästan helt reglerad genom direktiv. Även WTO:s ”government procurement agreement - GPA” är viktigt i sammanhanget då det styr offentlig upphandling mellan gemenskapens medlemmar och ett antal andra länder såsom USA, som är parter i GPA. Trots att direktiven har relativt detaljerade gemensamma tekniska regler, gemensamma regler för deltagande, kriterier för kvalitativt urval och kriterier för prövning av anbud, saknar de direkta hänvisningar till miljön. Frågan är då om miljökrav som inte direkt nämns under någon av dessa rubriker ändå kan inkluderas i den upphandlande myndighetens kravspecifikationer eller beaktas vid prövningen av anbud. Den juridiskt viktiga frågan är med andra ord om det är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa ett krav, som sannolikt har handelshämmande effekt och kan äventyra ett antal friheter, inom ett område där gemenskapen genom extensiv reglering har försökt *samordna* nationella förfaranden för att garantera dessa friheter.

Svaret beror bl.a. på om listan över kvalifikationskrav och kriterier för tilldelning av kontrakt skall betraktas som uttömmande eller ej. Bakgrunden till regleringen av offentlig upphandling och den rättsutveckling som skett på detta område inom gemenskapen sedan början av 70-talet visar att syftet har varit att skapa en allmän *ram* för samordningen av de nationella förfarandena. EG-domstolen har i ett flertal mål behandlat regelverkets innebörd och möjligheten att ställa krav utöver vad som finns uppräknat i relevanta direktiv. Vad gäller regelverkets karaktär av ramverk uttalade domstolen i CEI-målet 1987 (27/86) följande:

The directive [71/305 om upphandling av byggentreprenader]...does not lay down uniform and exhaustive body of Community rules; within the framework of the common rules which it contains, the Member States remain free to maintain or adopt substantive and procedural rules...on condition that they comply with all relevant provisions of Community, in

particular the prohibitions flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and freedom to provide services.

Vad beträffar möjligheten att ställa ett specifikt krav som inte nämnts i något relevant direktiv om offentlig upphandling är Beentjes-målet (31/87) ett viktigt avgörande. Domstolen fastslår här att gemenskapsreglerna angående upphandling utgör en ram som kan fyllas ut. Detta får dock ske endast om utfyllandet överensstämmer med gemenskapens grundläggande principer. Domstolen nämner, som två för målet relevanta principer, den fria etableringsrätten och den fria rörligheten av tjänster. Ett underförstått resultat av direktivens konstruktion som ramlag är att listan över kriterier inte behöver vara uttömmande. För att ställa specifika kvalifikationskrav på leverantörerna är huvudvillkoren, enligt domstolen, att ett sådant krav hänför sig endast till deras ekonomiska och finansiella ställning och deras tekniska förmåga. Domstolen konstaterar vidare att när det gäller valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har den upphandlande myndigheten diskretion att jämföra olika anbud och göra ett val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grundval av objektiva kriterier som uppställs i direktivets artikel 29 (2). Domstolen betonar att listan inte är uttömmande.

Mot denna bakgrund är frågan om miljökrav kan ställas som ett kvalifikationskrav under t.ex. bedömningsgrunden teknisk förmåga eller alternativt kan beaktas som ett objektiva kriterium för valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid tilldelning av kontrakt. Ett problem är naturligtvis hur man vill definiera miljökrav. För resonemangets skull kan vi för tillfället anta att det inte råder någon som helst tvekan att kravet ställs endast med hänsyn till skyddet av miljön; det handlar inte om godtycklig diskriminering av utländska leverantörer och det utgör inte ett förtäckt handelshinder. Kommissionens grönbok ger svar på dessa frågor. Kommissionen antyder att offentlig upphandling inte är ett totalt harmoniserat område utan det finns ett manöverutrymme för medlemsstaterna inom ramen för de befintliga direktiven.

Den första möjligheten är att säkerställa miljöhänsyn genom tekniska specifikationer. Problemet är att om det finns harmoniserande gemenskapslagstiftning för de varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten som skall upphandlas, blir det svårt att utan vidare tillvarata denna första möjlighet. Ändringen av efterfrågan (t.ex. för oblekt papper) har nämnts som en möjlig grund för inköpsorganen att göra avsteg och ange andra tekniska specifikationer än de som är bestämda av gemenskapen. Jag har svårt att se hur EG-domstolen skulle kunna godkänna ett avsteg från harmoniserade gemenskapsstandarder för att tillgodose marknadens efterfråga. Det är mer troligt att domstolen godkänner avsteg endast på grund av hänsyn till miljön. Kommissionens förslag här torde i första hand avse upphandling av de tjänster, varor eller bygg- och anläggningsarbeten som inte är föremål för harmoniserande gemenskapsregler. I andra hand innebär det att gemensamma europeiska standarder måste utvecklas så att miljöaspekter beaktas i de tekniska specifikationerna av flera varor och tjänster.

Kommissionen menar att det är möjligt att under vissa villkor integrera miljöskydd i kvalifikationskrav som ställs på leverantören. Resonemanget är taget från domstolens avgörande i Beentjes-målet. Kommissionen är tydlig när den betonar att krav på anbudsgivares ekonomiska, finansiella och tekniska förmåga kan omfatta miljöhänsyn. Vad som är viktigt är att kommissionen, liksom domstolen, inte är beredd att acceptera miljöhänsyn som ett allmängiltigt krav, utan understryker att möjligheten att ställa detta krav måste undersökas med beaktande av de krav på förmåga som ställs i en bestämd upphandling.

En annan möjlighet, enligt kommissionen, är att vid tilldelning av upphandlingskontrakt låta miljöfaktorer spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommissionen ställer dock två krav, dels att hänvisningen till miljöfaktorer gör det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen, dels att

den ekonomiska fördelen direkt tillfaller den upphandlande enheten. ”Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” är inte definierat i direktiven, utan bestäms genom hänvisning till en icke-uttömmande lista av faktorer såsom pris, leveransdatum, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst o.s.v. Det finns därmed ett utrymme att beakta andra faktorer, bl.a. miljöhänsyn, än de som anges i den listan. Kommissionen har gjort en snäv och marknadstrogen tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Även om huvudsyftet med direktiven inte är skyddet av miljön, utan säkerställandet av den fria etableringsrätten och den fria rörligheten av varor och tjänster, finns det anledning att ifrågasätta en sådan tolkning. Kommissionens tolkning återspeglar den attityd som fanns inom gemenskapen under 70-talet när det ursprungliga direktivet antogs. EG-domstolen kan eventuellt ha en annan uppfattning där miljöskydd som ett allmänt intresse och som en av gemenskapens viktigaste målsättningar kan väga tungt. Domstolen har i flera viktiga mål bl.a. i ADBHU-målet (240/83) och flaskmålet (302/86) faktiskt ställt miljön framför gemenskapens traditionella politik. Beaktandet av miljöfaktorer vid val av anbud ger en klar miljöprofil till den upphandlande myndigheten. Om myndigheten i sin tur har en ekonomisk verksamhet leder oftast en sådan profil till en mätbar ekonomisk vinst. Även om den upphandlande myndigheten saknar ekonomisk verksamhet och inte kan redovisa en direkt ekonomisk vinst med sitt val av anbud, kan EG-domstolen göra en teleologisk tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” i ljuset av miljöhänsynens framträdande plats i gemenskapens politik.

Den sista möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling är att integrera dem med utförandevillkor. Kommissionen menar att deltagarna i anbudsförfarandet bör ha en rimlig kännedom om att prestationen som upphandlingen gäller måste genomföras med hänsyn till vissa miljökrav. Dessutom bör leverantörens förmåga att fullgöra sina skyldigheter i enlighet med dessa krav prövas utanför själva upphandlingen. Ordalydelsen i grönbokens punkt 5.52 tyder på att kommissionen skiljer mellan själva upphandlingsförfarandet och utförandefasen. Den som skall beakta miljökrav har redan, på grund av de kriterier som är uppräknade i direktiven, fått upphandlingskontrakten. Därmed blir fullgörandet av miljökrav en förhandlingsfråga *ex post facto*. Jag anser att detta alternativ skall tillgripas endast när ställandet av miljökrav vid själva upphandlingsförfarandet är klart diskriminerande eller opraktiskt. En sådan situation är krav på hur upphandlade varor skall transporteras (varom nedan).

Oavsett grunderna för miljökrav vid offentlig upphandling gäller principerna om icke-diskriminering och proportionalitet som två grundläggande villkor. EG-domstolens praxis under senare år har förtydligat innebörden av dessa villkor vad gäller eventuella konflikter mellan miljöskydd och den fria rörligheten av varor och tjänster. I flaskmålet gjorde domstolen gällande att en viss grad av diskriminering bör accepteras när det kan bevisas att åtgärden (eller kravet) har ett genuint miljösyfte. I vallonska avfallsmålet (2/90) gick domstolen ännu längre och fastslog att även en total diskriminering kunde godkännas för miljöns skull. Det bör understrykas att domstolens avgöranden i dessa två mål självfallet inte får tolkas som ett klartecken för att tillämpa vilket miljökrav som helst utan att tänka på åtgärdens diskriminerande effekter. När det gäller offentlig upphandling betyder domstolens praxis att de flesta miljökrav skulle kunna accepteras trots deras diskriminerande effekter. Vad som är den springande punkten i domstolens resonemang beträffande miljökravets diskriminerande effekter är att kravets huvudsyfte ska vara skyddet av miljön. Detta innebär att kravets verkliga syfte skall kunna fastställas med objektiva kriterier.

Kommissionens grönbok om offentlig upphandling har en byråkratisk attityd gentemot miljöfrågor. Dessutom är kommissionen kategorisk i sitt uttalande. Det kan bero på den funktion som kommissionen har och den roll som den spelar som den inre marknadens väktare.

Det kan också bero på oron för små och medelstora företags konkurrensmöjligheter vid allt högre och mer omfattande miljökrav. Yttranden från olika EU organ angående grönboken, bl.a. yttranden från regionkommittén och från den ekonomiska och sociala kommittén, betonar vikten av att väga in icke diskriminerande miljökrav. Icke diskriminering syftar här inte endast till den formella utan även den faktiska diskrimineringen som kan drabba utländska leverantörer särskilt små eller medelstora företag.

Miljöskydd är endast en av många aspekter som får beaktas vid offentlig upphandling. Grönboken har därför inte tagit intryck av den debatt som har pågått om miljöfrågornas ställning inom gemenskapen allt sedan Maastrichtfördraget. Med tanke på hur arbetet inom kommissionen vanligtvis samordnas bör kommissionens uttalande om förhållandet mellan miljöfrågor och offentlig upphandling och särskilt dess tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” uppfattas som DG XV:s uppfattning och inget annat. Rättsutvecklingen under senare år, främst genom Maastricht- och Amsterdamfördragen, tyder dock på att miljöskydd skall anses som en övergripande princip som genomsyrar alla verksamheter som regleras av gemenskapen. Med andra ord kan ett alternativ till kommissionens snäva och marknadvänliga tolkningar vara att miljökrav skall beaktas som en grundnorm d.v.s. en utgångspunkt i alla offentliga upphandlingar och inte ett krav under tekniska specifikationer, kvalifikationsvillkor eller urvalkriterier. Men det erfordrar en klarare definition av miljökrav och ett genomtänkt förfaringsätt för att inte störa en väl fungerande inre marknad, som trots allt är gemenskapens *raison d'être*.

## II- Specifika miljökrav

### 1- En miljövänlig tillverkningsprocess

EG-direktiv om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om framställningsprocessen. Tillverkningsprocesser och produktionsmetoder tillhör de områden som knappast är reglerade av gemenskapen. De få direktiv som har antagits i detta avseende har en annan målsättning än miljöskydd. Ett undantag är direktiv 92/112 om procedurer för att harmonisera programmen för minskning och slutlig eliminering av föroreningar orsakade av avfall från titandioxidindustrin. Det är klart att miljökrav inte kan ställas på tillverkningsprocessen vid upphandling av produkter från titandioxidindustrin eftersom domstolen redan har fastslagit (300/89) att syftet med gemenskapens reglering är både miljöskydd och harmonisering av nationella bestämmelser. Med andra ord är miljökraven redan tillgodosedda och det finns inte anledning för extra krav.

I de flesta fall är tillverkningsprocessen i sin helhet inte reglerad av gemenskapen. Det är medlemsstaternas lagar som gäller. EG ställer istället olika krav på delar av processen t.ex. utsläpp av miljöfarliga ämnen i luften och vatten, användning av ren teknik, omhändertagandet av avfall o.s.v. Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa krav beträffande tillverkningsprocessen som sådan beror i första hand på hur och i vilken omfattning gemenskapen har reglerat processen. Om gemenskapsreglering saknas helt (något som händer väldigt sällan) gäller de allmänna kraven på proportionalitet och icke diskriminering. Ett miljökrav får inte faktiskt utesluta utländska leverantörer. Det får inte heller begränsa handeln mer än vad som är nödvändigt för att nå det eftersträfvade syftet, nämligen ett effektivt skydd av miljön. I princip ser jag inte något hinder att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen i andra fall. I verkligheten kan det dock bli mycket svårt att uppfylla de nämnda kraven. Diskrimineringen riskerar bli betydligt mer omfattande jämförd med när miljökrav ställs på produkter. Dessutom vore miljöskydd som enda skäl för det ställda kravet mycket altruistiskt



om den upphandlande myndigheten inte kunde bevisa ett visst samband mellan produktionen och produktens önskade egenskaper.

När gemenskapen har regler som påverkar delar av tillverkningsprocessen kan det uppstå två situationer; antingen är gemenskapens miljöregler av minimikaraktär i vilka fall upphandlaren eventuellt kan ställa högre krav. Om syftet med EG-regeln är harmonisering finns det emellertid inte fog för andra miljökrav från upphandlaren sida. Även i detta fall, d.v.s. när gemenskapen har minimi- eller harmoniserande miljöstandarder beträffande delar av tillverkningsprocessen, är det mycket svårt att uppfylla kravet på icke diskriminering.

Man kan resonera att tillverkningen oftast sker långt ifrån det ställe där produkten används. Miljökrav på tillverkningsprocessen ger därmed ingen direkt vinst till den upphandlande myndigheten och ter sig då vara ett irrelevant krav. Jag kan emellertid inte instämma i uppfattningen att det saknar betydelse hur en vara producerats och att miljökrav får beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Ett sådant resonemang bortser från det faktum att sedan EG:s fjärde handlingsprogram för miljön, som antogs 1986, har de flesta miljöåtgärder fått en gemenskapskaraktär. Det innebär att oavsett var de vidtas är det skyddet av miljön i hela gemenskapen som är ändamålet. Detta resonemang har förstärkts genom det femte handlingsprogrammet, som lanserade begreppet delat ansvar. Begreppet innebär bl.a. att alla måste delta i miljöskyddsarbetet utan att tänka på vem eller vilka som kommer att få nytta av resultatet.

Kommissionen efterlyser i grönboken ett miljömärke som överensstämmer med gemenskapsrätten. Ett sådant märke skulle kunna ingå i de tekniska specifikationerna. Att utveckla ett europeiskt miljömärke för många varor och tjänster som kan inkluderas i de tekniska specifikationerna är säkert ett bra sätt att ställa krav på produktionen. Vad gäller EG:s eget miljömärke, som utlovar en godtagbar miljöpåverkan av produkten under hela dess livscykel och därmed även tillverkningsprocessen, är det min uppfattning att det går att inkludera det i de tekniska specifikationerna redan idag. Det utgör säkert en formell diskriminering, men med tanke på att miljömärket gäller inom hela gemenskapen, är frivilligt och öppet för alla tillverkare av särskilda varor, även importerade varor som uppfyller EG-krav, är det inte omöjligt att EG-domstolen godkänner diskrimineringen till förmån för miljön.

Jag ser i miljömärkning en realistisk möjlighet att ställa krav vad gäller produktionen. Invändningen att den skulle kunna ha diskriminerande effekter är klart svagare när man talar om ett frivilligt system som är öppet för alla tillverkare. Samtidigt är jag medveten om att ett sådant krav i praktiken kan slå ut små och medelstora företag från marknaden, ett problem som har uppmärksamats av flera institutioner inom gemenskapen.

## 2- En miljövänlig transport

Vilket transportsätt som skall anses mest miljövänligt beror på många faktorer i varje specifikt fall. Valet kan i många fall bli subjektivt. Att ställa krav på en viss sort transport i upphandlingsannonsen innebär att ett antal eventuella leverantörer redan från början är uteslutna från upphandlingsförfarandet. Problemet ligger i att den mest miljövänliga transporten i princip kan bestämmas först efter att det bästa anbudet (det ekonomiskt mest fördelaktiga) har valts. Den bästa transporten väljs inte alltid på grundval av nivån på utsläpp av avgaser eller typen av bränsle. Avståndet, det geografiska läget av tillverkningsstället och miljötillståndet vid de tänkbara transportvägar (ett känsligt havsområde, en landsväg som går genom döende skogar, en järnväg som delvis går bredvid ett naturreservat) är bland de faktorer

som kan avgöra den bästa transporten för en viss leverans. Att i förväg ställa krav är enligt min mening diskriminerande och går inte att rättfärdiga med miljöargument. Vad som är möjligt är att i upphandlingsannonsen ange tydlig information om den upphandlande myndighetens önskemål att leveransen skall ske med den miljövänligaste transporten efter överenskommelse. En sådan överenskommelse bör rimligen ingå i utförandevillkoren. Ett annat alternativt är att den upphandlande myndigheten själv tar ansvaret för transporten som ett moment helt skilt från upphandlingen.

### 3- Krav på leverantören

Möjligheten att ställa krav på leverantören är enligt min mening kanske inte lika stor som möjligheten att ställa krav på själva produkten eller tjänsten. Anledningen är att det oftast är svårare för den upphandlande enheten att bevisa ett eget intresse med ett uppfyllt miljökrav och ett konkret samband mellan det ställda kravet och upphandlingens ändamål. Ändå anser jag det vara möjligt att ställa vissa miljökrav på leverantören om villkoren för icke diskriminering och proportionalitet beaktas och om ett visst samband, även ett svagt sådant, mellan kravet och föremålet för upphandling kan visas.

Ett möjligt krav på leverantören som har nämnts under senare år är registrering i ett miljöstyrningsprogram. Miljöregistrering är ett nytt och frivilligt sätt att uppmuntra företag att arbeta på ett miljövänligt sätt. Gemenskapens förordning om miljöstyrning och miljörevision antogs efter EG-direktiven om offentlig upphandling. Det finns därmed ingen hänvisning till EMAS i dessa direktiv. Inte heller kommissionens grönbok nämner något om krav på registrering. Under senare år har flera andra registreringssystem för företag både på nationell och internationell nivå utvecklats.

Jag ser minst två problem med att ställa krav på miljöregistrering vid offentlig upphandling. För det första kan man inte ta sambandet mellan företagets miljöarbete och produktens miljövänlighet för givet. Till skillnad från miljömärkning, som är ett bevis på en miljöanpassad produkt och kanske en miljövänlig produktion, visar miljöregistrering endast att tillverkaren har ett miljöprogram och en miljöpolitik för sina anläggningar. Det finns med andra ord ingen garanti att EMAS-registrering leder till tillverkning av miljövänliga produkter.

För det andra finns det fortfarande få företag som har lyckats registrera sig. Det gäller definitivt EMAS-registrering i de flesta EU-länder. Inte heller är de nationella systemen eller ISO standarderna så väl etablerade. Att ställa krav på registrering kan således gynna storindustrier i ett fåtal länder samtidigt som det slår ut miljömedvetna icke registrerade småföretag. Även här finns en skillnad mellan EU:s miljömärkning och EMAS-registrering eftersom miljömärkningen är öppen för alla produkter, såväl de som tillverkas inom gemenskapen som de som importeras, medan EMAS kan tilldelas endast de företag som är verksamma inom gemenskapen. Det innebär att även om man kunde bortse från den diskriminerande effekten av själva kravet på registrering, skulle hänvisningen till EMAS eller något namngivet registreringssystem vara en oacceptabel diskriminering.

Det kan resoneras att miljöregistrering, liksom miljömärkning, är frivillig och tillgänglig för alla företag som kan uppfylla de uppställda kraven. Krav på registrering, enligt samma argument, är därmed inte mer diskriminerande än krav på miljömärkning. Problemet här är att sambandet mellan produkten eller tjänsten och leverantörens miljöprofil inte är lika starkt som vid miljömärkning. Krav på registrering kan medföra en faktisk diskriminering som inte kan

försvaras med själva upphandlingen som grund, men möjligen med hjälp av ett i sammanhanget juridiskt svagt argument av skyddet för miljön i allmänhet.

Det finns idag oro att registrering, som i princip begränsas till företagets miljöarbete, skulle förvandlas till ett redskap för att slå ut konkurrenterna, särskilt utländska små och medelstora företag. Om revideringen av EMAS och övriga nationella och internationella standarder banar vägen för kontroll av företagets tillverkningsprocesser och produkter och om flera företag registrerar sig inom hela gemenskapen, kan krav på registrering under samma villkor som nämndes för miljömerke bli aktuellt. Till dess förblir miljökrav på leverantörerna underkastat många begränsningar.

### III- GPA

Government Procurement Agreement, som har antagits inom ramen för WTO, är en mellanstatlig överenskommelse för att reglera offentlig upphandling på internationell nivå. Gemenskapen är part i avtalet liksom ett antal stater. Det finns ingen direkt hänvisning till miljöskydd i avtalet. Till skillnad från EG-direktiven om offentlig upphandling, finns det emellertid flera bestämmelser som på ett tydligt sätt öppnar möjligheten att ställa vissa miljökrav. Den viktigaste i sammanhanget är artikel VI om tekniska specifikationer. Artikeln innehåller en icke uttömmande lista över sådana specifikationer, bl.a. "the processes and methods for ...production". Själva formuleringen av artikeln är viktig och påbjuder en kommentar. Det står att de tekniska specifikationerna "shall not be prepared, adopted or applied with a view to, or with the effect of, unnecessary obstacles to international trade". Denna artikel ger ett allmänt tillstånd att ange ett antal tekniska specifikationer under förutsättning att en sådan specifikation (även de som inte direkt nämns i artikeln) inte förorsakar *onödigt* handelshinder. Artikeln har tydligen fått intryck av både debatten inom gemenskapen till följd av EG-domstolens avgörande i bl.a. flaskmålet och GATT-panelens yttrande i tuna-dolphin-målet.

GPA tycks i artikel VI erkänna rätten för den upphandlande enheten att ställa krav vad gäller tillverkningsprocessen även om ett sådant krav leder till viss diskriminering och orsakar hinder i den internationella handeln. Det står i samma artikel att de tekniska specifikationerna skall grundas på antingen internationella standarder, nationella föreskrifter eller erkända nationella standarder. I fotnot 3 till avtalet definieras termen "nationella föreskrifter". En nationell föreskrift syftar här till ett dokument som beskriver produktens eller tjänstens egenskaper och deras relevanta processer och produktionsmetoder. Det framgår klart att författarna anser att krav på tillverkningsprocessen är en möjlig teknisk specifikation. Det kan följaktligen antas att även krav på miljömärkning eller motsvarande krav skulle kunna accepteras.

Gemenskapen har införlivat GPA i direktiven om offentlig upphandling genom direktiv 97/52 av den 13 oktober 1997. Det nya direktivet inför ett antal ändringar i direktiv 92/50, 93/36 och 93/37. Det finns inga förändringar i bestämmelserna angående tekniska specifikationer och det finns ingen motsvarighet till krav på produktion som finns i GPA. En ny artikel 38a i direktiv 92/50 [med en motsvarande ny artikel 33a i direktiv 93/37] föreskriver att "Vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt genom upphandlande myndigheterna skall medlemsstaterna mellan sig tillämpa lika förmånliga villkor som de som de vid tillämpning av avtalet om offentlig upphandling...beviljar tredje land". Beroende på hur man vill definiera "förmånliga villkor" kan denna bestämmelse uppfattas som ett tillstånd att ställa samma krav på upphandling inom gemenskapen som mellan medlemsstaternas offentliga myndigheter och anbudsgivare från andra länder parter i GPA.

En tänkbar situation är att en upphandlande myndighet åberopar GPA:s föreskrifter som grund för sina krav. I händelse av tvist är kärnfrågan vilken hierarki som skall gälla mellan olika rättskällor, nämligen ett för gemenskapen bindande internationellt avtal, EG:s grundlagar och EG-direktiven om offentlig upphandling. Gemenskapen har en monistisk inställning gentemot folkrätten. De ingångna internationella avtalen utgör en del av gemenskapens rättskällor. I händelse av konflikt mellan internationella förpliktelser och EG:s sekundärrätt har internationella bestämmelser i regel företräde (Romfördraget art. 228-234). Huvudregeln är att sådana avtal har direkt effekt och kan åberopas inför medlemsstaternas nationella domstolar (Kupferberg-målet 104/81). EG-domstolen har dock ibland gjort avsteg från denna grundläggande princip och kommit till slutsatsen att även en sekundär rättsakt kan ha företräde framför gemenskapens internationella förpliktelser. Det har särskilt varit fallet med GATT-avtalets bestämmelser. Några uppmärksammade fall i detta avseende är International Fruit Company-målet (21-24/72), Schluter-målet (9/73), SIOT-målet (266/81) och bananmålet (C 280/93). I det hårt kritiserade bananmålet skulle domstolen fastslå huruvida vissa importrestriktioner i förordning 404/93 om en gemensam organisation för bananmarknaden var förenliga med gemenskapens skyldigheter under GATT-avtalet. Domstolen fann att även om GATT-bestämmelserna var bindande för gemenskapen, kunde de inte läggas till grund för bedömningen av lagenligheten av en förordnings bestämmelser. Domstolen resonerade att GATT-bestämmelserna var flexibla och villkorliga. Förordningen hade därmed företräde.

I ingressen till direktiv 97/52, punkt 1, betonas att avtalet inte har direkt effekt. Vidare understryks i punkt 3 att upphandlande myndigheter som omfattas av avtalet skall rätta sig efter EG-direktiven om offentlig upphandling enligt deras lydelse i det nya direktivet (97/52). Med tanke på att ett av Tysklands viktigaste argument i bananmålet var att GATT-reglerna hade direkt effekt och företräde, kan formuleringen i direktiv 97/52 tyda på att gemenskapen vill säkerställa direktivets företräde framför GPA. Trots GPA:s stundom oprecisa och tvetydiga språk är det inte säkert att EG-domstolen i ett mål om förenligheten av direktiven om offentlig upphandling med GPA kommer till en liknande slutsats som i bananmålet. Domstolen är vanligtvis inte okänslig för hård kritik. Den enormt starka kritik som riktades mot domstolens protektionistiska attityd efter bananmålet kan påverka utgången av liknande mål. Min gissning är att domstolen i ett sådant fall troligen kommer att göra den tolkning som EG:s grundlag erfordrar, nämligen att godkänna GPA:s företräde. Anledningen är att här handlar det inte om en konflikt mellan en uttrycklig handelsrestriktion i ett direktiv och GATT:s bestämmelser om frihandel. Tvisten här gäller avsaknad av uttryckliga bestämmelser i EG-direktiven och GPA:s mer eller mindre tydliga tillåtelse att ställa krav vad gäller tillverkningsprocessen.

#### **IV- Amsterdamfördraget**

De miljörelevanta ändringar som genom Amsterdamfördraget har införts i EG:s grundlagar kan indelas i två stora grupper; de som gäller gemenskapens grundläggande miljöprinciper och de som rör rättsgrunden för miljörelevanta beslut. De ändringar som har störst betydelse för offentlig upphandling ligger inom den första gruppen.

Den första viktiga ändringen är att principen om hållbar utveckling nu har antagits som en inledande allmän princip redan i ingressen till unionsfördraget. Där betonas att medlemsstaterna är beslutna att med beaktande av principen om hållbar utveckling och inom ramen för en förverkligad inre marknad, en ökad sammanhållning och ett förbättrat miljöskydd främja ekonomiska och sociala framsteg för sina folk. Det är tydligt att hållbar utveckling har nämnts

här endast som en viljeförklaring från medlemsstaternas sida. Det skapar varken rättigheter eller skyldigheter för medlemsstaterna.

Hållbar utveckling har genom Amsterdamfördraget kommit till uttryck också i artikel 2 i EG-fördraget samt i en ny artikel 6. Dessa två bestämmelser föreskriver, till skillnad från ingressen till unionfördraget, en konkret *skyldighet* för gemenskapen att främja en hållbar utveckling av näringslivet bl.a. genom att fullgöra den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artikel 3 och 3a. En gemensam handelspolitik och en miljöpolitik är bland de som nämns i artikel 3. Den huvudsakliga innebörden av begreppet hållbar utveckling har sedan det började användas i mitten av 80-talet varit att skapa balans mellan utveckling och miljöskydd. Det har emellertid funnits en inneboende konflikt mellan främjandet av å ena sidan internationell handel som en viktig del av utveckling och å den andra miljöskydd. Införandet av begreppet hållbar utveckling som en *princip* i EG:s grundlag är således en formell bekräftelse av att den ursprungliga heliga idéen med en oinskränkt frihandel mellan medlemsstaterna skall ge vika för nya viktiga intressen, särskilt skyddet av miljön inom gemenskapen. Det innebär också att gemenskapsinstitutionernas skyldighet att beakta denna princip kan bli föremål för rättsprövning av EG-domstolen.

En annan viktig princip av eventuell betydelse för om miljökrav skulle kunna ställas vid offentlig upphandling är principen om integrering av miljöfrågor i övrig gemenskapspolitik. Frågan om integrering uppkom först i gemenskapens tredje handlingsprogram för miljön (1982-1986), när det upptäcktes att gemenskapens jordbruk, transport- och regionalpolitik hade avsevärda effekter på miljön. Kravet på en sådan integrering införlivades då med artikel 130r (2) i EG-fördraget genom den europeiska enhetsakten. I ett försök att förtydliga kravet ändrade Maastrichtfördraget texten i artikel 130r (2) så att den kom att lyda "Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik". Amsterdamfördraget har tagit ett viktigt steg framåt genom att göra den till en självständig allmän princip i en ny artikel 6 som lyder "Miljöskyddskraven skall integreras i utformning och genomförande av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling".

Det finns ett nära logiskt samband mellan principen om hållbar utveckling och integrationsprincipen. Syftet med dessa båda principer är att försona de två till synes motstridiga gemenskapsintressena om att främja frihandel och att skydda miljön. Det är därmed inte förvånande att både den nya artikel 2 och den nya artikel 6 ser det som gemenskapens uppgift att vid fullföljandet av bl.a. miljöpolitiken, den gemensamma handelspolitiken, den gemensamma politiken på jordbruks- och fiskeområdet, på transportområdet och på det sociala området (artikel 3) skapa en balans mellan frihandel och miljöskydd. Förflyttningen av integrationsprincipen och principen om hög skyddsnivå [artikel 130r (2)] från avdelning XVI i fördraget och placeringen av dem tillsammans med principen om hållbar utveckling i art. 2 och 6 visar hur stark ställning miljöskydd har inom gemenskapen. Att ha dessa principer i den inledande avdelningen av fördraget bekräftar att miljöskydd har blivit en kärnfråga av samma höga status som frihandel. Det också innebär att de nämnda miljöprinciperna är bindande rättsregler för gemenskapens institutioner och skall styra samtliga aktiviteter inom gemenskapen. Gemenskapens institutioner har en skyldighet att beakta dessa principer i sitt arbete. Medlemsstaterna är däremot inte bundna av dessa principer på grund av EG-fördraget. När det gäller betydelsen av Amsterdamfördraget för möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling kan det konstateras att ändringarna inte har förändrat denna möjlighet *för upphandlande myndigheter* på ett markant sätt. Efter Amsterdamfördragets ikraftträdande skulle miljöns framskjutande ställning inom gemenskapen troligen kunna vara ett nytt starkt argument vid en tvist om förenligheten av miljökrav med offentlig upphandling. EG-domstolen

har säkerligen större anledning och starkare skäl att avgöra ett sådant mål till förmån för miljön.

Amsterdamfördragets största förtjänst vad gäller offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för *medlemsstaterna* att sätta press på kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven om offentlig upphandling. Integrationsprincipen kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för offentlig upphandling.

## V- Avslutande synpunkter

Att ställa miljökrav vid offentlig upphandling innebär en inskränkning av frihandeln, som har varit gemenskapens viktigaste hörnsten. En sådan inskränkning är tänkbar endast om gemenskapens regelverk inom området och EG-domstolens tolkning av rättsreglerna åtminstone underförstått medger en möjlighet till det. EG-direktiven om offentlig upphandling saknar hänvisningar till miljökrav, men listorna över olika krav i dessa direktiv är inte uttömmande. Det innebär att miljökrav kan ställas under vissa villkor. Villkoren är att det kan bevisas att kravet inte inskränker handeln mer än vad som är absolut nödvändigt för skyddet av miljön, att det finns ett klart samband mellan kravet och själva upphandlingen, och att syftet inte är att diskriminera utländska företag. Hur dessa villkor uppfylls beror på omständigheterna vid varje enskild upphandling. Det finns inget allmänt råd som kan gälla i alla situationer. Inte ens EG-domstolens avgörande i ett eventuellt mål om offentlig upphandling och miljö skulle ge ett slutgiltigt svar. Det bör betonas att själva formuleringen av kravet i annonsen eller förfrågningsunderlaget kan bli avgörande för en bedömning av dess diskriminerande effekt. Idag är miljökrav ett *extra* krav vid offentlig upphandling, som i varje enskilt fall måste prövas med beaktande av villkoren om icke diskriminering, proportionalitet och direkt samband mellan kravet och upphandlingens ändamål. Det råder därför en osäkerhet bland de offentliga upphandlarna om huruvida deras specifika krav strider mot EG-regler eller ej. Det är angeläget att göra rättsläget tydligt genom ändringar i EG:s regelverk så att varje upphandlare *i regel* kan ställa miljökrav. Utvecklingen under senare år på både det politiska och juridiska planet inom gemenskapen visar att det finns fog för krav på sådana ändringar. Förutom Europeiska rådets upprepade uttalanden om miljöskyddets höga ställning på gemenskapens dagordning har Amsterdamfördraget givit en hög status till integrationsprincipen och principen om hållbar utveckling. Ett förslag till ändringar i direktiv om offentlig upphandling bör hänvisa till de nämnda principernas betydelse inom området offentlig upphandling. Även vikten av det utrymme som GPA ger upphandlaren för att ställa miljökrav och som för närvarande saknar motsvarighet i gemenskapsregler och EG:s skyldighet att fullgöra sina internationella åtaganden måste betonas.

Vad som behövs är att krav på varans eller tjänstens miljöpåverkan inkluderas i direktivens diverse kravlistor. Principen om hållbar utveckling förutser bl.a. en miljöanpassad internationell handel. En ändamålsenlig tolkning av denna princip innebär att miljökrav kan ställas även när det inte finns något direkt samband mellan upphandlingens ändamål och kravet. Det innebär att en eventuell ändring i direktiven skall utformas på ett sådant sätt att krav också kan ställas på leverantörer.

*Said Mahmoudi*

REGERINGEN

REGERINGSBESLUT 3

Inrikesdepartementet

1997-06-26

In97/1713/KL

Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012  
103 11 STOCKHOLM

**Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.**

I bilaga

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.

Uppdraget skall utföras i enlighet med bilagan och skall redovisas senast den 1 december 1997.

På regeringens vägnar

Ines Uusmann

Catarina Molin

Postadress  
103 33 STOCKHOLM

Besöksadress  
Fredsgatan 8

Telefon vtLxei 08 - 405 10 00  
Telefax 08 - 723 1193

Internet: [registrator@ibinterior.ministry.se](mailto:registrator@ibinterior.ministry.se)  
X.400: S-Registrator-, O=interior, P--Ministry: A=SIL, C=SE

**Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina företag m.m.**

*Bakgrund*

Kommuner och landsting har enligt 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) en viss frihet att lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en stiftelse eller en enskild individ. De flesta svenska kommuner och landsting har valt att föra över vissa delar av sin verksamhet till kommunala företag. I dag finns ca 1600 kommunala företag varav de flesta är aktiebolag. I företagen omsätts i dag ca 110 miljarder kronor. Detta skall jämföras med att kommuner och landsting i sin förvaltningsverksamhet (exklusive affärsdrivande verksamhet) omsätter ca 380 miljarder kronor.

Av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) framgår att en kommun och ett kommunalt bolag inom kommunen är att betrakta som olika upphandlande enheter. Detta innebär att sedan en kommun har lämnat över vården av en kommunal angelägenhet till ett kommunalt bolag måste de köp som kommunen önskar göra från bolaget först föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Kommunerna har dock behov av att samordna verksamheten mellan den egna kommunen och dess bolag för att kunna uppnå effektiviseringsvinster, en samordning som synes försvåras eller som t.o.m. kan förhindras p.g.a. krav på upphandling enligt LOU. Exempel på sådana områden där detta är tydligt är gemensamt utnyttjande av experter inom olika kommunala ansvarsområden. Andra områden är fastighetsförvaltning, gemensamma datasystem och samordning av administrativa rutiner.

Ett annat problem i dag i kommuner och landsting är svårigheten att låta anställda få möjlighet att bilda egna bolag, ekonomiska föreningar m.m. i syfte att överta uppgifter som tidigare utförts i kommunal regi, genom tidsbegränsade avtal, s.k. avknoppning. En kommun kan sedan nämligen inte heller i detta fall köpa de tjänster som bolaget/föreningen tillhandahåller utan att det föregås av ett upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i LOU.

*Uppdraget*

Med anledning av dessa båda problemställningar ges NOU i uppdrag att

\*göra en genomgång av och redogörelse för

- de förutsättningar som kommuner och landsting i dag har att genomföra köp från sådana företag som avses i 3 kap. 16 § kommunallagen respektive från sådan verksamhet som avknoppats från kommunal verksamhet utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande enligt LOU,
- hur frågorna regleras i EG:s upphandlingsdirektiv, samt vilka relevanta rättsfall från EG-domstolen och uttalanden från Kommissionen som finns,
- hur man i några medlemsländer och även EES-länder nationellt reglerat dessa frågor i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt samt
- om och i så fall på vilket sätt regleringen i LOU avviker från den EG-rättsliga regleringen



\*föreslå

- de ändringar i LOU som inom ramen för EG:s upphandlingsdirektiv är rättsligt möjliga att göra i syfte att möjliggöra för kommuner och landsting att genomföra köp från sina företag respektive från avknoppad verksamhet utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande, eller
- de ändringar som skulle krävas i EG:s upphandlingsdirektiv för det fall de nu gällande direktiven inte tillåter de nyss nämnda förfarandena.

Datum	Vår beteckning
1998-03-11	165/97-29
Ert datum	Er beteckning
1997-06-26	In97/1713/KL

Regeringen  
Inrikesdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Uppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (1997-06-26) gjort en genomgång av och redogörelse för kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. Uppdraget redovisas i bifogade rapport.

Beslut om utformning av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 11 mars 1998, i beslutet deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman och kanslirådet Charlotte Hedberg. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze, chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av jur. kand. Marie-Louise Falck och kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandenas förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Marie-Louise Falck

## 1. Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen gjort en genomgång av kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. respektive från sådan verksamhet som avknoppats från kommunal verksamhet, utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande enligt LOU. Uppdraget innefattar även en redogörelse för hur andra EES-länder reglerat dessa frågor. (*Avknoppning* är privatisering av kommunal verksamhet. Begreppet avknoppning avser *här* de situationer när kommuner och landsting låter en eller flera anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform. Skillnaden är att de nu som självständiga företagare driver samma slags verksamhet åt kommunen, som de tidigare utfört som anställda. Avknoppad verksamhet är inte att betrakta som kommunala företag).

Kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att utan föregående upphandling genomföra köp från sina egna företag m.m. är begränsade. LOU avviker vad gäller vissa definitioner från den EG-rättsliga regleringen. För att tillgodose uppdragets intentioner föreslår NOU en anpassning av LOU till EG-direktiven i dessa avseenden vilket innebär att de kontrakt som kommer att omfattas av lagstiftningen begränsas.

Om syftet är att åstadkomma största möjliga frihet för kommuner och landsting att ingå kontrakt utan att tillämpa regelsystemet bör lagtexten anpassas på ett sådant sätt att definitionerna i LOU inte omfattar andra än de kontrakt som omfattas av respektive direktiv. De kompletteringar och ändringar i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU som därvid förefaller mest angelägna är definitionen av begreppen *upphandling*, *upphandlingskontrakt*, *leverantör* och *upphandlande enhet*.

Det ligger dock inte inom ramen för detta uppdrag att bedöma konsekvenserna av en så genomgripande förändring av LOU. Regeringen bör dock överväga att låta lagändringarna anstå till dess att större klarhet uppnåtts i rättsläget och låta dessa ingå i en mera omfattande översyn av LOU.

Av EG-kommissionens uttalanden i Guide to the Community rules on public procurement of services framgår ej annat än att köp från egna företag m.m. och köp från avknoppad verksamhet omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling. Enligt diskussioner med tjänstemän vid kommissionen förefaller det dock, enligt deras tolkning, möjligt för kommuner och landsting att i viss utsträckning ingå kontrakt med sina helägda företag, förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren.

De länder inom EES som NOU varit i kontakt med (se avsnitt 4) har ej särskilt reglerat frågan om kommuners eller landstings (eller motsvarande)

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

möjligheter att genomföra köp från sina egna företag m.m. i vare sig lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt. Dessa länders resonemang avseende tolkningen av direktiven vad gäller möjligheterna att genomföra köp från helägda företag överensstämmer i stora delar med den tolkning tjänstemännen vid kommissionen gör.

Några avgöranden i frågan av EG-domstolen föreligger ännu ej. Emellertid har en domstol i Nederländerna begärt ett förhandsavgörande av domstolen i en närliggande frågeställning. Av generaladvokatens förslag till avgörande, som redovisades den 19 februari 1998, framgår att kommunernas åtgärd i det aktuella fallet att av organisatoriska skäl överföra en uppgift som tidigare utfördes av respektive kommun till ett ”organ inom den egna förvaltningen”, en form av inter-organisatorisk delegering som inte lämnar kommunens administrativa sfär, inte omfattas av tjänstedirektivet. Den relation som förbinder de två kommunerna till ett av dem skapat organ utgör i detta fall inte en sådan upphandling av tjänster som avses i tjänstedirektivet.

Skillnaden mellan kommissionens och generaladvokatens uppfattningar synes vara följande. Kommissionens resonemang förutsätter att företaget kan betraktas som en del av förvaltningen. För detta krävs att företaget är helägt och uteslutande levererar till ägaren. Generaladvokaten anser i den i domstolen aktuella situationen, att åtgärden är en inter-organisatorisk delegering som inte omfattas av tjänstedirektivet. Ägar- och leveransförhållanden har i resonemanget inte någon betydelse eftersom kontrakten ifråga enligt hans uppfattning inte är att betrakta som tjänstekontrakt i direktivets mening.

Utifrån ovanstående kan NOU konstatera att rättsläget fortfarande är oklart. Mycket tyder dock på att det finns en möjlighet att undanta uppdrag, till företag som är helägda av kommunen och enbart utför verksamhet åt ägaren, utan att ändra i direktiven.

Om syftet är att kommuners köp från sina egna företag skall undantas från ett formellt förfarande enligt LOU kan NOU lämna följande förslag till lagändring att lämpligen kunna införas i 1 kap. LOU genom en särskild paragraf.

”Bestämmelserna i denna lag skall inte tillämpas vid anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som en kommun eller ett landsting gör från ett sådant bolag (eller stiftelse) som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen, förutsatt att bolaget (eller stiftelsen) endast tillhandahåller sina varor, tjänster eller byggtreprenader till kommunen eller landstinget.”

Det är enligt NOU:s uppfattning tveksamt om även stiftelser bör omfattas av samma bestämmelse.

NOU kan inte uttala sig om de ekonomiska följderna av den ovan föreslagna lagändringen.

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

Eftersom EG-domstolens dom i Arnhem-målet i väsentlig mån berör frågan om kommuners köp från egna bolag bör en lagändring anstå till dess att Sverige haft möjlighet att studera domstolens tolkning.

Kommuners och landstings köp från avknoppad verksamhet omfattas enligt NOU:s uppfattning av direktiven. Någon annan uppfattning har heller inte framkommit vid diskussionerna med tjänstemän vid kommissionen och de länder NOU varit i kontakt med. Det är således inte möjligt att ingå kontrakt med avknoppad verksamhet utan att detta föregåtts av upphandling i enlighet med gällande regler. Förslag till lagändringar eller direktivändringar för att möjliggöra köp från sådan privat verksamhet är ej förenligt med gemenskapsrätten. Enligt den tolkning tjänstemännen vid kommissionen gör av direktiven vad gäller privatisering förefaller det emellertid möjligt att från ett kommunalt företag "föra över" ett redan ingånget avtal i samband med försäljningen av företaget, förutsatt att organisationsförändringen sker i två steg. Om en kommun skapar ett helägt företag och med tiden ger detta företag ett antal uppdrag/kontrakt, så kommer dessa att utan någon särskild upphandling följa med företaget om detta i framtiden byter ägare. Om företaget uteslutande levererar till kommunen har dessa avtal aldrig upphandlats i enlighet med det ovan angivna resonemanget. Första gången kommunen upphandlar blir då när de löpande avtalen går ut.

Kommunens eller landstingets anskaffning från egna företag behöver idag inte följa bestämmelserna i LOU om företaget är en upphandlande enhet med en ensamrätt som den åtnjuter i enlighet med en publicerad lag, förordning eller föreskrift. NOU:s uppfattning är att bestämmelsen inte kan ha någon större praktisk användning för att tillgodose detta uppdrags syfte. Ett förtydligande i LOU om kravet på publicering bör dock läggas till, se närmare avsnitt 6.

En annan möjlighet att inte tillämpa ett formellt upphandlingsförfarande är de situationer när vissa kommunala företags tjänster kan betraktas som så kallade tjänstekoncessioner. Den osäkerhet om rättsläget som för närvarande råder inom EU öppnar en möjlighet för att tjänstekoncessioner kan undantas från LOU:s tillämpning eller åtminstone undantas från bestämmelserna i 5 kap. LOU. Definitionssvårigheter, en kommande dom i EG-domstolen och EG-kommissionens avsiktsförklaring att i tjänstedirektivet reglera anskaffning av koncessioner, medför att NOU inte föreslår någon lagändring utan anser att tjänstekoncessioner tills vidare betraktas som tjänster.

Möjligheten att från LOU:s tillämpning under tröskelvärdena generellt undanta sådana anskaffningar, som en kommun gör från kommunala företag bör också nämnas. Lagändringen skulle inte strida mot EG-direktiven så länge kommunen i övrigt iakttog Romfördraget och EG-rättens principer om bl.a. lika och rättvis behandling. Anskaffningarnas relativt låga värde, innehållet i reglerna om tröskelvärdesberäkning och förbudet att dela upp upphandlingar i syfte att underskrida tröskelvärdena medför att en sådan lagändring inte kan anses ha någon större ekonomisk betydelse eller praktisk

användning för kommunerna. NOU föreslår därför inte någon lagändring i denna del. Den omständigheten att de i bilagan till LOU uppräknade B-tjänsterna regleras i lagens 6 kap. innebär inte att dessa kan undantas från lagens tillämpning på samma sätt som upphandlingar under tröskelvärdena.

Slutligen bör observeras att reglerna om laglighetsprövning enligt kommunallagen blir tillämpliga på de beslut som i och med en lagändring inte kommer att omfattas av LOU.

Det är NOU:s uppfattning att ökade möjligheter att *avstå* från konkurrensutsättning normalt inte innebär ökad effektivitet. Det ligger heller inte i linje med det intensiva förändringsarbete som pågår i de flesta kommuner vad gäller antagande av kommunala konkurrensprogram i syfte att bl.a. utveckla och effektivisera verksamheten. NOU ifrågasätter därför om det ur ekonomisk synvinkel är tillrådligt att begränsa konkurrensen.

## 2. Inledning

Regeringen har uppdragit åt NOU (bilaga 1) att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.

### 2.1 Uppdraget och genomförandet

Uppdraget innefattar en redogörelse för gällande rättsregler och domstolspraxis inom området, uttalanden i frågan från kommissionen samt hur man i några andra EES-länder nationellt reglerat dessa frågor. Uppdraget innefattar vidare att NOU skall föreslå ändringar i LOU, som inom ramen för EG-direktiven för offentlig upphandling är rättsligt möjliga att göra, i syfte att möjliggöra för kommuner och landsting att genomföra köp från sina företag respektive från avknoppad verksamhet utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande, eller de ändringar som skulle krävas i EG-direktiven för offentlig upphandling för de fall de nu gällande direktiven inte tillåter de nyss nämnda förfarandena. Med sådan verksamhet som avknoppats från kommunal verksamhet avser NOU verksamhet som avskilts från förvaltningen, dvs. privatisering.

En jämförelse av regleringen i LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling har gjorts vad beträffar de regler som har betydelse för de i uppdraget aktuella frågeställningarna. Vidare har en inventering av relevanta avgöranden av EG-domstolens samt skriftliga uttalanden från EG-kommissionen gjorts.

NOU har ej analyserat de marginella skillnaderna mellan Världshandelsorganisationens (World Trade Organisation, WTO) upphandlingsavtal Government Procurement Agreement (GPA) och direktiven. Den anpassning av direktiven som gjorts av kommissionen berör

inte direkt utredningen. Kommissionen får anses täcka ansvaret för att direktiven ej står i strid med GPA.

I uppdragsformuleringen används begreppet ”köp”. Köp är en begränsning av vad som i 1 kap. 5 § LOU definieras som upphandling. Med köp avser NOU i denna rapport en upphandling, såsom den definieras i LOU.

För upphandling av A- och B-tjänster gäller olika regler. Förfarandet vid upphandling av B-tjänster omfattas av tjänstedirektivet men det är endast vissa regler som är tillämpliga. I Sverige regleras upphandling av B-tjänster genom 6 kap. LOU, se avsnitt 8.

Vad som avses med A- respektive B-tjänster framgår av bilaga 2.

Synpunkter utifrån angivna frågor, se bilaga 3, har inhämtats genom möte med tjänstemän vid General Direktorat XV (DG XV), EG-kommissionen, Finansdepartementet i Belgien, Konkurrencestyrelsen i Danmark, Närings- och Industriministeriet i Finland, Ekonomi- och Finansministeriet i Frankrike, Närings- och Energi departementet i Norge och HM Treasury i Storbritannien. Synpunkter har även inhämtats genom möten med Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet.

Uppdraget omfattar uttryckligen ej kyrkliga kommuner. NOU är av den uppfattningen att kyrkliga kommuner i dess nuvarande form torde hanteras på samma sätt som kommuner och landsting vid en eventuell förändrad reglering.

Med kommun avses fortsättningsvis i rapporten även landsting och kyrkliga kommuner.

NOU har bara översiktligt beaktat frågan om de kommunala bolagens dotterbolag och möjligheten att överföra koncernbidrag till dessa.

### 3. Utgångspunkter

De legala förutsättningar som i dag gäller för kommuner vid bildandet av egna företag m.m. framgår av 3 kap. 16-19 §§ kommunallagen (1991:900) (KL).

Kommuners, landstings och kommunala företags upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader regleras genom LOU och gemenskapsrätten.

#### 3.1 Kommunala företag - aktiebolag och andra privaträttsliga organisationsformer enligt kommunallagen

I 8 kap. 5 § regeringsformen föreskrivs att grunderna för kommunernas organisation och verksamhetsformer skall bestämmas i lag. Den regleringen finns huvudsakligen i 2 kap. KL. 1 § KL innehåller den grundläggande bestämmelsen om kommunernas allmänna kompetens. I paragrafen anges ”Kommuner och landsting får själva 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.”

Kommunernas kompetens vad gäller näringsverksamhet framgår av 2 kap. 7 § KL

”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”.

#### ”Kommunala företag”

Reglerna om kommunal verksamhet genom aktiebolag och andra privaträttsliga organisationsformer framgår av 3 kap. 16-19 §§ KL. Enligt förarbetena reglerar paragraferna en kommuns förhållande till sådana privaträttsliga rättssubjekt som handhar en kommunal angelägenhet (prop. 1990/91:117 sid. 161).

I 3 kap. 16 § KL fastläggs kommunernas rätt att utnyttja *privaträttsliga organisationsformer*. Vissa rättsliga begränsningar anges i lagtexten. Av bestämmelsen framgår bl.a. att den verksamhet som överlämnas till privaträttsliga organ skall falla inom den kommunala kompetensen. I paragrafen anges

”Kommuner och landsting får efter beslut av fullmäktige lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ.

Vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning får dock enligt 11 kap. 6 § regeringsformen överlämnas endast om det finns stöd för det i lag.

Om allmänhetens rätt att ta del av handlingar hos vissa kommunala företag finns bestämmelser i 1 kap. 9 § sekretesslagen (1980:100).”



Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

3 kap. 17 § KL anger de villkor som gäller för de *helägda privaträttsliga organ som en kommun har bildat*. I paragrafen anges

”Innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget innehar samtliga aktier, skall fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,
2. utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor,
3. se till att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Detsamma gäller, när kommunen eller landstinget ensam bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.”

Att bestämmelsen endast anger aktiebolags- och stiftelseformen beror på att dessa former är de enda som kan vara helägda respektive ha en stiftare. Övriga organisationsformer som nämns i 3 kap. 16 § KL kräver flera delägare eller parter. Av förarbetena till 3 kap. 17 § framgår att det inte får finnas någon annan intressent överhuvudtaget i företaget hur litet ett andelsintresse än må vara (dåvarande 16 §, prop. 1990/91:117 sid. 161).

3 kap. 18 § KL anger de villkor som gäller för *av kommunen delägda privaträttsliga organ*. I paragrafen anges

”Innan vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, skall fullmäktige se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.

Detsamma gäller, om kommunen eller landstinget tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

I fråga om sådana juridiska personer som avses i första och andra styckena och som inte omfattas av 1 kap. 9 § sekretesslagen (1980:100), skall fullmäktige verka för att allmänheten skall ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen”.

Någon lägsta nivå för kommunens ägarandel eller delaktighet i den privaträttsliga organisationen finns inte angivet i lagtexten. I kommentarerna till 3 kap. 18 § KL i Den nya kommunallagen anser författarna att det kan ifrågasättas om det rör sig om överlämnande av en kommunal angelägenhet i den meningen att en kommunal angelägenhet lämnas över till ett annat rättssubjekt. De anser att en mer adekvat term skulle vara ”samverkan” med andra intressenter (Den nya kommunallagen, Paulsson m.fl. sid. 153).

3 kap. 19 § KL anger de villkor som gäller för *de privaträttsliga organ som ägs av annan än kommunen*. I paragrafen anges

”Innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till någon annan än som avses i 17 § skall fullmäktige se till att kommunen respektive landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten.”

Bestämmelsen tillkom med anledning av strävandena att i högre grad än tidigare utsätta den kommunala verksamheten för konkurrens och att det i samband därmed ansågs vara oklart vilket ansvar kommunerna hade för en verksamhet som utförs av en extern producent på uppdrag av kommunen, s.k. kommunala driftentreprenader (prop. 1993/94:188 sid. 40 f.). Av förarbetena till 3 kap. 19 § KL framgår att regeln i 3 kap. 16 § KL visserligen tillkommit för att reglera förutsättningarna för att lägga ut verksamhet på kommunala företag. Emellertid har regeln getts en sådan utformning att den allmänt reglerar förutsättningarna för kommunerna att lämna över förvaltningsuppgifter till privaträttsliga subjekt, t.ex. genom avtal om entreprenaddrift (prop. 1993/94 :188 sid. 38 f.). En förutsättning för att en nämnd skall kunna fullgöra sitt ansvar för verksamheten i dessa fall är att nämnden har möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten (prop. 1993/94:188 sid. 41).

### **Privatisering**

Förutom kommuners möjligheter enligt 3 kap. 16-19 §§ KL att lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ, kan en kommun även privatisera viss verksamhet.

Med begreppet privatisering avses *här* antingen att kommunen avvecklar ansvaret helt för såväl drift som finansiering av en viss verksamhet eller genom att kommunen avyttrar tillgångar. Överlämnandet av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ i enlighet med 3 kap. 17-19 §§ KL innebär med denna definition inte någon privatisering. Ett överlämnande enligt 17 § eller 18 § KL kan dock vara ett led i en planerad utförsäljnings- eller privatiseringsstrategi.

*Avknoppning* är privatisering av kommunal verksamhet. Vad gäller kommunernas köp från avknoppad verksamhet se avsnitt 5.

### **3.3 Regelverk, LOU och EG-direktiven**

Några särskilda bestämmelser som rör upphandling finns inte i kommunallagen. Den offentliga upphandlingen i Sverige regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), senast ändrad genom SFS 1997:1068 (omtryck), gemenskapsrätten och GPA. Med anledning av EES-avtalets ikraftträdande gäller LOU sedan den 1 januari 1994. EES-avtalet innebar krav på förändringar i reglerna för offentlig upphandling genom en anpassning till gemenskapsrätten, främst EG-direktiven för offentlig upphandling. Direktiven har införlivats i LOU som reglerar största delen av den offentliga upphandlingen. Därutöver finns tröskelvärdesförordningen och inom kort tillkommer även tre nya förordningar avseende en annons innehåll, tekniska specifikationer och de skriftliga bevis som avses i 1 kap. 18 § LOU. Eventuella lagändringar i syfte att tillgodose utredningens syfte kommer förmodligen inte påverka innehållet i nämnda förordningar. För upphandling som omfattas av LOU gäller även

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Lagen behandlas inte närmare i det följande men eventuella följändringar bör beaktas även avseende den lagen.

I och med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA regleras kommunernas upphandling även av dessa regler. GPA gäller i varje land enligt sin lydelse från ikraftträdandet den 1 januari 1996. Eftersom de delar som rör tröskelvärden och vilka enheter som omfattas av GPA har införlivats i LOU kommer i fortsättningen inte GPA att ytterligare nämnas separat utan avses innefattas av direktiven och LOU.

### **Gemenskapsrätten och EG-direktiven om offentlig upphandling**

Med gemenskapsrätten för offentlig upphandling avses främst Romfördraget, EG-direktiven om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt och EG-domstolens praxis.

Romfördraget (RomF) saknar direkt hänvisning till regler om offentlig upphandling. Artikel 90 anger att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i RomF. Detta innebär att inte bara artiklarna 6 samt 85-94 som nämns särskilt, utan även artiklarna 30-37, 52, 59 och 223 i fördraget kan bli tillämpliga. När det gäller offentliga företag framgår det vidare av artikel 90 RomF att förbudet mot diskriminering av utländska företag, förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning också gäller dessa företag. Med offentliga företag avses här även företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter och företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol.

Enligt artikel 189 RomF är det rådets och kommissionens uppgift att i enlighet med fördraget utfärda bl.a. direktiv. Vidare anges i artikel 189 "Ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet".

Genom Amsterdamfördraget infördes i RomF en ny artikel 7 d för att markera den betydelse tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom el, vatten, postbefordran, information m.m. har för unionens gemensamma värderingar, liksom för den ekonomiska och sociala sammanhållningen. I artikeln klargörs inledningsvis att den inte påverkar fördragets regler om statsstöd och konkurrens i artiklarna 77, 90 och 92.

Rådet har utfärdat följande direktiv för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt: Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet), Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om

samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (byggdirektivet), Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet), 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 (försörjningsdirektivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten. För överprövning och skadestånd gäller Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor- bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektiv II).

### **Lagen om offentlig upphandling (LOU)**

LOU gäller vid upphandling, oavsett värde, som görs av staten, kommuner, landsting, kyrkliga kommuner och andra upphandlande enheter (1 kap. 2 § LOU). Beroende på vad som skall upphandlas och upphandlingens uppskattade värde (tröskelvärde) gäller olika regler för upphandlingsförfarandet. Viss upphandling är uttryckligen undantagen i lagtexten. Reglerna för upphandling över tröskelvärdena är i huvudsak direktivstyrda.

LOU innehåller sju kapitel. I 1 kap. anges definitioner och gemensamma regler för upphandling enligt lagen. 2 kap. anger särskilda bestämmelser för upphandling av varor över tröskelvärdena, 3 kap. för upphandling av byggentreprenad över tröskelvärdena, 4 kap. för upphandling inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena, 5 kap. för upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena. I 6 kap. regleras upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster, m.m. 7 kap. anger regler för överprövning, skadestånd och tillsyn m.m.

Vid upphandling över tröskelvärdena är de upphandlingskontrakt som uttryckligen inte omfattas av respektive direktiv även undantagna i LOU. Emellertid överensstämmer inte alltid sakinnehållet i LOU helt med direktivtexterna, vilket kan medföra tolkningsproblem.

### **3.4 Olika definitioner, LOU och EG direktiven**

Avsnittet behandlar endast de skillnader som är av sådan art att de har betydelse för kommuners köp från egna företag m.m. Förslag till ändringar och kompletteringar av LOU i dessa avseenden framgår av avsnitt 9.

Enligt hittillsvarande tolkning av LOU har alla köp mellan en upphandlande enhet och en annan juridisk person ansetts som upphandling, så länge inte några uttryckliga undantag framgått av lagtexten. LOU har dock i viss utsträckning andra definitioner än den EG-rättsliga regleringen som gör det svårt att jämföra vilka offentliga kontrakt som omfattas av respektive regelsystem. En mer bokstavstrogen överföring av definitionerna i EG-direktiven skulle sannolikt medföra att färre kontrakt kommer att omfattas av lagstiftningen.

De regler i LOU som torde ha störst betydelse för kommuners möjligheter att genomföra köp från sådana företag som avses 3 kap. 16 § KL är reglerna om vilka offentliga kontrakt som omfattas av lagstiftningen. De kompletteringar och ändringar i 1 kap. 5 § LOU som därmed skulle påverka tillämpningen mest är definitionerna av *upphandlande enhet*, *upphandlingskontrakt*, *upphandling* och *leverantör*.

Med anledning av att den svenska officiella översättningen av direktiven i vissa avseenden är bristfällig, kommer för tydlighetens skull hänvisningar att göras till den engelska översättningen.

Begreppet *upphandlande enhet* vållar lätt missförstånd vid jämförelser mellan LOU och direktiven. Till skillnad från hittillsvarande definition i LOU av upphandlande enhet, omfattar upphandlande myndigheter (contracting authorities) i t.ex. tjänstedirektivet artikel 1 (b) även *organ som lyder under offentlig rätt* (public law). Vidare anges att *ett organ som lyder under offentlig rätt* (body governed by public law) är *varje organ* - som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och - *som är juridisk person* (having legal personality), och - som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, *eller av andra organ som lyder under offentlig rätt*; eller som står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller *av andra organ som lyder under offentlig rätt*.

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

Med organ som lyder under offentlig rätt avses enligt artikel 1 (b) i tjänstedirektivet

"Body governed by public law means any body:

- established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and
- having legal personality and
- financed, for the most part, by the State, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by those bodies; or having an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities or by other bodies governed by public law."

*Upphandlande enhet* är enligt definitionen i 1 kap. 5 §

- statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och kyrkliga kommuner, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 1 kap. 6 § samt, sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket (4 kap. reglerar upphandling för verksamhet inom försörjningssektorerna, dvs. vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena), samt sammanslutningar av upphandlande enheter.

Enligt 1 kap. 6 § innefattar termen upphandlande enhet

"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 en kyrklig kommun 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, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet."

Vidare omfattas enligt 4 kap. 1 § andra stycket inom försörjningssektorerna även

"företag över vilka staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande ..." och företag som bedriver verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena (försörjningssektorerna), "... med sådant särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten."

Definitionen av *upphandlande enhet* i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU bör således kompletteras enligt ovanstående eftersom den inte uttryckligen innefattar vare sig "organ som lyder under offentlig rätt" eller "som är juridisk person".

Vilka organ som skall anses omfattas av begreppet upphandlande enhet har bl.a. betydelse för undantagen grundat på ensamrätt enligt artikel 6 i tjänstedirektivet och artikel 11 i försörjningsdirektivet. Den nationella domstolens begäran om ett förhandsavgörande från EG-domstolen i Arnhem-målet berör denna fråga, se avsnitt 3.6.

I artikel 6 i tjänstedirektivet anges

"This Directive shall not apply to public service contracts awarded to an entity which is

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the Treaty."

#### I artikel 11 i försörjningsdirektivet anges

"This Directive shall not apply to service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) of Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the EEC Treaty."

#### Undantaget grundat på ensamrätt är på ett bristfälligt sätt infört i 5 kap. 2 § LOU

"Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten."

Begreppen *upphandlingskontrakt* och *upphandling* i 1 kap. 5 § LOU inkluderar sammantaget alla kontrakt som en upphandlande enhet ingår vad avser köp, leasing, hyra osv.

*Upphandlingskontrakt* definieras i 1 kap. 5 § LOU som

"skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag."

*Upphandling* definieras i 1 kap. 5 § LOU som

"köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster."

*Leverantör* är enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU

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

#### **NOU:s synpunkter**

I direktiven definieras begreppen *public supply contracts*, *works contracts*, och *service contracts*. Definitionerna i direktiven anger uttryckligen att de kontrakt som avses är skriftliga onerösa kontrakt (gensidigt bebyrdande, for pecuniary interest, entgeltlichen Verträge, écrit à titre onéreux, contatti a titolo oneroso) mellan en *leverantör* och en upphandlande enhet. Definitionerna i 1 kap. 5 § LOU av *upphandling* och *upphandlingskontrakt* samt *leverantör* innebär inte någon begränsning till skriftliga onerösa kontrakt.

En åtgärd i uppdragets syfte vore att ersätta begreppen *upphandling* och *upphandlingskontrakt* i LOU med enbart begreppet upphandlingskontrakt enligt direktivens definition. Det ligger dock inte inom ramen för detta uppdrag att bedöma konsekvenserna av en så genomgripande förändring av LOU.

Begreppet *leverantör* bör i samma syfte ändras så att definitionen överensstämmer med direktivens. Definitionen i direktiven skiljer sig något åt beroende på vilken typ av kontrakt som avses. - The *supplier* may be a natural or legal person or a group of suppliers. Enligt domstolens dom i mål 389/92, Ballast Nedam skall begreppet *contractor* tolkas som att innefatta - not only a natural or legal person who will himself carry out the works but also a person who will have the contract carried out through agencies or branches or will have recourse to technicians or outside technical divisions, or even a group of undertakings, whatever its legal form. - A *service provider* is any natural or legal person which offers to provide services. A public body may also be a service provider within the meaning of the Service Directive.

Definitionen av begreppen *upphandlingskontrakt*, *upphandling*, och *leverantör* bör således anpassas på ett sådant sätt att definitionerna i 1 kap. 5 § LOU endast omfattar de kontrakt som omfattas av respektive direktiv, om man har syfte att åstadkomma största möjliga frihet att ingå andra typer av kontrakt än upphandlingskontrakt, utan att tillämpa regelsystemet.

I 3 kap. 8 § LOU, som rör *anknutna företag* vid upphandling av byggtreprenad genom koncession och i 4 kap. 4 a § LOU som rör upphandling av tjänster inom försörjningssektorerna, regleras i vilka fall upphandling från *anknutna företag* är undantagna från LOU. Bestämmelserna är emellertid inte tillämpliga vid upphandling som görs av en kommun eftersom undantagen endast avser upphandling som görs av företag som är upphandlande enheter. (Något motsvarande undantag finns inte i varu- och tjänstedirektiven.)

### 3.5 EG-rättens förhållande till nationell rätt

EG-rättens ställning i förhållande till nationell rätt har utvecklats genom EG-domstolens avgöranden. Avgörande för EG-rättens ställning är om reglerna är direkt tillämpliga och om reglerna har direkt effekt inom det nationella rättssystemet samt vilket normsystem som har företräde i det fallet att den nationella rätten ej överensstämmer med EG-rätten.

Direkt tillämplighet innebär att regeln är en del av medlemslänternas interna rättsordning och därmed bindande för nationella domstolar och myndigheter utan att några särskilda implementeringsåtgärder behöver vidtas för att införliva regeln i den nationella lagstiftningen. Direkt effekt innebär att enskilda fysiska och juridiska personer kan åberopa regeln inför nationell domstol och andra myndigheter. EG-rätten kan således ge upphov till rättigheter för företag och enskilda. Frågan om en regel har direkt effekt beror på om bestämmelsen lämpar sig för att kunna åberopas inför nationell domstol. EG-domstolens avgöranden visar att en bestämmelse kan ha direkt effekt om den är tillräckligt klar och ovillkorlig, dvs. att den kan tillämpas utan att ytterligare åtgärder behöver vidtas för att regeln skall bli gällande. Frågan om en bestämmelse har direkt effekt eller inte avgörs ytterst av EG-



domstolen. Merparten av upphandlingsdirektivens procedurregler förefaller vara av sådan beskaffenhet att de har direkt effekt. Nationella bestämmelser skall tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Denna princip om fördragsenlig tolkning, som framför allt framhållits i fråga om direktiv, är inte begränsad till bestämmelser som har direkt effekt (målen 157/86 Murphy och 14/83 von Colson och Kamann).

EG-reglernas direkta tillämplighet och direkta effekt medför i många fall att det uppstår en konflikt mellan en nationell regel och en EG-rättslig regel. EG-domstolen har i dessa fall konsekvent hävdad EG-rättens företräde. När det gäller lagstiftande organ har EG-domstolen angivit att principen om företrädesrätten utesluter ett giltigt antagande av ny nationell rätt i den utsträckning som denna skulle vara oförenlig med EG-rätten (mål 106/77 Simmenthal).

Upphandlande enheter (möjligen med undantag för privata företag ) har en skyldighet att beakta gemenskapsrätten (jfr. mål 103/88 Fratelli Constanzo, EG-domstolen utsträckte där skyldigheten att garantera gemenskapsrättens företräde till samtliga organ inom de regionala förvaltningarna). Begreppet stat skall därför tolkas i vid bemärkelse.

### **3.6 EG-domstolen**

Frågan huruvida en kommun kan genomföra köp från sina egna företag m.m. utan att köpet föregåtts av upphandling i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling har inte prövats av EG-domstolen.

Emellertid är för närvarande ett mål som rör närliggande frågeställningar föremål för prövning, mål 360/96 (Arnhem). Ett avgörande i målet förväntas under 1998. En domstol i Nederländerna, Gerechtshofte Arnhem, har i november 1996 begärt ett förhandsavgörande (preliminary ruling) från EG-domstolen enligt artikel 177 RomF angående tolkningen av artikel 6 i tjänstedirektivet. EG-domstolens förhandsavgörande är bindande för den nationella domstolen.

Frågan har väckts vid nationell domstol med anledning av ett beslut av två nederländska kommuner att sammanföra sina befintliga sophämnings- och renhållningstjänster till en ny juridisk enhet med självständig status. Den nya enheten (ARA) bildades 1994 och ingick kontrakt med respektive kommun om att fullgöra de rättsliga skyldigheter som föreligger vad gäller avfallshantering och kommunal renhållning. Ett privat företag (BFI Holding BV) som tillhandahåller avfallshanteringstjänster har anfört besvär mot beslutet att tilldela ARA kontraktet. BFI Holding BV har hävdad att kontraktet skulle ha upphandlats i enlighet med tjänstedirektivet.

I avvaktan på dom i Arnhem-målet är generaladvokatens förslag till avgörande i målet av intresse. Förslaget redovisades på italienska

(originalspråk) den 19 februari 1998. NOU:s slutsatser grundas därför på en inofficiell översättning till svenska.

Generaladvokaten konstaterar bl.a. att de tjänster som utgör föremålet för tvisten är vad som avses med begreppet "tjänst", närmare bestämt A-tjänster, i direktivets mening. Direktivet reglerar endast upphandlingsavtal. Andra former av tillhandahållande av tjänster, som bygger på rättsliga relationer av annan typ, ligger i själva verket "utanför föreliggande direktivs tillämpningsområde". Dessutom framgår det av föreskrifterna i artikel 1 a) att i direktivet avses med upphandling av tjänster onerösa avtal i skriftlig form som ingåtts mellan en leverantör av tjänster och en tilldelande förvaltning. Den relation som förbinder kommunerna vid ARA utesluter att situationen skulle kunna betecknas som en koncession på tjänster i gemenskapsrättslig mening. (Vad gäller tjänstekoncessioner se vidare avsnitt 7.) Uteslutningen av koncessionsförhållandet medför dock inte att den tvistiga relationen i stället skulle kunna betecknas som upphandling av tjänster. Generaladvokaten anser att förhållande mellan kommunerna och ARA är att betrakta som en form av inter-organisatorisk delegering som inte lämnar kommunernas administrativa sfär. Kommunerna har ej på något sätt avsett att privatisera de av kommunerna tidigare fullgjorda funktionerna inom denna sektor. Förhållandet som råder mellan kommunerna och ARA kan enligt generaladvokatens mening inte betraktas som en upphandling i direktivets mening. Han fäster därvid avseende vid dels finansierings-, ägande- och beslutsformen dels syftet med bolagets bildande. Kommunerna är ensamma delägare, de beslutar själva *om* och *när* de skall tillskjuta resurser, majoriteten av ARA:s ledning består av styrelseledamöter som är kommunalt tillsatta. Han nämner vidare att ARA:s överlevnad ur ekonomisk synvinkel inte beror så mycket på verksamhetens volym och verksamhetens effektivitet, som på kommunernas vilja att avsätta erforderliga finansiella resurser. Det aktuella fallet avser en sammanslagning av två sedan tidigare existerande funktioner och verksamheten är inte av kommersiell karaktär.

Frågan om köp från sådan verksamhet som privatiserats genom avknoppning, utan att köpet föregåtts av upphandling i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling har inte prövats av EG-domstolen.

### **3.7 EG-kommissionens uttalanden**

När det gäller tolkning och tillämpning av EG-direktiven om offentlig upphandling har kommissionen givit ut: Guide to the Community rules on public procurement of services, Guide to the Community rules on public supply contracts och Guide to the Community rules on public works contracts. I detta sammanhang bör dock observeras beträffande dessa guiders status att de är utgivna av kommissionen med reservationen att: "This Guide has no legal value and does not necessarily represent the official position of the Commission". Det är endast EG-domstolen som är behörig att genom tolkning av EG-rätten fastställa dess innehåll.

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

I guiderna gör kommissionen inte några uttalanden som tyder på att kommuners köp från sina egna företag m.m. inte skulle omfattas av de olika direktiven. Av respektive guide framgår bl.a. vad som avses med upphandlande enhet, offentliga kontrakt och leverantör. Definitionen av upphandlande enhet har bl. a. betydelse för när undantagen i artikel 6 i tjänstedirektivet, och artikel 11 i försörjningsdirektivet, avseende upphandling från upphandlande enhet med ensamrätt är tillämpliga, se avsnitt 6.

I ”Selection of a body responsible for organizing a national network” har kommissionen gjort en tolkning av vilka krav som ställs för att undantaget i artikel 6 i tjänstedirektivet skall vara tillämpligt, se avsnitt 6.

### **EG-kommissionen, DG XV**

Vid ett möte i november 1997 med personer på tjänstemannanivå vid EG-kommissionen, DG XV som bl.a. handhar frågor som rör offentlig upphandling, formulering och tillämpning av gemenskapsrätten, har NOU diskuterat frågan om kommuners möjligheter enligt gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. Kommissionen har på senare tid haft att ta ställning till flera fall som rör denna problemställning och konstaterar att vare sig Romfördraget eller direktiven om offentlig upphandling anger några specifika regler för undantag från upphandling i dessa fall.

Enligt vid mötet framförda tolkningar skulle det vara möjligt för kommuner att, utan att tillämpa direktiven, ingå kontrakt med sina helägda företag förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren. Huvudregeln är att när en upphandlande enhet har skapat en fristående juridisk person så kan den upphandlande enheten inte köpa någonting från den fristående juridiska personen utan föregående upphandling i enlighet med gällande direktiv. Undantaget utgör de situationer när den juridiska personen fortfarande kan betraktas såsom tillhörande den upphandlande enhetens organisation. Kommissionen skiljer således mellan de situationer när en verksamhet är att betrakta som en del av den upphandlande enheten, dvs. en del av förvaltningen, och då verksamheten är fristående.

Som en del av den upphandlande enheten betraktas verksamhet som bedrivs genom ett privaträttsligt subjekt men på ett sätt som kan likställas med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform. Kommissionen är av den uppfattningen att om den fristående helägda juridiska personen uteslutande levererar till den upphandlande enheten kan dess verksamhet betraktas som en del av förvaltningen trots att det är fråga om en fristående juridisk person. Kommissionens ståndpunkt är för närvarande att en upphandling i enlighet med direktiven då inte behövs.

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

Grunden för ovannämnda tolkning är att man efter företagsbildningen kan anse att den fristående juridiska personen fortfarande är att betrakta som en del av den upphandlande enheten, dvs. kommunen. Som NOU uppfattat tjänstemännen vid kommissionen är förutsättningarna för att den fristående juridiska personen skall kunna betraktas som en del av den upphandlande enheten

- 1) att den fristående juridiska personen är helägd av den upphandlande enheten (kommunen) och,
- 2) att den fristående juridiska personen även uteslutande levererar till den upphandlande enheten (ägaren).

Kommissionen anser att det är önskvärt men inte nödvändigt att förutsättningarna anges i bolagsordningen. Även ett "gammalt" företag kan anses som en del av förvaltningen förutsatt att det är helägt och uteslutande levererar till ägaren, även om det inte framgår av bolagsordningen. Det torde i detta fall inte ha någon betydelse om den fristående juridiska personen utför uppgifter inom det obligatoriska eller fakultativa området.

När det gäller frågan om varierande ägarandel eller leveransandel är rättsläget oklart. Kommissionen betonar att eftersom situationen avser affärer mellan två upphandlande enheter avser tolkningen endast den situation som beskrivits ovan. Kommissionen har ännu ej tagit ställning till varianter av ägarandelar eller leveransandelar. Kommissionen anger vidare att en effekt av att betrakta förhållandet mellan kommunen och den fristående juridiska personer som en del av förvaltningen är att den fristående juridiska personen i sin tur kommer att upphandla desto mer, eftersom det inte sker någon upphandling i första ledet.

Avknoppning är för kommissionen ett hittills okänt problem. Beträffande privatisering i stort tror de inte att det går att ge något generellt svar eller lösning. Privatisering är enligt kommissionen en svår fråga med många aspekter. Om en kommun skapar ett helägt företag och med tiden ger detta företag ett antal uppdrag/kontrakt, så kommer dessa att utan någon särskild upphandling följa med företaget om detta i framtiden byter ägare på sätt som är brukligt vid företagsöverlåtelse. Om företaget uteslutande levererar till kommunen behöver dessa avtal aldrig ha upphandlats i enlighet med det ovan angivna resonemanget, om att betrakta verksamheten som en del av förvaltningen. Första gången kommunen upphandlar blir när de löpande avtalen går ut. Om bildandet av företaget och överlåtelsen av detsamma sker på samma gång kan emellertid problem uppstå. Då är det enligt kommissionens uppfattning möjligt att kommunens avtal med företaget måste föregås av upphandling, se vidare avsnitt 5.

De förutsättningar som måste vara uppfyllda för att undantagen grundat på ensamrätt i artikel 6 i tjänstedirektivet och artikel 11 i försörjningsdirektivet skall vara tillämpliga diskuteras också. Dessa artiklar kan även vara intressanta då flera upphandlande enheter äger den fristående juridiska personen. Monopolet/rättigheten/ som grundar ensamrätten måste vara klart

definierad av en därtill kompetent myndighet eller kommun och framgå av lokal lag eller likvärdig handling. Därefter måste den publiceras på något sätt. Vid mötet framkom att publiceringskravet inte anses uppfyllt genom att ange att ett beslut har tagits, utan hela beslutet dvs. hela förordningen/stadgan/lagen måste publiceras. Vidare angavs att detta borde ske i en för detta ändamål särskild avsedd författningssamling. Vad gäller de krav som bestämmelsen i övrigt måste uppfylla hänvisades till "Selection of a body responsible for organizing a national network" där kommissionen även angivit vilka krav som ställs på bestämmelsen som grundar ensamrätten ifråga, se avsnitt 6.

#### **4. Kommunala företag – en del av förvaltningen?**

Kommuner har i enlighet med 3 kap. 16-19 §§ KL rätt att lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ. Kommuner kan således välja att driva kommunal verksamhet i privaträttslig form. I 3 kap. 16 § KL regleras de legala förutsättningarna för företagsbildning. De legala villkor som gäller för överlämnandet av en kommunal angelägenhet till av kommunen helägda företag regleras i 3 kap. 17 §, till delägda företag i 18 § och till företag som ägs av annan än kommunen i 19 §.

##### **Kommunal verksamhet i privaträttslig form**

När kommunen lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till en privaträttslig organisation enligt 3 kap. 17-18 §§ KL är verksamheten att betrakta som enskild trots att kommunen helt eller delvis äger subjektet (SOU 1982:113, Kommunalföretaget sid. 54).

När en kommun i enlighet med 3 kap. 19 § KL genom s.k. driftentreprenad överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till ett privatägt företag som utför uppgiften på uppdrag av kommunen har kommunen kvar huvudmannskapet och har därigenom också kvar det yttersta ansvaret för verksamheten inför kommunmedlemmarna (prop. 1993/94:188 sid. 40 f.). 3 kap. 19 § KL reglerar således även de situationer då ett privat företag som ägs av tidigare anställda s.k. avknoppad verksamhet utför uppgifter på uppdrag av kommunen. 3 kap. 19 § KL är däremot inte tillämplig i samband med själva privatiseringsprocessen av viss verksamhet (prop. 1993/94:188 sid. 94).

De aktuella bestämmelserna i 3 kap. 16-19 §§ KL anges i lagtexten under rubriken "Kommunala företag". Bestämmelserna avser dock företag med tre *helt skilda ägarförhållanden* av vilka företag enligt 3 kap. 19 § KL inte till någon del ägs av kommunen. Bestämmelserna anger också olika villkor för överlämnandet av en kommunal angelägenhet till företag med olika ägarförhållanden.

## **Den kommunala bolagsbildningen**

Som framgår av 3 kap. 16 § KL grundas kommuners bolagsbildning alltid på beslut av fullmäktige. Det beslutsunderlag som föreligger i fullmäktige innehåller regelmässigt redovisning av skälen för bolagsbildningen och ibland en precisering av de villkor under vilka bolagsverksamheten skall bedrivas samt slutligen ett förslag till bolagsordning. Beslutar fullmäktige om bolagsbildning uppfattas det som står i underlaget för beslutet som ägardirektiv för verksamheten även om dessa ej senare läggs fast vid bolagsstämma. Det är angeläget att de villkor kommunen menar skall gälla för verksamheten läggs fast redan vid bolagsbildningen. Exempelvis skall det kommunala ändamålet med verksamheten framgå av bolagsordningen. (Juridik för kommunala företag, Meyer, Riberdahl sid. 22). Det är i bolagsordningen man preciserar vad som överlämnas till det kommunala företaget.

De speciella villkor som gäller för överlämnandet av vården av en kommunal angelägenhet till helägda kommunala företag framgår av 3 kap. 17 § KL. Av paragrafen framgår att fullmäktige skall fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. Fullmäktige skall utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor. Fullmäktige skall se till att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Detsamma gäller när kommunen ensam bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Kommuner har således enligt 3 kap. 17 § KL en mycket stor kontroll och behörighet att styra verksamheten.

Vid överlämnandet av vården av en kommunal angelägenhet till delägda kommunala företag skall fullmäktige visserligen enligt 3 kap. 18 § KL se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § KL men i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållanden, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. I detta fall är kommunens kontroll och behörighet att styra verksamheten mer eller mindre begränsad. Detsamma gäller när kommunen tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Bestämmelsen gäller således även s.k. interkommunala företag dvs. delägda "kommunala företag" med två eller flera kommuner som ägare.

## Vilka kontrakt omfattas av LOU och direktiven

När LOU antogs förutsattes det att kommunens egna företag skulle delta i konkurrensen på samma villkor som andra företag. I proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling sid. 40, anges bl.a. upphandlingsdirektivets syfte som skäl till att även bolag skall omfattas av kretsen upphandlande enheter. ”Av detta följer att de bolag m.m. som främst avses är de bolag vars verksamhet i och för sig lika gärna hade kunnat bedrivas i myndighetens eller affärsverkets form.” Departementschefen uttalar vidare följande ”Detta resonemang stöder jag på den omständigheten att syftet med direktiven är att åstadkomma att den offentliga sektorns upphandling utsätts för marknadens villkor och alltså kan ske på ett affärsmässigt sätt.”

Olika utredningar visar att ökade möjligheter att *avstå* från konkurrensutsättning kan innebära fördyringar. Exempelvis medför konkurrensutsättning och även risken för att bli konkurrensutsatt att kostnaderna minskar och effektiviteten ökar. Se bl.a. NOU:s utredning Effekter av lagen om offentlig upphandling. En utredning som gjorts om Stockholms stads upphandling av äldrevård visar på att konkurrensutsättningen och hotet om konkurrensutsättning har prissänkande effekter utan att kvaliteten försämras. Även ett antal utredningar som refereras i skriften "Benchmarking" av kommuner och landsting - Kostnadsbesparingar genom ökad konkurrensutsättning (Johan Hedelin, Stockholm 1997) visar på samma resultat. Det ligger inte heller i linje med det intensiva förändringsarbete som pågår i de flesta kommuner vad gäller antagande av kommunala konkurrensprogram i syfte att bl.a. utveckla och effektivisera verksamheten.

När kommunen överfört det kommunala huvudmannskapet för en viss verksamhet till exempelvis ett kommunalt städföretag, kan kommunen således inte ingå ett avtal om städning av kommunens lokaler med företaget utan att avtalet har föregåtts av upphandling enligt LOU, eftersom städföretaget är en annan juridisk person. Kommunen kan heller inte låta sig nöjas med att den genom inskrift i ändamålsbestämmelsen i bolagsordningen har överlåtit skötseln av den kommunala angelägenheten, i detta fall städning, till bolaget. För att aktiebolaget skall kunna utföra uppgiften fordras att ett avtal träffas mellan kommunen och bolaget. Detta beror enligt NOU:s uppfattning på att kommunen endast i begränsad utsträckning civilrättsligt kan binda bolaget att utföra tjänster åt kommunen genom ändamålsbestämmelsen och bolaget kan inte grunda några krav mot kommunen härpå.

Kommuners anskaffning från andra juridiska personer inklusive andra kommuner omfattas enligt en bokstavstolkning även av direktiven. I definitionen av vilka *kontrakt* som omfattas av varudirektivet respektive tjänstedirektivet definieras även vad som avses med leverantör i dessa sammanhang. I varudirektivet artikel 1 a) anges: "... between a supplier (*natural or legal person*) and one of the contracting authorities. I

tjänstedirektivet artikel 1 c) anges: - a service provider shall mean any natural or legal person, *including a public body*, which offers services. Emellertid tolkas direktiven delvis på annat sätt av tjänstemän vid kommissionen och flera andra EES-länder, se nedan.

Kommuner skall således tillämpa LOU när dessa ingår skriftliga avtal om upphandling med privata företag, kommunägda företag och andra rättssubjekt, samt andra kommuner, eftersom dessa inte ingår i en och samma juridiska person som kommunen.

Vare sig LOU eller direktiven är tillämpliga vid anskaffning internt inom kommunen. När en enhet inom kommunen utför verksamhet på uppdrag av en annan enhet inom samma kommun behöver uppdraget inte föregås av upphandling enligt LOU eller direktiven. En enhet inom kommunen tillhör samma juridiska person som kommunen. En enhet inom en kommun är därmed inte att betrakta som en leverantör i LOU:s eller direktivens mening (fysisk eller juridisk person). Något avtal i juridisk mening kan inte ingås mellan enheter inom en kommun.

Frågan är vilket utrymme direktiven kan ge för att utvidga tolkningen av vilka organ, oaktat att de är juridiska personer, som kan anses ingå i den upphandlande enheten, dvs. den egna förvaltningen.

### **Kommissionen och andra EES-länder**

De EES-länder NOU varit i kontakt med (Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Norge och Storbritannien) har inte reglerat kommuners och landstings köp från sina egna företag vare sig i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt.

Vid ovan nämnda möte med tjänstemän vid EG-kommissionen, diskuterades möjligheten för kommuner att ingå kontrakt med sina kommunala företag. Enligt då framförda tolkningar skulle det vara möjligt för kommuner att, utan att tillämpa direktiven, ingå kontrakt med sina helägda företag förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren. Grunden för att inte tillämpa direktiven i ett sådant fall är att man fortfarande skulle kunna betrakta den fristående juridiska personen som en del av den upphandlande enheten, dvs. en slags egen förvaltningsenhet, som i sin tur genomför sina upphandlingar i enlighet med direktiven, se avsnitt 3.7. Denna uppfattning stöds av företrädarna för de länder NOU har varit i kontakt med, några praktiska fall har emellertid inte redovisats.

Den danska ”Klagenævnet for Udbud” har i ett avgörande ansett att kommuner inte behöver upphandla om de köper från sina egna kommunala bolag, i vart fall inte så länge kommunerna har ett bestämmande inflytande över bolagen. Avgörandet berörde Odense kommun, som överlätit vissa kommunala uppgifter, avfallshantering och vattenförsörjning, till två av kommunen helägda aktiebolag. Klaganden ifrågasatte rätten att, utan



Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

upphandling enligt EG:s regler för offentlig upphandling, dels bilda och att överföra alla aktier till bolagen, dels ge bolagen rätt att förestå hanteringen av avfall och vattenförsörjning. Kommunen åberopade bl.a. beträffande avfallshanteringen artikel 6 i tjänstedirektivet som anger undantag för köp av tjänst från annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (motsvaras av 5 kap. 2§ LOU) och beträffande vattenförsörjningsverksamheten artikel 13 i försörjningsdirektivet som under vissa förutsättningar anger undantag för s.k. anknutna företag (motsvaras av 4 kap. 4a § LOU). Klagenævnet grundade emellertid inte uttryckligen sitt beslut på dessa två direktivartiklar utan gjorde en samlad bedömning och nämnde särskilt det förhållandet att kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klagenævnet fastslog att själva bolagsbildningen inte krävde upphandling. Vad beträffar kommunens beslut att utan upphandling ingå avtal med de två bolagen och att överlåta uppgifterna på dessa, ansåg Klagenævnet att det utgjorde en divisionering av kommunens samlade tillgångar som inte var att jämföras med tjänsteupphandling, i vart fall så länge kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klaganden har efter Klagenavnets uttalande väckt talan i dansk allmän domstol. Saken kommer alltså att tas upp till ny prövning vilket enligt Konkurrencestyrelsen i Danmark innebär att man än så länge bör vara mycket försiktig med att lägga alltför stor vikt vid Klagenavnets uttalande.

Norge förefaller vara det enda land som skriftligen behandlat frågan under vilka förutsättningar ett helägt kommunalt bolag kan betraktas som en del av förvaltningen. Närings- och Handelsdepartementet i Norge har uttalat sig i en fråga angående tjänstedirektivets tillämplighet avseende tilldelning av kontrakt till ett kommunalt helägt (försäkrings-)bolag. Departementet ansåg att bolaget ifråga kunde betraktas som en del av förvaltningen eftersom syftet med inrättandet endast var att förse kommunen med tjänster och de tjänster bolaget i sin tur behövde anskaffa för sin verksamhet upphandlades enligt tjänstedirektivet. Departementet ansåg att kommunen kunde utnyttja bolagets tjänster utan föregående upphandling enligt tjänstedirektivet förutsatt att bolaget bibehåller sin icke kommersiella karaktär.

### **NOU:s synpunkter**

I vilken utsträckning det är tillåtet för en kommun att organisera viss verksamhet på annat sätt än genom kommunal nämndförvaltning regleras som nämnts ovan i KL. Ett fullmäktigebeslut om själva bolagsbildningen avser beslut rörande organisationen av den kommunala verksamheten. Genom fullmäktigebeslutet överförs värderna av en viss kommunal angelägenhet till det kommunala företaget. Efter bolagsbildningen kan det kommunala företaget bedriva den verksamhet som det enligt bolagsordningen skall bedriva till dess att bolagsordningen ändras eller bolaget upphör. Om kommunen har för avsikt att beställa arbeten av det kommunala företaget eller att köpa de varor eller tjänster företaget tillhandahåller kan kommunens relation till företaget i det avseendet endast

grundas på avtal. Sådana avtal avseende kommuners anskaffning av varor, tjänster samt byggtreprenader skall föregås av upphandling i enlighet med LOU. Detsamma gäller för interkommunal samverkan i privaträttsliga former, dvs. när flera kommuner bildar gemensamma "kommunala företag".

När det gäller förutsättningarna för att kunna betrakta de "kommunala företag" som avses i 3 kap. 17-19 §§ som en del av förvaltningen är NOU av den uppfattningen att tolkningen blir olika om köp görs från ett helägt företag jämfört med delägda företag och företag som ägs av annan än kommunen.

En grundläggande förutsättning för att i upphandlingshänseende kunna betrakta ett "kommunalt företag" som en del av förvaltningen är att företagets verksamhet vad gäller styrning, insyn och kontroll kan likställas med verksamhet som drivs i förvaltningsform. Det innebär att kommunen ensam skall bestämma över verksamheten. Det medför att de enda privaträttsliga organ som i detta sammanhang kan vara aktuella är de som har aktiebolags- eller möjligen stiftelseform, eftersom dessa företagsformer är de enda där en kommun ensam kan bestämma över verksamheten i företaget.

Kommunal verksamhet som drivs genom privaträttsliga rättssubjekt innebär att kommunens och kommunmedlemmarnas möjligheter till inflytande, insyn och kontroll över verksamheten är mer eller mindre begränsade jämfört med om verksamheten drivs inom ramen för den vanliga kommunala förvaltningen. Även om aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner, landsting eller kommunalförbund utövar ett rättsligt bestämmande inflytande jämföras med myndigheter när det gäller handlingsoffentligheten kan kommunens och kommunmedlemmarnas inflytande bli försvagat eftersom inflytandet i kommunala företag bl.a. regleras genom bolagsordning, stadgar eller direktiv. Den egna förvaltningen och dess personal är skyldiga att rätta sig efter direktiv från de förtroendevalda. Kommunala företags beslut i verksamheten kan t.ex. inte bli föremål för laglighetsprövning enligt KL. Ett beslut på vilket LOU är tillämpligt får inte heller överklagas med stöd av KL. Detta medför ytterligare komplikationer för kommuninvånarna och domstolarna att avgöra om laglighetsprövning enligt KL eller prövning med stöd av LOU skall ske avseende beslut om inköp från kommunala bolag.

För att företaget som ovan sagts skall kunna likställas med verksamhet som drivs i förvaltningsform krävs ett totalt ägar- och inflytandeförhållande över verksamheten, dvs. att kommunen ensam äger och bestämmer över verksamheten i företaget. Det innebär att endast aktiebolags- eller möjligen stiftelseformen kan vara aktuell. Det förutsätter vidare att kommunen äger samtliga aktier i ett aktiebolag och att kommunen själv ser till att stiftelseurkunden utformas så att kommunen ensam bestämmer i stiftelsen (jfr resonemanget i SOU 1982:113, Kommunalföretaget sid. 103 f.). En fråga som behöver belysas närmare är om även stiftelser kan omfattas av samma

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

bestämmelse, med tanke på att dessa är självägande och kommunen eller landstinget inte har samma inflytande över desamma.

Av de privaträttsliga organisationsformer som nämns i 3 kap. 16 § KL är det enligt ovanstående resonemang endast de "kommunala företag" som avses i 3 kap. 17 § som kan betraktas som en del av förvaltningen.

Delägda "kommunala företag" (3 kap. 18 § KL) och företag som ägs av annan än kommunen (3 kap. 19 § KL) kan enligt NOU:s uppfattning ej från upphandlingssynpunkt betraktat anses som en del av den kommunala förvaltningen. Främsta anledningen är att inflytandet över verksamheten samt insyns- och kontrollmöjligheterna är begränsade och därmed inte kan likställas med förhållandena i dessa avseenden när det gäller verksamhet som drivs i förvaltningsform. Någon lägsta nivå för kommunens ägarandel, delaktighet eller inflytande i den privaträttsliga organisationen finns heller inte angivet i 3 kap. 18 §. Av förarbetena framgår att bestämmelsen även gäller när kommuner och landsting samarbetar enbart med varandra (prop. 1990/91:117 sid. 163) s.k. interkommunal samverkan i privaträttsliga former. Som framgår ovan stöds NOU:s uppfattning av vad som framkommit vid diskussioner med tjänstemän vid kommissionen och de medlemsländer NOU varit i kontakt med. (Jfr dock generaladvokatens förslag till avgörande i Arnheim-målet, avsnitt 3.6).

Det bör emellertid uppmärksammas att Europaparlamentet i sitt svar på kommissionens Grönbok, Offentlig upphandling, överväganden inför framtiden, önskat uppmärksamma kommissionen på betydelsen av interkommunala bolag och att upphandlingsdirektiven inte skall utgöra hinder mot en effektiv allokering av kommunernas resurser. Vidare är det parlamentets uppfattning att interkommunala bolag måste ges en chans att bli konkurrenskraftiga t.ex. genom att bolagen får en övergångsperiod (högst tre år) under vilken upphandlingsreglerna inte skulle tillämpas. Av svaret synes framgå att parlamentets uppfattning är att direktiven inte medger några undantag för interkommunala bolag men att ett undantag för dessa bör skapas.

Uppfattningen att i upphandlingssammanhang kunna likställa de företag som avses i 3 kap. 17 § KL, förutsatt att företaget ifråga endast levererar till ägaren, med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform, stöds av de diskussioner NOU haft med tjänstemän vid kommissionen och i de medlemsstater NOU har varit i kontakt med. Denna tolkning är dock inte oomtvistlig. LOU medger dock i detta avseende inte några undantag. För detta krävs en lagändring. Innan EG-domstolen slutligen tolkat frågan kan Sverige antingen göra samma tolkning av direktiven som tjänstemännen vid kommissionen och flera andra EES-länder eller tolka direktiven utifrån en bokstavstrogen tolkning såsom EG-domstolen normalt gör.

Eftersom upphandlingsdirektiven för närvarande kan tolkas så att kommuners köp från helägda bolag kan betraktas som "köp" inom

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

förvaltningen behöver några direktivförändringar inte eftersträvas. NOU föreslår därför, om regeringen anser det nödvändigt att kommunerna tillåts att köpa direkt från sina helägda bolag utan en upphandling enligt LOU, följande lagändring.

Ett förslag till lagändring att införas i 1 kap. LOU är att i en särskild paragraf undanta kommuners anskaffning från helägda företag. Paragrafen skulle kunna få följande formulering.

”Bestämmelserna i denna lag skall inte tillämpas vid anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som en kommun eller ett landsting gör från ett sådant bolag (eller stiftelse) som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen, förutsatt att bolaget (eller stiftelsen) endast tillhandahåller sina varor, tjänster eller byggtreprenader till kommunen eller landstinget.”

Den ovannämnda konstruktionen bygger på att den offentlige ägaren helt äger bolaget. Det torde därför inte komma i fråga att även bolagets dotterbolag skulle kunna omfattas av samma bestämmelse, eftersom dotterbolaget inte kan vara helägt av kommunen.

Generaladvokaten i Arnhem-målet ser dock inga hinder mot att flera kommuner äger det i målet aktuella bolaget. Hans förslag till avgörande får dock ses mot bakgrund av att "den förbindelse som förenar dem har sitt ursprung i nödvändigheten att sammanslå de kommunala organ som ansvarar för insamling och behandling av avfall för att man skulle kunna tillgodose en efterfrågan som kvantitets- och kvalitetsmässigt ej längre kunde på rimligt sätt tillgodoses av de båda kommunernas tidigare existerande strukturer, tagna var för sig" (p. 36). Denna situation utgör inte upphandling i tjänstedirektivets mening.

NOU vidhåller mot bakgrund av de särskilda förhållanden som föreligger i Arnhem-målet att den ovan beskrivna möjligheten, att betrakta ett privaträttsligt organ som en del av förvaltningen, endast bör gälla helägda kommunala bolag enligt 3 kap. 17 §. Ett generellt godtagande från EG-domstolen av generaladvokatens ståndpunkter kan dock föranleda ett nytt ställningstagande även i Sverige.

En annan möjlighet att undanta kommuners köp från sina egna företag kunde kanske vara att skapa en ny organisationsform för dessa företag. I den norska utredningen "Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet" (NOU 1995:17) föreslås en ny organisationsform för kommunala företag. Den nya organisationen föreslås rättsligt sett ingå som en del av kommunen men vars verksamhet leds av en styrelse med förhållandevis stor självständighet och ansvar visavi kommunstyrelsen och kommunens administrativa enheter. Kommunen ansvarar dock för organisationens ekonomiska förpliktelser. Organisationen blir rättsligt och ekonomiskt sett en del av kommunen. Det skulle därför inte vara något problem att anlita organisationens tjänster utan föregående upphandling

samtidigt som kommunen erhåller de styrningsmekanismer som utgör fördelen med t.ex. ett aktiebolag.

Frågan har för Sveriges del utretts i SOU 1982:113, Kommunalföretaget. Kommittén fann dock att det i kommunerna inte fanns något intresse av att tillskapa en ny kommunal företagsform. Spörsmålet har dock inte satts i belysning av LOU och upphandlingsdirektiven som inte gällde i Sverige vid den tidpunkten.

De bevekelsegrunder som kan finnas för att kommuner och landsting skall kunna genomföra köp från sina egna företag m.m. utan ett formellt upphandlingsförfarande enligt LOU bör således ställas mot den förväntade besparingspotentialen som konkurrensutsättningen normalt beräknas medföra och de krav på öppenhet och utomståendes möjlighet att lämna anbud, som gäller i upphandlingssituationer.

## **5. Köp från avknoppad verksamhet**

### **Privatisering**

Vissa delar av den offentligt bedrivna och skattefinansierade verksamheten kan avvecklas och överlämnas till marknaden. I debatten har ofta marknadsorientering, konkurrensutsättning och bolagisering m.m. på ett missvisande sätt betecknats som "privatiseringar". Med begreppet privatisering avses *här* att det allmänna helt och hållet frånhänder sig ansvaret för en uppgift som tidigare bedrivits i offentlig regi eller i varje fall med stöd av offentliga medel. Det allmänna avvecklar således både driftansvaret och finansieringsansvaret för verksamheten (SOU 1995:105, Konkurrens i balans, sid. 39 f.). Överlämnandet av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ enligt 3 kap. 17-19 §§ KL innebär med denna definition inte någon privatisering. Ett överlämnande enligt 3 kap. 17§ eller 18 § KL kan dock vara ett led i en planerad utförsäljnings- eller privatiseringsstrategi.

### **Privatisering genom avknoppning**

*Avknoppning* är privatisering av kommunal verksamhet. Begreppet avknoppning avser *här* de situationer när kommuner låter en eller flera anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform. Skillnaden är att de nu som självständiga företagare driver samma slags verksamhet åt kommunen, som de tidigare utfört som anställda. Avknoppad verksamhet är inte att betrakta som kommunala företag.

När det är fråga om tjänster som skall upphandlas enligt LOU kan kommunen således inte stödja avknoppningen genom att sluta avtal om t.ex. köp av tjänster utan att avtalet föregåtts av upphandling från det

självständiga företaget i enlighet med LOU (eller direktiven). Denna tolkning beträffande direktiven bekräftades också vid de diskussioner som förts med tjänstemän vid kommissionen. EG-kommissionen har aviserat att koncessioner och andra former av partnerskap mellan offentlig och privat sektor samt privatisering skall bli föremål för översyn, klarlägganden och lagförslag till direktivändringar.

### **NOU:s synpunkter**

Ett problem är huruvida ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag - "avtal" om leverans av varor och tjänster i samband med överlåtelsen av verksamheten. För närvarande föreligger ibland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser, "avtal", ingår. Dagens regler tillåter inte att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet. Detta kan leda till att försäljningsvärdet blir så lågt att den offentlige ägaren av ekonomiska skäl eller sysselsättnings-skäl avstår från att sälja, varvid verksamheten aldrig kommer ut på marknaden.

Regeringsrätten har beviljat prövningstillstånd i två mål som berör övertagande av pågående uppdrag vid försäljning av ett landstings tvätteri (mål nr 1399-1997 och 2006-1997). Kammarrätten i Göteborg har i de överklagade domarna funnit att uppdragen inte kunde överlätas utan upphandling. NOU har på Regeringsrättens anmodan yttrat sig i målen och anfört att försäljning av verksamhet enligt nuvarande regler inte kan kombineras med övertagandet av gällande överenskommelser. NOU har vidare anfört.

"Den omständigheten att de pågående överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer, vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlätas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling. Landstinget har anfört att LOU inte skall vara tillämplig så länge de åtaganden som tas över till omfattning och löptid är affärsmässiga. NOU kan dock inte instämma i detta resonemang. Begreppet affärsmässigt återfinns inte i Europarådets direktiv om offentlig upphandling. Det är en inhemsk konstruktion som övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen. Avsikten med LOU är dock inte enbart att en upphandlande enhet anskaffar varor, bygghandprensader och tjänster till rätt pris i förhållande till kvalitet och övriga krav, utan även att detta sker i konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör även att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och alla anbudsgivare behandlas lika. Avsikten med annonsering och/eller offentliggörande av förfrågningsunderlag i samband

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

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." (.....) "Även om det finns inslag av en försäljning anser NOU att landstingets huvudsakliga syfte med det kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtalet har varit att tillförsäkra sig att få behovet av tvätteritjänsterna tillgodosett och personalens anställning under en övergångstid tryggad. Värdet av tjänsterna är så högt att en anskaffning av dessa och inte försäljning av fastigheten synes vara det primära ändamålet och skulle ha upphandlats. Erbjudandet om övertagandet av fastigheten och rörelsetillgångarna kunde i stället ingå i upphandlingen som en delbetalning för tjänsterna."

Regeringsrätten har ännu inte avgjort målen.

Bland många medlemsländer finns det ett önskemål om att kunna överföra offentlig verksamhet till ett privaträttsligt organ för att möjliggöra en (senare) privatisering. I debatten har härvid framkommit att ett krav skulle vara att den överenskommelse/det "avtal" som överläts skall vara av normal kontraktslängd. Även av generaladvokatens förslag till avgörande i Arnheim-målet framgår att en förutsättning för att ARA:s verksamhet skall anses vara en form av inter-organisatorisk delegering är att bolagets bildande inte är ett led i privatisering av verksamheten ifråga (p. 38).

En följd av NOU:s resonemang i tidigare avsnitt och efter en lagändring enligt förslaget i avsnitt 4, blir att ett företag som avses i 3 kap. 17 § KL kan tilldelas ett avtal utan upphandling. Vid en senare överlåtelse av företaget innefattar de överlåtna tillgångarna även de löpande avtalen. Detta gäller oavsett om tidigare anställda eller någon annan förvärvar företaget.

Om företaget uteslutande har levererat till kommunen (ägaren) har dessa avtal aldrig upphandlats. Första gången kommunen kommer att genomföra en upphandling enligt LOU avseende dessa avtal blir när de löpande avtalen går ut. Löptiden på avtalen som ingår i företagsöverlåtelsen måste dessutom vara av normallängd. Kommissionen betraktar bolagiseringen som ett första steg för privatisering. Även i Sverige kan företagsbildningen vara ett första led i privatiseringen.

Om däremot bildandet av företaget och överlåtelsen av detsamma sker på samma gång förefaller kommissionen vara av den uppfattningen att ett avtal med det privata företaget skall föregås av upphandling i enlighet med direktiven. Annars betraktas det som ett kringgående av regelsystemet. En individuell bedömning av varje enskilt fall måste därför ske.

EG-domstolen har ännu ej prövat något ärende där privatisering varit uppe. Kommissionen har som tidigare nämnts angivit privatisering som ett område där förtydliganden bör göras. Sverige bör tillsammans med andra länder, i syfte att åstadkomma ökade möjligheter, verka för överföring av "avtal" vid privatisering.

## 6. Undantag på grund av ensamrätt

Av tjänstedirektivet och av försörjningsdirektivet framgår att direktiven inte skall tillämpas på vissa offentliga tjänstekontrakt.

I tjänstedirektivet artikel 6 anges

”This Directive shall not apply to public service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the Treaty.”

I försörjningsdirektivet artikel 11 anges

“This Directive shall not apply to service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) of Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the EEC Treaty.”

I ”Selection of a body responsible for organizing a national network” har kommissionen angivit vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att undantaget i artikel 6 i tjänstedirektivet skall vara tillämpligt. Av särskilt intresse här är de krav som ställs på regeln i fråga som utgör grunden för tilldelningen av den exklusiva rätten, nämligen

”The justification for this derogation is that, in the public interest, a number of Member States assign the supply of specific services to public authorities or bodies on the basis of legislative or regulatory provisions. The derogation may be invoked only if several conditions are met:

The supplier of the service must be a contracting authority. Article 1 of the Directive defines this as meaning the State, a regional or local authority, or a body governed by public law.”

Vidare anges

”A published law, regulation or administrative provision must constitute the basis for assigning supply of the service in question exclusively to a contracting authority.

The law, regulation or administrative provision must be compatible with the EC Treaty and, of course, with the fundamental principles evolved by the Court of Justice, particularly those of non-discrimination and proportionality. The Treaty provisions where compatibility could be a problem include in particular those on the freedom to provide services (Articles 59 et seq.) those dealing with competition (Articles 85 and 86), and Article 90, which (i) prohibits the Member States from enacting or maintaining in force, to assist undertakings enjoying exclusive rights, measures that are contrary to the Treaty and (ii) states that undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest are to be subject to the rules contained in the Treaty in so far as the application of such rules does not obstruct the performance of their particular tasks.”

Bestämmelserna införlivas genom 5 kap. 2 § (och i 4 kap. genom en hänvisning till 5 kap. 2 §) LOU på följande sätt

”Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas vid upphandling av tjänster



Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.”

### **NOU:s synpunkter**

Vad som menas med ensamrätt behöver definieras bättre. I förarbetena (prop. 1992/93:88 sid. 96) anges att den ensamrätt som avses i bestämmelsen inte kan vara t.ex. upphovsrättsligt grundad, utan måste vara en "författningsbestämd ensamrätt, dvs. i praktiken ett monopol. Den situation som möjligen kan tänkas för svensk del skulle vara att upphandling skulle behöva göras av bilprovningstjänster eller vissa anläggningsprovningstjänster." Vidare måste klargöras om det finns sådana ensamrätter som en kommun eller landsting får överföra till ett bolag. Det är t.ex. synnerligen tveksamt om de uppgifter som kommunerna har enligt renhållningslagen (jfr Arnhem-målet) är sådan ensamrätt som en kommun kan överlåta åt ett kommunalt företag. Frågan om en kommun äger sådan ensamrätt som den kan överföra på ett kommunalt bolag måste i så fall prövas i varje enskilt fall.

I ovan nämnda "Selection of a body responsible for organizing a national network" har kommissionen angivit vilka krav som ställs på bestämmelsen (lag, förordning eller förvaltningsföreskrift) som utgör grunden för tilldelningen av ensamrätten. De krav som ställs på bestämmelsen om ensamrätt är att den skall vara förenlig med Romfördraget och med gemenskapsrättens grundläggande principer. Dock kan kraven på bestämmelsen om förenlighet med Romfördraget och med gemenskapsrättens grundläggande principer vara förenat med vissa problem eftersom ensamrätten i sig är en begränsning av exempelvis friheten att tillhandahålla tjänster. Möjligheterna att t.ex. tilldela kommunala företag ensamrätt inom vissa verksamhetsområden torde därför vara begränsade.

Lagstiftaren har i 5 kap. 2 § LOU inte infört kravet på publicering. Vad gäller lagar och förordningar kan kravet måhända uppfattas som onödigt. I fråga om kommunala beslut är det dock en högst relevant fråga om tillkännagivandet på kommunens anslagstavla, att protokollet över beslutet justerats, uppfyller kravet på publicering. Med hänsyn till den tradition som har utvecklats och som kommuninvånarna kan anses väl förtrodda med kan man med fog hävda detta gentemot de i Sverige bosatta eller i riket verksamma anbudsgivarna. Frågan behöver dock utredas vidare, inte minst med tanke på andra medlemsstater. Som nämnts ovan anser tjänstemän vid EG-kommissionen att publiceringskravet inte anses uppfyllt genom att ange att ett beslut har tagits, utan hela beslutet måste publiceras. Vidare angavs att detta borde ske i en för detta ändamål särskild avsedd författningssamling.

Generaladvokatens förslag till avgörande i Arnhem-målet innebär att relationerna mellan kommunerna och ARA inte omfattas av tjänstedirektivet. Uppfattningen grundas dock inte på undantaget i artikel 6 i tjänstedirektivet

(se avsnitt 3.6). Han anger

”För att ändå fullständigt utreda det mål som förhandsbeskedet gäller fortsätter jag med att undersöka om det är möjligt att inkludera ARA bland de rättssubjekt som har att följa direktivet.” (p. 39). Han anser att svaret till den behöriga domaren inte kan förbise de särskilda förhållanden som utmärker varje enskild situation och anger, ”Det synes mig sålunda inte som om Europeiska gemenskapernas domstol kan fastslå allmänna riktlinjer för tolkningen av ifrågavarande rättsregel, som ej beaktar det konkreta fallet. Vi står inför en bestämmelse som lämpar sig illa för allmänna och abstrakta tolkningar, just på grund av att den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har avsett att ge rättsregeln den ovan påpekade, rent funktionella karaktären. Den häri redovisade texttolkningsprincipen har domstolen gjort till sin egen och tillämpat i domslutet i Beentjes-målet och ännu senare i Mannesmann-målet.” (p. 42). ”Ett uppenbart symptom på beroendet av den statliga sektorn är därför just frånvaron av risk i den verksamhet som det granskade organet är ålagt att bedriva. Om däremot detta organs verksamhet innebär en, om blott eventuell, möjlighet till ekonomisk vinning eller om ifrågavarande förvaltning i vart fall är baserad på kriterier i termer av verksamhetens ekonomi och finansiella autonomi, ja då hamnar detta organ, enligt mitt sätt att se, utanför ovan beskrivna område och det finns alltså inget skäl att räkna ifrågavarande organ till dem som direktivet avser.” (p. 44, 2 st.). ”De organ som tillgodoser behov av allmän karaktär” (allmänt intresse NOU:s anm.) under åsidosättande av principerna för normal kommersiell drift” omfattas sålunda enligt min mening av begreppet ”offentligrättsliga organ”, förutsatt att de övriga rekvisiten för ifrågavarande definition likaledes är förefintliga.” (p. 44 3 st.). ”Frågan huruvida ARA skall räknas som ett offentligt organ eller ej förefaller sålunda klarlagd i ljuset av vad som ovan sagts. Det råder i själva verket inget tvivel att de arbetsuppgifter för vilka ett sådant organ har skapats och som det fullgör institutionellt, liksom de regler under vilka dess uppgifter utförs, kan föras till de verksamheter som direktivet beskriver såsom svarande mot ”behov av allmänt intresse av icke-kommersiell och icke-industriell karaktär” (p. 45).

Enligt kommissionen yttrande till EG-domstolen i Arnhem-målet synes kommissionens uppfattning vara att bedömningen, huruvida företaget omfattas av undantaget i artikel 6 i tjänstedirektivet, skall grundas på i vilket syfte företaget inrättats och om utövandet av företagets tjänster sker på ett industriellt eller kommersiellt sätt.

Bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU kan enligt NOU:s mening användas endast i mycket begränsad utsträckning. Skälet är att de ovan nämnda förutsättningarna måste vara uppfyllda och tjänstens art av laglig ensamrätt i praktiken ofta gör konkurrensutsättningen onödig.

## **7. Tjänstekoncession**

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

En aktuell fråga är en kommuns möjlighet att tilldela en privaträttslig organisation kontrakt avseende en s.k. tjänstekoncession utan föregående upphandling enligt tjänstedirektivet.

”Tjänstekoncession” är inte något känt begrepp i svensk rätt. Det finns följaktligen inte någon inhemsk definition att falla tillbaka på. Koncession i traditionell bemärkelse anses innefatta av myndighet meddelat tillstånd att bedriva viss verksamhet. Enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU utgör koncession ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning. Vidare regleras byggkoncessioner i 3 kap. 6-8 §§ LOU (och i byggdirektivet).

I samband med införandet av tjänstedirektivet uppkom frågan om tjänstekoncessioner skulle omfattas av detsamma eller ej. Det ursprungliga förslaget innehöll bestämmelser härom (COM (90)72, p.1). Tjänstekoncessioner särreglerades där på samma sätt som koncessioner i byggdirektivet. Ett av skälen till ett sådant förfarande var den större finansiella riskbenägenhet en koncessionshavare tog visavi en leverantör som ingår ett vanligt tjänstekontrakt. Detta, tillsammans med att koncessionshavarens egna anskaffningar skulle föregås av offentlig upphandling motiverade enligt förslaget att koncessionerna särreglerades. Skillnaden mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt definierades sålunda ”A public service concession concerns the provision of a service to the public, while a public service contract involves the provision of a service to the public authority. A concessionaire accepts the financial risk in providing a public service, in return for the chance of profit while a contractor seeks his profit in the more limited context of the price for delivering of a particular service.” Den lagtekniska lösningen i direktivförslaget innebar att det först klargjordes att koncessioner inte omfattades av begreppet tjänstekontrakt. Därefter definierades tjänstekoncession som ”...contracts other than public works concession within the meaning of article 1(d) of Directive 71/305/EEC, concluded between an authority and another entity of its choice whereby the former transfers the execution of a service to the public lying within its responsibility to the latter and the latter agrees to execute the activity in return for the right to exploit the service, or this right together with payment.” Vidare angavs att, för det fall en tjänstekoncession till någon del berörde en byggkoncession så skulle byggdirektivet tillämpas på hela avtalet. I förslaget återfanns sedan speciella regler angående tröskelvärdesberäkningar m.m. som uttryckligen bara avsåg tjänstekoncessioner.

Förslagets särregler för koncessioner togs emellertid bort av medlemmarna i rådet med den motiveringen att begreppet tjänstekoncessioner hade så olika innebörd och funktion i de olika medlemsländerna. Av detta har bl.a. kommissionen dragit den slutsatsen att tjänstedirektivet inte omfattar tjänstekoncessioner. I Guide to the Community rules on public procurement of services, sid. 5, anger kommissionen följande ”The Commission’s original proposal contained provisions on public service concessions. However the Member states in Council decided not to include this type of contract because of wide divergence of national practices in matter of public service concessions. Thus the

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

Service Directive does not apply to public service concessions, which broadly means that the Directive does not apply to contracts whereby a public authority transfers the execution of a service to the public lying within its responsibility to an undertaking of its choice and the latter agrees to execute the activity in return for the right to exploit the service, or this right together with payment. Nevertheless, the award of such contracts is, subject to the Treaty rules concerning the freedom to provide services and to the general principles of Community law such as non-discrimination, equality of treatment, transparency and mutual recognition.”

(Beträffande denna guides status bör dock observeras att den inte är rättsligt bindande och inte nödvändigtvis uttrycker kommissionens officiella uppfattning.)

Samma slutsats har även Sue Arrowsmith dragit. I *The law of public and utilities procurement* (sid. 366) anger hon

” The Commission’s original proposals for a directive on services expressly covered concessions; however, these provisions were removed by the Council, and it can thus be concluded that concessions are intended to be exempt.”

Arrowsmith framhåller dock att tjänstekoncessioner rent språkligt (*a literal reading*) förefaller att täckas av definitionen av tjänstekontrakt i tjänstedirektivet, eftersom detta omfattar alla tjänstekontrakt som inte uttryckligen är undantagna, vilket tjänstekoncessioner inte är. Hans-Joachim Priess, instämmer i artikeln *Privatisation and the E.C. Public Procurement Rules* (sid. 10) i Arrowsmiths påpekande och betonar att lagstiftningshistorien inte är den främsta tolkningskällan utan att större vikt bör läggas vid den språkliga utformningen. Vidare nämner han att den omständigheten att medlemsstaterna valt att inte uttryckligen reglera tjänstekoncessioner kan bero på att regleringen inte behövdes, eftersom koncessioner ändå täcks av direktivet (...the argument can also be made that the provision was dropped because concessions were covered anyway).

Det är långt ifrån uteslutet att EG-domstolen, som hittills varit mycket restriktiv i sin tolkning av vad som kan betecknas som undantag från EG-direktiven, skulle bortse från direktivets tillkomsthistoria och tillämpa en bokstavstrogen tolkning av texten och då komma fram till att tjänstekoncessioner omfattas av direktivet. Något renodlat, i EG-domstolen nu anhängiggjort mål i denna fråga finns inte. Rättsläget måste därför tills vidare betecknas som oklart.

Generaladvokatens uppfattning i Arnheim-målet är att de aktuella renhållningstjänsterna inte är en koncession. Sitt ställningstagande motiverar han (p. 26) enligt det följande.

"EG-rättens distinktion mellan upphandling av och koncessioner på tjänster är grundad på ett knippe kriterier, enligt allmänt omfattad mening och i avsaknad av en särskild EG-rättslig definition som har normativt värde. Det första indiciet är den utförda tjänstens adressat eller mottagare. Vid upphandling anses mottagaren av den utförda tjänsten vara identisk med den upphandlande institutionen, medan mottagaren vid fall av koncession är en tredje man som står utanför det kontraktuella förhållandet, i regel allmänheten, som mottager och betalar en ersättning för den mottagna tjänsten. I EG-rätten krävs även att ifrågakvarande tjänst är av allmänt intresse på sådant sätt att distributionen av tjänsten traditionellt skulle falla på en offentlig myndighet. Den omständigheten att det är en utomstående operatör som utför tjänsten åvågabringar således en substitution av subjekt,

Datum  
1998-03-11

Vår beteckning  
165/97-29

dvs. koncessionsinnehavaren övertar koncessionsgivarens skyldighet att säkerställa leveransen av den aktuella tjänsten till allmänheten. Ett annat karaktäristikum som utmärker koncessionen är det som gäller vederlaget, som helt eller delvis intjänas genom själva tillhandahållandet av den tjänst som koncessionsinnehavaren utför till förmån för mottagarna. Ytterligare en iögonfallande aspekt av koncession på tjänster i EG-rättsliga sammanhang har att göra med det alldeles i början påpekade särdraget och det är att koncessionsinnehavaren själv står den ekonomiska risk som härrör ur tillhandahållandet och administrationen av de tjänster som utgör koncessionens föremål.

Dessa kriterier, som delvis har hämtats från koncessionen på byggnation och fastighetsförvaltning, som är utmärkande för direktivet om offentlig upphandling av arbeten, har för övrigt använts i Europeiska gemenskapernas domstol i domen av den 26 april 1994, mål nr C-272, firma Lotomatica."

I det åberopade fallet Lotomatica, (p. 22 - 25 och 32) har domstolen uttalat att driften av lotteriverksamhet inte kunde anses vara en koncession då uppdragstagarens uppgift inte innefattade någon överföring av ansvaret för lotteriet utan begränsades till att upprätta och driva ett datasystem, vilket utgör tillhandahållande av tjänster och varor.

Vid NOU:s kontakter med andra EES-länder har framkommit att tjänstekoncessioner inte är något känt begrepp i de övriga nordiska länderna, utan betraktas där som vanliga tjänstekontrakt vilka omfattas av direktiven, medan de sydeuropeiska länderna, sedan tidigare har specialregler därom som de tillämpar. Några avgöranden i frågan om anskaffning av tjänstekoncessioner skall föregås av offentlig upphandling är emellertid inte kända från de olika medlemsstaterna. Nämnas kan dock att den Bayerska tillsynsmyndigheten över offentlig upphandling skall behandla frågan inom kort (Hans-Joachim Priess i ovannämnda arbete sid. 11). Av medlemsstaternas yttranden till EG-domstolen i Arnheim-målet framgår att flertalet stater anser att tjänstekoncessioner inte omfattas av direktivet.

## **NOU:s synpunkter**

En grundläggande fråga är om den omständigheten att tjänstekoncessioner inte särskilt nämns i direktivet innebär att dessa saknar särreglering och skall behandlas som tjänster i övrigt eller om avsikten är att utesluta koncessioner från tjänstedirektivets tillämpning.

Begreppet har olika innebörd och funktion i de olika medlemsländerna, vilket medför att det naturligtvis kan vara förenat med viss fara för tolkning och tillämpning att i nationell rätt, som har sitt ursprung i gemenskapsrätten, införa begrepp som kan ha annan innebörd i andra medlemsländer. Vid ett senare utslag från EG-domstolen, med innebörden att tjänstekoncessioner omfattas av tjänstedirektivet, skulle dessutom alla då redan tilldelade och inte upphandlade koncessioner anses som felaktigt tillkomna.

Den osäkerhet som råder om rättsläget lämnar visst handlingsutrymme. Sverige skulle i LOU kunna införa ett uttryckligt undantag för tjänstekoncessioner (i den mening som begreppet hade i det ursprungliga förslaget till tjänstedirektiv), från kravet på offentlig upphandling. Detta skulle kunna motiveras med att det är förenligt med tolkningen av direktiven. En sådan lagändring är emellertid förenad med en risk för att gemenskapsrätten åsidosätts och vi måste vara beredda på att på nytt ändra lagstiftningen vid ett motsatt avgörande från EG-domstolen. EG-domstolen utgår ju, som ovan nämnts, vid ett avgörande sannolikt från fördragstexten och direktiven, inte den bakomliggande historien. Eftersom det inte nu går att förutse om och när ett sådant avgörande kan komma skulle en dylik lagändring kunna bli en förhållandevis kortsiktig reglering. Detta är av olika skäl otillfredsställande. Ideliga lagändringar på ett komplext och även i övrigt svårhanterligt område skapar osäkerhet för såväl de upphandlande enheterna som leverantörerna. Definitionen av tjänstekoncession i kommissionens ursprungliga förslag är dessutom mycket vid och förefaller till sin ordalydelse täcka både obligatoriska och fakultativa uppgifter. Den tycks omfatta såväl renhållnings- och transporttjänster (s.k. A-tjänster) som andra driftentreprenader t.ex. hälso- och sjukvårdstjänster samt tjänster på kultur och fritidsområdet (s.k. B-tjänster). Svåra gränsdragningsproblem, utöver de som redan finns, kommer sannolikt att uppstå då många avtalstyper också rymmer moment som dels är hänförliga till köp av en ren tjänst till kommunen, dels innehåller tjänster som riktar sig till allmänheten och dels innefattar någon form av nyttjanderätt till fast egendom. Ett annat gränsdragningsproblem är frågan vilka privaträttsliga organisationer som kan komma ifråga som koncessionshavare. NOU:s nuvarande ståndpunkt är att endast sådana bolag som omfattas av 3 kap. 19 § KL kan komma i fråga. De företag som anges 3 kap. 17-18 §§ KL kan inte bli aktuella, eftersom dessa hel- och delägda bolag, med anledning av begränsningar i KL, inte kan gå med vinst. Risktagande och vinstintresse tycks vara förutsättningar för koncessionen.

Slutligen skall framhållas de förluster från konkurrenssynpunkt som troligen kommer att uppstå om denna tjänstetyp undantas från offentlig upphandling. Enligt NOU:s uppfattning kan det även ur den synpunkten ifrågasättas varför tjänstekoncessioner skulle undantas från kravet på offentlig upphandling.

Skulle en sådan lösning ändå övervägas bör även frågan om införande av sådana särregler motsvarande dem som fanns med i kommissionens ursprungliga förslag till tjänstedirektiv och som i sin tur motsvarar reglerna om koncession i byggdirektivet övervägas. Detta för att bl.a. tillgodose kravet att koncessionshavare i sin tur upphandlar. Dessutom krävs en djupare analys av såväl frågan vad tjänstekoncessioner egentligen omfattar som de ovan nämnda gränsdragningsproblemen.

Mot bakgrund av de argument som ovan anförts är det NOU:s uppfattning att en bättre lösning skulle vara att invänta ett eventuellt klargörande från EG-domstolen och samtidigt inom ramen för gemenskapen, börja arbeta för att skapa en enhetlig reglering inom hela gemenskapen beträffande tjänstekoncessioner. Det borde finnas goda förutsättningar härför då bl.a. intresset för en enhetlig lösning på problemet hos såväl andra medlemsstater som kommissionen, måste bedömas som stort. Som tidigare nämnts har EG-kommissionen för avsikt att se över principerna för tilldelning av koncessioner och lägga fram förslag till enhetliga regler för alla typer av koncessioner. Detta skall så småningom leda till förslag till direktivändring i syfte att säkerställa reglering av koncessioner, inklusive annonsering och ett flexibelt upphandlingsförfarande, vilket garanterar likabehandling och konkurrensutsättning inom hela unionen.

NOU anser därför att Sverige i likhet med övriga nordiska länder i avvaktan på utslag från EG-domstolen och EG-kommissionens klarläggande bör betrakta tjänstekoncessioner som vanliga tjänstekontrakt.

## **8. Upphandling enligt 6 kap. LOU**

EG-direktiven reglerar en upphandlande enhets anskaffning av varor, byggtreprenader, A-tjänster och upphandling inom försörjningssektorerna, vars värde överstiger de i direktiven angivna tröskelvärdena. Direktivens regler omfattar i viss utsträckning även anskaffning av B-tjänster över tröskelvärdena. Utanför det direktivstyrda området hamnar vissa typer av anskaffningar. Hur gränserna skall dras och huruvida lagstiftaren avsett att dessa inte heller skall omfattas av lagens 6 kap. är emellertid oklart. Andra svåra gränsdragningsproblem uppstår vid växlande kombinationer av nyttjanderätt till fast egendom i förening med anskaffning av tjänster. Det samma gäller kombinationer av försäljning och anskaffning. Dessa frågor gäller alla upphandlande enheters upphandling och bör lämpligen inordnas i en kommande översyn av reglerna i 6 kap., som enligt uppgift skall ske inom en nära framtid.

## 8.1 Upphandling under tröskelvärdena

Sverige har valt att reglera offentlig upphandling under tröskelvärdena genom bestämmelserna i 6 kap. LOU. Utöver upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena, regleras av 6 kap. även anskaffning av B-tjänster över tröskelvärdena och vissa typer av tjänster vilka uttryckligen är undantagna från EG-direktivens tillämpning, såsom upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget (1 kap. 3 § LOU).

För att tillgodose uppdragets målsättning skulle Sverige från LOU:s tillämpningsområde kunna undanta kommunernas upphandling från kommunala företag, vars kontraktsvärde understiger de angivna tröskelvärdena. Undantaget skulle inte behöva vara begränsat till helägda kommunala företag som uteslutande levererar till ägaren. Denna åtgärd skulle endast kräva en ändring i LOU men skulle inte beröra direktiven och deras tolkning. Vi skulle däremot få olika tolkningar över och under tröskelvärdena, vilket ytterligare skulle komplicera ett redan nu svåröverskådligt regelsystem. Den praktiska betydelsen för de i uppdraget aktuella frågeställningarna torde dessutom vara mycket begränsad eftersom merparten av de kontrakt som avses, normalt betingar ett värde som överstiger gällande tröskelvärden.

Vidare måste beaktas bestämmelserna i LOU att en upphandling inte får delas upp i syfte att underskrida tröskelvärdena. Inte heller beräkningsmetoden får väljas i sådant syfte. Den praktiska användningen av en lagändring skulle således vara att vissa enstaka köp utan ett naturligt samband med andra likartade, skulle kunna undantas från den formbundna upphandlingen.

## 8.2 Upphandling av B-tjänster

Angående B-tjänster är det ostridigt att medlemsstaterna, med iakttagande av de begränsningar som i övrigt följer av EG-rätten, fritt kan reglera upphandlingsformen för anskaffningen av B-tjänster både under och över tröskelvärdena. Frågan är dock om B-tjänsterna över tröskelvärdena får undantas från direktivets och därmed LOU:s tillämpning. NOU:s mening är att så inte är fallet, eftersom kraven på efterannonsering och iakttagande av europeiska standarder gäller. NOU har vidare i det i avsnitt 5 nämnda yttrandet till Regeringsrätten uttalat att upphandling av B-tjänster omfattas av rättsmedelsdirektiv I (7 kap. LOU), trots B-tjänsternas begränsade reglering i tjänstedirektivet. Den omständigheten att B-tjänsterna enligt LOU skall upphandlas enligt lagens 6 kap. innebär inte att dessa inte omfattas av rättsmedelsdirektivet. Möjligheterna till överprövning och skadeståndstalan i samband med upphandling av B-tjänster över



tröskelvärdena talar därför emot möjligheten att kunna undanta dessa från kravet på upphandling och konkurrensutsättning.

Att undanta kommunernas upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena från LOU:s tillämpning skulle enligt NOU:s mening strida mot tjänstedirektivet. Endast tjänster under tröskelvärdena kan därför generellt undantas från upphandling enligt LOU utan krav på ändring i direktivet.

### **8.3 Undantag på grund av ensamrätt**

Av lagens ordalydelse framgår visserligen inte att upphandling av ensamrätter från en annan upphandlande enhet inte skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. De situationer som i praktiken kan uppkomma gör dock konkurrensutsättningen överflödigt eftersom tjänsterna på grund av legal ensamrätt inte kan tillhandahållas av någon annan (t.ex. Svensk Bilprovning AB). För att uppnå bättre överensstämmelse med tjänste- och försörjningsdirektiven bör 5 kap. 2 § LOU kompletteras med de under avsnitt 6 nämnda kraven på fullständig publicering och administrativa föreskrifter ”*published*” och ”*administrative provision*”. I förtydligande syfte torde det även av 6 kap. framgå att undantaget gäller för upphandling under tröskelvärdena.

Lagändringar bör ske i motsvarande utsträckning och i samband med lagändringar som görs för upphandling över tröskelvärdena.

### **8.4 Tjänstekoncessioner**

Även om det kunde konstateras att tilldelning av kontrakt om tjänstekoncession inte omfattas av tjänstedirektivet och 5 kap. LOU återstår frågan om dessa kontrakt omfattas av 6 kap. LOU.

NOU har vid ett nämndsammanträde i december 1996 (dnr 212/96-26) 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. Utförande och drift av träningshall kan vara vad kommissionen i Guide to the Community rules on public procurement of services menar med tjänstekoncession. Liknande ställningstagande har NOU även gjort i ärendena dnr 108/96-26 och 191/97-21. I det sistnämnda ärendet har NOU uttalat att det är troligt att i vart fall 6 kap. LOU gäller vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

### **8.5 Likartade regler och kretsen av upphandlande enheter**

LOU bygger på att begrepp och gemensamma definitioner bör ha samma innebörd över som under tröskelvärdena, vilket gör det komplicerat med ändringar. I proposition 1992/93:88 anges på sid. 42 "Den upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i lagen är totalt sett en mycket viktig del av upphandlingen, även om varje enskild upphandling inte uppgår till betydande belopp. Med hänsyn härtill och till att det ligger ett betydande egenvärde i förhållandet att all upphandling hanteras i en och samma författning bör lagen omfatta all upphandling oavsett värde". Departementschefen ansåg att det vore rimligt att kretsen av upphandlande enheter i framtiden var densamma såväl över som under tröskelvärdena. På sid. 44 i propositionen påpekas att det råder i huvudsak parallellitet mellan den statliga och kommunala upphandlingen. "Det är angeläget att de olika sidorna av den offentliga upphandlingen utvecklas på ett likartat sätt. Dock bör man vara lyhörd för behovet av skillnader dem emellan om detta behov kan hänföras till förhållanden som är speciella för vissa kategoriers upphandling. Emellertid ser jag det som mycket olyckligt om det skulle utvecklas en upphandlingsrutin på ett visst område som skulle radikalt avvika från vad som gäller inom upphandlingen i övrigt."

NOU anser att den praktiska nyttan för kommuner av att vissa anskaffningar får undantas från LOU:s reglering inte överväger de nackdelar som uppkommer i samband med att olikartade regler införs för skilda kretsar av upphandlande enheter, vilket ytterligare skulle komplicera regelsystemet.

## 9. Slutsatser och förslag till ändringar i LOU och direktiven

Det är NOU:s uppfattning att ökade möjligheter att *avstå* från konkurrensutsättning normalt inte innebär ökad effektivitet. Det ligger inte heller i linje med det intensiva förändringsarbete som pågår i de flesta kommuner vad gäller antagande av kommunala konkurrensprogram i syfte att bl.a. utveckla och effektivisera verksamheten.

NOU anser att lagändringar vad gäller upphandling av kontrakt som omfattas av 6 kap. LOU bör ske i motsvarande utsträckning som lagändringar görs för upphandling över tröskelvärdena. Emellertid bör eventuella lagändringar i denna del tas med i den förestående utredningen och den allmänna genomgången av LOU.

Det bör observeras att kyrkliga kommuner i dess nuvarande form torde hanteras på samma sätt som kommuner och landsting vid en eventuell förändrad reglering. Även efter den kommande organisationsändringen för

Svenska kyrkan visavi Staten kommer sannolikt kyrkoförsamlingarna till sin del vara upphandlande enheter enligt LOU.

## 9.1 Kommunala företag – en del av förvaltningen?

Ett förslag att införas i 1 kap. LOU för att uppnå utredningens intentioner är att i en särskild paragraf undanta kommuners anskaffning från helägda företag. Paragrafen skulle kunna få följande formulering.

”Bestämmelserna i denna lag skall inte tillämpas vid anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som en kommun eller ett landsting gör från ett sådant bolag (eller stiftelse) som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen, förutsatt att bolaget (eller stiftelsen) endast tillhandahåller sina varor, tjänster eller byggtreprenader till kommunen eller landstinget.”

Det är enligt NOU:s uppfattning tveksamt om även stiftelser bör omfattas av samma bestämmelse, se avsnitt 4.

## 9.2 Köp från avknoppad verksamhet

Vad beträffar kommuners köp från *avknoppad verksamhet* är dessa företag m.m. efter avknoppningen privat näringsverksamhet. Ett förslag till ändring i denna riktning av EG-direktiven om offentlig upphandling skulle sannolikt stå i strid med gemenskapsrättens grundläggande principer om likabehandling och ickediskriminering. Undantag för köp från avknoppad verksamhet skulle innebära att all upphandling som görs av kommuner från privat verksamhet som tidigare drivits i förvaltningsform i praktiken skulle vara undantagna från upphandling enligt LOU. Att i nationell lagstiftning föreslå bestämmelser som står i strid med den EG-rättsliga regleringen på området är en åtgärd som skulle strida mot medlemsstaternas lojalitetsplikt enligt artikel 5 RomF. NOU är av den uppfattningen att några ändringar i direktiven eller LOU ej är möjliga när det gäller avknoppad verksamhet. NOU föreslår därför ingen lagändring i denna del.

För att möjliggöra privatisering skulle NOU inte motsätta sig att överenskommelser mellan olika kommunala organ övergångsvis - med normal längd på avtalsperioder - kunde följa med verksamheten vid privatisering. Sverige bör därför bidra till den debatt i frågan som pågår bland medlemsländerna för att så långt som möjligt åstadkomma ett sådant övergångsvis överförande. (Se i övrigt Europaparlamentets förslag under NOU:s synpunkter, avsnitt 4.)

Frågan torde i dag endast kunna lösas genom en lagändring enligt avsnitt 9.1 och genom tillvägagångssättet vid privatiseringen av verksamheten ifråga. Med stöd av den tolkning tjänstemännen vid kommissionen gör vad gäller

privatisering förefaller det möjligt att från ett kommunalt företag ”föra över” ett redan ingånget avtal i samband med försäljningen av företaget, förutsatt att organisationsförändringen sker i två steg. Tillvägagångssättet får dock ej innebära ett kringgående av regelsystemet, se avsnitt 3 och 5.

### 9.3 Undantag på grund av ensamrätt

Av artikel 6 i tjänstedirektivet och artikel 11 i försörjningsdirektivet framgår att direktiven ifråga inte skall tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som tilldelas ett organ som i sig är en upphandlande myndighet, enligt definitionen i tjänstedirektivet, genom en *ensamrätt* som det åtnjuter i enlighet med en offentliggjord (published) lag (law), förordning (regulation) eller förvaltningsföreskrift (administrative provision) som är förenlig med Romfördraget.

Bestämmelsen i 5 kap. 2 § (och genom en hänvisning i 4 kap. 1 § till 5 kap. 2 §) anger dock endast att de i 5 kap. angivna upphandlingsförfaranden inte gäller. Om det inte är lagstiftarens intention att ensamrätter skall upphandlas enligt 6 kap. bör detta tydligt anges i lagen. I så fall bör i 5 kap. 2 § LOU anges att "bestämmelserna i *denna lag* inte gäller .....". Vidare bör anges att även ett administrativt beslut, som i sin helhet är offentliggjort i enlighet med bestämmelserna i kommunallagen kan grunda ensamrätten ifråga. Emellertid kan lagändringen anstå till den förestående genomgången av 6 kap. LOU.

### 9.4 Tjänstekoncession

Mot bakgrund av kommissionens tolkning torde kommuner och landsting kunna tilldela företag kontrakt om *tjänstekoncession* (med den innebörd som anges i det ursprungliga förslaget till tjänstedirektiv) utan att dessa kontrakt behöver föregås av upphandling enligt direktiven. Rättsläget är dock osäkert. Det är vidare tveksamt om denna möjlighet idag står öppen inom ramen för LOU, eftersom det inte är uteslutet att reglerna i 6 kap. är tillämpliga.

NOU rekommenderar, mot bakgrund av de många gränsdragningsproblem som kan uppstå, att inte införa denna nya rättsfigur i svensk rätt. NOU:s uppfattning är att Sverige i väntan på ett avgörande från EG-domstolen och EG-kommissionens klarläggande i frågan bör verka för en enhetlig reglering av tjänstekoncessioner inom hela gemenskapen och tills vidare behandla tilldelning av kontrakt som kan inrymma tjänstekoncessioner som tjänstekontrakt.

Om Regeringen inte delar NOU:s uppfattning bör i LOU införas en definition av tjänstekoncession (med den innebörd som anges det ursprungliga förslaget till tjänstedirektiv). Vidare bör tillägget göras att koncessionshavaren skall upphandla i likhet med bestämmelserna avseende byggkoncession i 3 kap. LOU.

## 9.5 Köp enligt 6 kap.

Eftersom EG-direktiven reglerar den offentliga upphandlingen över vissa i direktiven angivna tröskelvärden, står det varje medlemsstat fritt att, *inom de begränsningar som följer av gemenskapsrätten*, reglera på vilket sätt offentlig upphandling under tröskelvärdena skall ske. Det skulle därför inte strida mot direktiven att från LOU:s tillämpning undanta anskaffningar under tröskelvärdena som görs från kommunala bolag. Reglerna om beräkning av tröskelvärden medför att ett eventuellt undantags ekonomiska betydelse och praktiska användning för kommunerna skulle bli mycket begränsade.

Upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena, t.ex. utbildningstjänster, kan dock inte undantas från upphandlingsregleringen genom separata lagändringar i LOU utan att ändra i direktivet. Sverige kan i detta fall dock fritt reglera i vilken form upphandlingen skall ske. Detta rekommenderas dock inte av NOU.

Regleringen under gällande tröskelvärden torde ha mindre betydelse för de här aktuella frågeställningarna eftersom merparten av de kontrakt som avses torde betinga ett värde som överstiger gällande tröskelvärden. Lagstiftarens ursprungliga intention har dessutom varit att begrepp och reglerna för upphandling under tröskelvärdena inte skulle avvika från vad som gäller för upphandling i övrigt.

## 9.6 Olika definitioner, LOU och EG direktiven

Ett sätt att åstadkomma största möjliga frihet för kommuner och landsting att ingå kontrakt utan att tillämpa regelsystemet är att anpassa lagtexten på ett sådant sätt att definitionerna i LOU inte omfattar andra kontrakt än de som omfattas av respektive direktiv. De kompletteringar och ändringar i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU som därvid förefaller mest angelägna är definitionen av begreppen *upphandling*, *upphandlingskontrakt*, *leverantör* och *upphandlande enhet*.

Den åtgärd som åsyftas här är att ersätta begreppen upphandling och upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § LOU med enbart begreppet upphandlingskontrakt enligt de olika direktivens definition. Även begreppet leverantör bör ändras så att definitionen överensstämmer med direktivens. Sannolikt krävs att LOU skrivs om helt och följer direktivtexterna. Det ligger dock inte inom ramen för detta uppdrag att bedöma konsekvenserna av en så genomgripande förändring av LOU.

Definitionen av upphandlande enhet i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU bör således kompletteras enligt ovanstående (avsnitt 3.4) eftersom den inte uttryckligen innefattar vare sig "organ som lyder under offentlig rätt" eller "som är juridisk person". Vilka organ som omfattas av begreppet har betydelse bl.a. för möjligheten att tillämpa undantagen i artikel 6 i tjänstedirektivet och artikel 11 i försörjningsdirektivet avseende tilldelning av kontrakt till upphandlande enhet med ensamrätt (se avsnitt 6).

NOU anser att ändringarna bör anstå till den aviserad generella översynen av LOU.

## 10. Käll- och litteraturförteckning

### Offentligt tryck

Ds 1997:64	Amsterdamfördraget, EU:s regeringskonferens 1996 - 1997
SOU 1982:113	Kommunalföretaget, betänkande av Kommunalföretagskommittén
SOU 1995:105	Konkurrens i balans, åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning, slutbetänkande av Underprissättningsutredningen
Prop. 1990/91:117	om en ny kommunallag
Prop. 1992/93:88	om offentlig upphandling
Prop. 1993/94:188	Lokal demokrati

### Rättsfall i EG-domstolen

Mål 106/77	Simmenthal (1978) REG s. 629
Mål 14/83	von Colson och Kamann (1984) REG s. 1891
Mål 157/86	Murphy (1988) REG s. 673
Mål 31/87	Beentjes (1988) REG s. 4635
Mål 103/88	Fratelli Constanzo 1989 REG s. 1839
Mål 272/91	Lotomatica (1994) REG s. 1-1409
Mål 389/92	Ballast Nedam (1994) REG s. 1-1289
Mål 44/96	Mannesman (1998) (ännu ej publicerad)

### Generaladvokatens förslag till avgörande i EG-domstolen

Mål 360/96 BFI Holding BV mot Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden

### Utredningar

Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet" Norges offentliga utredningar (NOU 1995:17)

"Benchmarking" av kommuner och landsting - Kostnadsbesparingar genom ökad konkurrensutsättning, Johan Hedelin, Stockholm 1997

Effekter av lagen om offentlig upphandling, NOU (1998) dnr 86/97-21

### EU:s institutioner

Kommissionens förslag till direktiv för upphandling av tjänster COM (90)72; OJ C23, 31.1.93

Selection of a body responsible for organizing a national network, European Commission, DG XV, 1996

Grönbok, Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden, meddelande antaget av kommissionen den 27 november 1996

The European Parliament, Resolution on The Commission Green Paper on public procurement in the European Union exploring the way forward (COM(96)0583-C40009/97

Guide to the Community rules on public supply contracts, European Commission, 1997

Guide to the Community rules on public procurement of services, European Commission, 1997

Guide to the Community rules on public works contracts, European Commission, 1997.

#### Litteratur

Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, London Sweet & Maxwell 1996

Meyer, Lars och Riberdahl, Curt, Juridik för kommunala företag med huvudvikten lagd på aktiebolaget, Komrev AB 1995

Paulsson, Ingvar m.fl. Den nya kommunallagen, Kommentus förlag 1992

Priess, Hans-Joachim, Privatisation and the E.C. Public Procurement Rules (1998) 7 Public Procurement Law Review

#### Övrigt material

Upphandlingsförordning (1986:366)

Kommunalt upphandlingsreglemente, 1983

NOU:s yttrande till Turistdelegationen, dnr 108/96-26

NOU:s yttrande till Västerviks kommun, dnr 212/96-26

NOU:s yttrande till Regeringsrätten i mål nr 2006-1997, dnr 128/97-21

NOU:s yttrande till Regeringsrätten i mål nr 1399-1997, dnr 131/97-21

NOU:s yttrande till Konkurrensverket, dnr 191/97-21

## **Bilagor**

1. Regeringsuppdraget
2. A- och B-tjänster
3. Frågor som diskuterats med tjänstemän vid kommissionen och utvalda EES-länder, förfrågan till de nordiska länderna bifogas. NOU har ställt samma frågor på engelska till kommissionen och de övriga tillfrågade länderna.
4. Inofficiell översättning av generaladvokatens förslag till avgörande i Arnheim-målet.



1. Sammanfattning .....	2
2. Inledning .....	5
2.1 Uppdraget och genomförandet .....	5
3. Utgångspunkter .....	7
3.1 Kommunala företag - aktiebolag och andra privaträttsliga organisationsformer enligt kommunallagen .....	7
”Kommunala företag” .....	7
Privatisering .....	9
3.3 Regelverk, LOU och EG-direktiven .....	9
Gemenskapsrätten och EG-direktiven om offentlig upphandling .....	10
Lagen om offentlig upphandling (LOU) .....	11
3.4 Olika definitioner, LOU och EG direktiven .....	12
NOU:s synpunkter .....	14
3.5 EG-rättens förhållande till nationell rätt .....	15
3.6 EG-domstolen .....	16
3.7 EG-kommissionens uttalanden .....	17
EG-kommissionen, DG XV .....	18
4. Kommunala företag – en del av förvaltningen? .....	20
Kommunal verksamhet i privaträttslig form .....	20
Den kommunala bolagsbildningen .....	21
Vilka kontrakt omfattas av LOU och direktiven .....	22
Kommissionen och andra EES-länder .....	23
NOU:s synpunkter .....	24
5. Köp från avknoppad verksamhet .....	28
Privatisering .....	28
Privatisering genom avknoppning .....	28
NOU:s synpunkter .....	29
6. Undantag på grund av ensamrätt .....	31
NOU:s synpunkter .....	32
7. Tjänstekoncession .....	34
NOU:s synpunkter .....	37
8. Upphandling enligt 6 kap. LOU .....	38
8.1 Upphandling under tröskelvärdena .....	39
8.2 Upphandling av B-tjänster .....	39
8.3 Undantag på grund av ensamrätt .....	40
8.4 Tjänstekoncessioner .....	40
8.5 Likartade regler och kretsen av upphandlande enheter .....	41
9. Slutsatser och förslag till ändringar i LOU och direktiven .....	41
9.1 Kommunala företag – en del av förvaltningen? .....	42
9.2 Köp från avknoppad verksamhet .....	42
9.3 Undantag på grund av ensamrätt .....	43
9.4 Tjänstekoncession .....	43
9.5 Köp enligt 6 kap. ....	44
9.6 Olika definitioner, LOU och EG direktiven .....	44
10. Käll- och litteraturförteckning .....	46
Bilagor .....	47

## A- och B-tjänster

Listan med A- och B-tjänster är hämtad från bilaga till LOU och kompletterad med de CPC-referenser som finns i tjänstedirektivet. I annonserna anges de CPV-nummer som motsvarar nedanstående CPC, se Sammanställning av tjänstekategorier med ref. till CPV och CPC.

Kategori	A-tjänster	CPC referens nr
1.	Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning	6112, 6122, 633, 886
2.	Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran	712 (utom 71235), 7512, 87304
3.	Luftransport utom postbefordran	73 (utom 7321)
4.	Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18	71235, 7321
5.	Telekommunikation *	752
6.	Finansiella tjänster a Försäkringstjänster b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar **	ex 81 812, 814
7.	Datatjänster och därmed anknutna tjänster	84
8.	Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten	85
9.	Redovisning, revision och bokföring	862
10.	Marknadsundersökningar inkl opinionsmätningar	864
11.	Konsulttjänster för administration och organisation av företag	865, 866
12.	Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur och anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster	867
13.	Tjänster avseende annonsering (reklam)	871
14.	Fastighetsförvaltning, inkl städning och löpande underhåll	874 82201 till 82206
15.	Förlags- och tryckeritjänster som utförs mot ersättning	88442
16.	Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet	94
<b>B-tjänster</b>		
17.	Hotell- och restaurangtjänster	64
18.	Rälsbunden transport	711
19.	Sjötransport och annan vattenburen transport	72
20.	Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar	74
21.	Juridiska tjänster***	861
22.	Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster	872
23.	Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter	873 (utom 87304)
24.	Utbildning, inkl yrkesutbildning	92
25.	Hälso- och sjukvård samt socialtjänst	93
26.	Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet	96
27.	Andra tjänster	

\* utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster

\*\* 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

\*\*\* utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag

Marie-Louise Falck  
Telefon +46 8 405 42 46  
Telefax +46 8 723 11 93

Datum  
1997-09-08  
Ert datum

Vår beteckning  
Dnr 165/97  
Er beteckning

Se sändlista Danmark, Finland, Norge.

### **Kommuners och landstings möjligheter enligt nationell rätt och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.**

Den svenska regeringen har givit Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i uppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter, enligt gemenskapsrätten och nationell rätt, att genomföra köp från sina egna företag m.m. Uppdraget innefattar bl.a. en redogörelse för hur man i andra medlemsstater inom EU och EES nationellt reglerat dessa frågor i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt.

Med anledning av uppdraget önskar NOU få kontakt med någon eller några tjänstemän som skulle kunna diskutera de aktuella frågeställningarna som rör offentlig upphandling.

**De frågor NOU önskar diskutera** är Norges/Finlands/Danmarks kommuners och landstings möjligheter enligt nationell rätt att genomföra köp från sina egna företag m.m. och från företag som bildats genom att anställda fått möjlighet att bilda egna bolag, ekonomiska föreningar m.m. i syfte att överta uppgifter som tidigare utförts i kommunens eller landstingets regi. På vilket sätt man nationellt reglerat dessa frågor; i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt.

Som bakgrundsinformation lämnas i *bilaga 1* en beskrivning av de legala förutsättningarna för företagsbildning m.m. enligt svensk lag. Vad som i detta sammanhang avses med bolagisering och privatisering samt vilka organ som avses med kommuners och landstings "egna företag m.m."

Några exempel på de "köp från egna företag m.m." som är aktuella bifogas, *bilaga 2*.

Jag ser fram emot att höra av Er så snart som möjligt.

Datum  
1997-09-08

Vår beteckning  
Dnr 165/97

Som handläggare av ärendet tjänstgör jag för närvarande vid  
Inrikesdepartementet, Fredsgatan 8, S-103 33 STOCKHOLM, SWEDEN,  
telefon +46 8 405 42 46, telefax +46 8 723 11 93.  
Internet: falck.marie-louise@interior.ministry.se

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Med vänlig hälsning

Marie-Louise Falck  
Jur. kand.

### **Legala förutsättningar för företagsbildning m.m. - bolagisering**

Enligt svensk lag (kommunallagen 1991:900) har kommuner och landsting möjlighet att föra över vissa delar av sin verksamhet till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ, dvs till en annan juridisk person. Ett aktiebolag kan vara antingen helägt eller delägt av kommunen eller landstinget, en stiftelse kan bildas antingen av kommunen eller landstinget ensam eller tillsammans med någon annan. Ett handelsbolag, en ekonomisk förening och en ideell förening kan inte vara helägda utan bildas av kommunen eller landstinget tillsammans med någon annan. Med ”annan” avses en annan kommun, ett landsting, staten eller en enskild intressent.

### **Privatisering**

Förutom kommuners och landstings möjligheter att föra över vissa delar av sin verksamhet till en annan juridisk person genom t.ex. bolagisering kan en kommun eller ett landsting även avveckla ansvaret för såväl drift som finansiering av en viss verksamhet genom privatisering. Privatisering i sin egentliga betydelse är juridiskt möjlig endast ifråga om verksamheter inom den fakultativa (frivilliga) sektorn (kultur och fritid, energi, bostadsförsörjning m.m.).

Privatisering av verksamhet sker även genom att kommuner och landsting låter anställda få möjlighet att bilda egna bolag, ekonomiska föreningar m.m. i syfte att överta uppgifter som tidigare utförts i kommunens eller landstingets regi. Här avses de situationer när en eller flera före detta anställda startat ett företag genom vilket de driver samma slags verksamhet som de tidigare utfört som anställda i kommunen eller landstinget. Skillnaden är att de nu driver verksamheten som självständiga företagare.

### **Egna företag m.m.**

Med kommuners och landstings möjligheter att genomföra köp från sina ”egna företag m.m.” avses i detta sammanhang samma organ som omfattas av begreppen ”organ som lyder under offentlig rätt” och ”offentliga företag” i EG:s direktiv för offentlig upphandling (The Public Supplies Directive 93/36/EEC, The Public Works Directive 93/37/EEC, The Public Services Directive 92/50/EEC, The Utilities Directive 93/38/EEC).

### Exempel på "köp från egna företag m.m."

1) Om en kommun eller ett landsting fört över viss verksamhet (t.ex. förvaltningen av kommunens fastigheter) till en annan juridisk person (ett aktiebolag), en enhet som skall tillämpa direktiven vid sin egen upphandling, måste då kommunen följa direktiven då den köper varor eller tjänster (t.ex. fastighetsförvaltning) från denna enhet (bolaget)?

Har organisationsformen någon betydelse, dvs om verksamheten överlåtits till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening eller en stiftelse?

Har det någon betydelse om:

- aktiebolaget eller stiftelsen är helägt eller delägt av kommunen/landstinget?

- enheten säljer sina varor eller tjänster enbart till kommunen/landstinget?

- det man köper tillhör kommunens/landstingets obligatoriska eller fakultativa verksamhet?

2) Om en kommun eller ett landsting genom privatisering fört över viss verksamhet till en annan juridisk person (ett aktiebolag) som bildats av personer som tidigare varit anställda i kommunen/landstinget, och som nu driver samma slags verksamhet som de tidigare utfört som anställda, måste kommunen då följa direktiven då den köper varor eller tjänster från denna enhet (bolaget)?

Har organisationsformen någon betydelse, dvs om verksamheten överlåtits till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening eller en stiftelse?

Har det någon betydelse om:

- enheten säljer sina varor eller tjänster enbart till kommunen/landstinget?

- det man köper tillhör kommunens/landstingets obligatoriska eller fakultativa verksamhet?

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

GENERALADVOKATEN ANTONIO LA PERGOLAS SLUTSATSER  
Redovisade den 19 februari 1998

**Mål nr C-360/96**

**BFI Holding BV ./ Arnhems och Rhedens kommuner**

(begäran om förhandsbesked från rättsinstansen Gerechtshof Arnhem)

”Offentlig upphandling av tjänster – Begreppet upphandling – Tilldömande administration”

Originalspråk: italienska.

**OBSERVERA**

**Detta är en inofficiell översättning till svenska, vilket innebär att vissa felaktigheter kan förekomma.**

**I – Inledning**

1. Ansökningarna om förhandsbesked som ställts till de Europeiska gemenskapernas domstol i föreliggande mål är avsedda att få till stånd ett klarläggande av begreppet ”offentligrättsligt organ” i den mening som avses i ministerrådets direktiv av den 18 juni 1992, 92/50/EEG, där det sker en samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt på offentlig upphandling av tjänster<sup>1</sup> (fortsättningsvis kallat ”direktivet”), och i synnerhet att renodla den exakta innebörden av uttrycket ”organ (...) som särskilt instiftats för att tillgodose behov av allmänt intresse” och som inte har industriell eller kommersiell karaktär”.

**II – Fakta i målet**

2. De två kommuner som är målsägande i föreliggande tvist (fortsättningsvis kallade ”kommunerna”) gav i juli 1994 i uppdrag åt ett nyetablerat organ, ARA Holding BV (fortsättningsvis kallat ”ARA”), som stiftats av kommunerna för att detsamma skulle ombesörja insamling och behandling av kommunalt avfall. Dessa arbetsuppgifter sköttes tidigare av särskilda enheter inom samma kommuner. De två kommunerna beslöt att lägga ut ifrågavarande verksamheter och anförtro dem åt ARA, då arbetets omfattning och kostnaderna för dess utförande talade för att administrationen av dessa verksamheter slogs ihop och anförtroddes ett externt organ, som inrättats för detta ändamål, även på grundval driftsekonomiska kriterier.<sup>2</sup>

3. Särskilt punkten 10 i det av Arnhems kommunfullmäktige den 25 maj 1994 framlagda förslaget

<sup>1</sup> EGT L 209, s.1.

<sup>2</sup> Beslutet att sammanslå de egna enheterna för kommunal renhållning och låta ett för ändamålet särskilt skapat organ sköta arbetet hade f.ö. sitt ursprung i en utredning som kommunerna hade beställt från en konsult. Denne hade utarbetat förslag som senare anammades av kommunerna.

förtjänar citeras: ”De kommuner som är delägare i NV ARA tilldelar det sistnämnda de erforderliga koncessioner som på något sätt av vad slag det vara må sammanhänger med kommunens lagstadgade skyldigheter med avseende på bortförsl av avfall och kommunal renhållning. Till dessa arbetsuppgifter hör insamling av allt hushållsavfall samt renhållning av allmänna vägar och marknadsplatser, utspridning av isbekämpningsmedel, borttagning av växtlighet från stenlagda ytor, rengöring av gatubrunnar och bekämpning av skadedjur. Vid tilldelningen av dessa koncessioner behöver Arnhems kommun inte följa EU-bestämmelserna om offentlig upphandling med avseende på ovannämnda verksamheter. Direktivet om offentlig upphandling av tjänster äger icke tillämpning. Mellan Arnhems kommun och ARA NV skall ett ”ramavtal” ingås, i kraft av vilket båda parterna skall ’största möjliga utsträckning’ inbördes garantera en förlängning av koncessionen”.

4. Den behöriga domaren uppger att Arnhems kommunstyrelse den 6 juni 1994 beslöt att bilda ARA Holding NV och att i det allmännas intresse tilldela det sistnämnda ”koncessioner och tillhörande åligganden, med undantag för lagstadgade behörigheter, avseende bortförsl av avfall och kommunal renhållning (...) att fastställas i det avtal som skall ingås mellan kommunen och ARA NV”. Rhedens kommun antog den 28 juni 1994 ett beslut med analogt innehåll, som dock inte inbegrep den kommunala renhållningen.

5. Den 4 juli 1994 ändrade Arnhems kommun § 2 i sin egen kommunala avfallshanteringsstadga enligt följande:

”Ansvaret för den insamling och hantering av avfall som avses i gällande lag och föreliggande stadga har nämnden för miljövård och offentliga arbeten ansvarat. Från och med den 1 juli 1994 åvilar denna uppgift ARA NV i dess egenskap av kommunal enhet som organiserats för kommunal renhållning.”

6. Under tiden bildades den 1 juli 1994 ARA NV, vars bolagsordning i § 2 föreskriver att föremålet för bolagets verksamhet består i att bedriva och utföra följande verksamheter:

- ”a) bedriva alla verksamheter på det ekonomiska området som avser insamling (och, om möjligt, återvinning) av avfall enligt kriterier grundade på effektivitet, rationalitet och miljöhänsyn, såväl hushålls- som industriavfall, samt att ombesörja renhållning av gator och rörledningar och parasit- och skadedjursbekämpning,
- b) [medverka vid] bildande, samarbete, deltagande och ledning av direktion och styrelse samt att svara för finansieringen av andra företag vilkas verksamhet i något avseende har samband med de i föregående stycke a) beskrivna verksamheterna,
- c) bedriva alla verksamheter på det ekonomiska området som har samband med ovannämnda verksamheter och som kan gynna utvecklingen av dem (förutsatt att dessa verksamheter syftar till att tillgodose behov av allmänt intresse).”

7. Den 21 oktober 1994 träffade Arnhems kommun ett ramavtal om de tjänster som skall utföras. Sedermera träffade Rhedens kommun ett avtal med ARA av liknande innehåll.

I § 8 av dessa avtal, som gäller betalningen för tjänsterna, föreskrivs följande:

”För de tjänster som ARA utför för Rhedens/ Arnhems räkning skall Rheden/Arnhem till ARA betala ersättning, som skall specificeras.

Ersättningen av de i föregående stycke nämnda tjänsterna fastställs i ett finansiellt avsnitt till specifikationerna och de kvalitetsbestämmelser som förekommer i de preliminära avtalen.

De faktiska ersättningarna för de levererade tjänsterna skall fastställas



- a) antingen på grundval av styckepriser som i förväg överenskommits per arbetsinsats, resultat eller prestationsenhet,
- b) eller på grundval av ett fast pris som i förväg överenskommits för ett visst uppdrag,
- c) eller på grundval av faktureringen av faktiska och styrkta kostnader.

En gång om året och under beaktande av de kommunala räkenskapsperioderna skall ARA preliminärt framlägga:

- i det fall som förutsetts i artikel 8.3 a): en kostnadsoffert per arbetsinsats, resultat eller prestationsenhet i enlighet med de för varje verksamhet föreskrivna specifikationerna och standarderna,
- i det fall som förutsetts i artikel 8.3 b): en prisoffert för det särskilda uppdraget i det enskilda fallet,
- i det fall som förutsetts i artikel 8.3 c): en kostnadsberäkning.

Storleken av den ersättning som skall utbetalas med stöd av de finansiella stipulationer som avses i andra stycket skall senare fastställas årligen i samråd med behöriga redovisningsmyndigheter. Kan enighet ej nås, skall en oberoende expert utfärda ett utlåtande som skall vara bindande med avseende på ersättningens faktiska storlek; sagda expert skall utses av den branschorganisation som är mest lämpad för ifrågavarande verksamhet”.

7. Slutgiltig arvodering av de av ARA utförda tjänsterna sker, enligt de förtydliganden som kommunerna lämnat under målets handläggning, enligt följande regler:

- ”1. ARA skall informera de kommunala myndigheterna i allmänna ordalag om utvecklingen på avfallshanteringsområdet och de förutsebara konsekvenserna med avseende på kostnader och intäkter.
2. De kommunala myndigheterna upprättar en budget.
3. Kommunerna skall till ARA utbetala kvartalsförskott på grundval av dessa budgetar.
4. ARA skall för kommunerna framlägga månatliga kostnads- och intäktsredovisningar.
5. Efter varje räkenskapsårs slut skall en skattedeklaration upprättas, där redovisning skall ske av gjorda förskottsbetalningar samt rörelsens kostnader och intäkter.”

7. Den verksamhetsplan som av kommunerna fastställts för ARA föreskriver dessutom, enligt kommunernas promemoria, att ersättningen till ARA skall ”täcka kostnaderna för verksamheten och ligga i nivå med tariffer som är godtagbara för medborgarna och företagen”.

10. BFI Holding BV (fortsättningsvis kallat ”BFI”) är ett privat företag som är verksamt inom sektorn för insamling och behandling av kommunalt och industriellt avfall. BFI har väckt käromålstalan i första instans vid Rechtsbank i Arnheim, varvid käranden överklagar beslutet att på kommunernas vägnar tilldela ARA uppdraget att handha insamling och behandling av avfall. BFI har inför denna rättsinstans hävdad att direktivet om upphandling av tjänster är tillämpligt på relationerna mellan ARA och kommunerna och att samma kommuner sålunda inte har följt det i direktivet föreskrivna upphandlingsförfarandet.

Kommunerna har i första instans bestridit BFIs käromål genom att hävda att den relation som förbinder BFI med ARA avser en koncession och att direktivet om upphandling av tjänster därför inte äger tillämpning. Dessutom har de sedermera åberopat argumentet att den i artikel 6 i direktivet om upphandling av tjänster angivna undantagsregeln äger tillämpning på det aktuella fallet.

11. Första rättsinstansen – Rechtsbank – har i sitt avgörande den 18 juni 1995 ogillat kommunernas svaromålstalan, enligt vilken det i tvistemålet skulle röra sig om koncessioner som ligger utanför direktivets tillämpningsområde. Domaren i första instansen har följaktligen klassificerat ifrågavarande relation som en upphandling av tjänster. Dessutom har samma domare förklarat att undantagsregeln i direktivets artikel 6 inte äger tillämpning på det aktuella fallet.

Kommunerna har överklagat underrättens beslut i högre instans – Gerechthof i Arnheim – genom att anföra att den i artikel 6 i direktivet om upphandling av tjänster angivna undantagsregeln äger tillämpning på ifrågavarande fall.

Domaren i den högre rättsinstansen har, för att kunna slita tvisten, funnit det nödvändigt att klarlägga huruvida ARA utgör ett sådant offentligt organ som avses i direktivet om upphandling av tjänster eller ej och om man följaktligen kan anse kommunernas ståndpunkt underbyggd, nämligen att artikel 6 i direktivet om upphandling av tjänster ger kommunerna dispens från skyldigheten att följa de i samma direktiv föreskrivna procedurreglerna för upphandling av tjänster, enär utförandet av de tvistiga tjänsterna har anförtrotts ARA i dess egenskap av "offentligt organ" i direktivets mening.

12. För att bättre kunna bedöma om ARA uppfyller de i direktivet stipulerade villkoren för att av domstolen kunna tillerkännas klassificering som offentligt organ och således kunna avgöra tvisten, har den högre rättsinstansen – Gerechtshof i Arnhem – tillställt de Europeiska gemenskapernas domstol följande frågor med anhållan om förhandsbesked:

"1) ... om, inom ramen för tolkningen av artikel 6.1 b första strecksatsen i ministerrådets direktiv av den 18 juni 1992, 92/50/EEG, där det sker en samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt på offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, sida 1, fortsättningsvis kallat "direktivet"), passusen 'med offentligt organ' avses vilket organ som helst (...) som särskilt instiftats för att tillgodose behov av allmänt intresse, utan att ha industriell eller kommersiell karaktär' skall uppfattas på sådant sätt att

i) det är påkallat att skilja mellan å ena sidan behov av allmänt intresse och å andra sidan behov av industriell eller kommersiell natur,

eller

ii) det är påkallat att skilja mellan å ena sidan behov av allmänt intresse, som inte är av industriell eller kommersiell natur, och å andra sidan behov av allmänt intresse, som däremot har industriell eller kommersiell karaktär.

2) I det fall svaret på den första frågan är att den distinktion som skall göras är den i punkten i) angivna, ställs följdfrågan

a) huruvida begreppet 'behov av allmänt intresse' därför skall uppfattas på sådant sätt man inte kan tala om tillgodoseende av behov av allmänt intresse så snart som privata företag anlitas för att tillgodose behov av sådant slag,

och

b) därest svaret är jakande på frågan vid punkt b), huruvida begreppet 'behov av industriell eller kommersiell karaktär' därför skall uppfattas på sådant sätt man kan tala om tillgodoseende av behov av industriell eller kommersiell karaktär i alla de fall där privata företag anlitas för att tillgodose sådana behov.

2) I det fall svaret på den första frågan är att den distinktion som skall göras är den i punkten ii) angivna, ställs följdfrågan om begreppen 'behov av allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär' respektive 'behov av allmänt intresse som däremot har sådan karaktär' därför skall uppfattas på sådant sätt skillnaden mellan ovannämnda begrepp kan fastställas genom att man besvarar frågan om privata (konkurrerande) företag ej redan tillgodoser behov av sådant slag.

3) Vidare ställs frågan om kravet att ifrågavarande organ skall ha instiftats för att 'särskilt tillgodose behov av allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär' skall tolkas på sådant sätt att det omfattas av uttrycket 'särskilt' endast i det fall då ifrågavarande organ arbetar enbart för att tillgodose sådana behov.

4) I det fall svaret är nekande på frågan vid punkt 4) här ovan, ställs frågan huruvida ett organ måste arbeta nära nog uteslutande eller i avsevärd eller övervägande omfattning eller eljest på annat sätt för

tillgodoseendet av behov av allmänt intresse, som inte har industriell eller kommersiell karaktär, för att det skall kunna (fortsätta) att uppfylla villkoret att särskilt ha instiftats för att tillgodose sådana behov.

- 5) Vidare ställs frågan huruvida svaret på frågorna 1) till och med 5) är beroende av det faktum att behoven av allmänt intresse, som inte har industriell eller kommersiell karaktär och som ifrågavarande organ antar sig bära tillgodose, grundas på en lagtext i formell mening, på andra författningar eller på administrativ praxis eller annat underlag.
- 6) Vidare ställs frågan huruvida den omständigheten att de kommersiella verksamheterna bedrivs av en separat juridisk person, vilken utgör en del av en grupp inom vars krets verksamheter också har bedrivits för tillgodoseende av behov av allmänt intresse, har relevans för svaret på frågan vid 4).”

### III – Relevanta gemenskapsrättsliga lagrum

13. Det tolfte stycket i direktivets preambel föreskriver:

”Tillhandahållandet av tjänster regleras av föreliggande direktiv endast om verksamheten grundas på entreprenadavtal. Tillhandahållande av tjänster på annan grundval, såsom lagar eller andra författningar eller ock anställningsavtal, ligger utanför föreliggande direktivs tillämpningsområde.”

14. Direktivets artikel 1 föreskriver:

a) ”[med] ’offentlig upphandling av tjänster’ [avses] onerösa entreprenadavtal i skriftlig form mellan en tillhandahållare av tjänster och en tilldömmande administration (...)”

(...)

b) ”[med] ’tilldömmande administration’ [avses] staten, lokala förvaltningsorgan, offentlighetsliga organ (...)”

”Med ’offentlighetsligt organ’ avses vilket organ som helst

- som har särskilt instiftats för att tillgodose behov allmänt intresse av icke-kommersiell eller icke-industriell karaktär,
- som är juridisk person,
- vilkas verksamhet till största delen finansieras av staten, av lokala förvaltningsorgan eller av offentlighetsliga organ, eller vilkas förvaltning är underkastad de sistnämndas kontroll, eller vilkas styrelse, direktion eller förvaltningsråd till mer än hälften består av ledamöter som utsetts av staten, av lokala förvaltningsorgan eller av offentlighetsliga organ.

Förteckningar över offentlighetsliga organ eller organkategorier, som uppfyller kriterierna i andra stycket av föreliggande moment, finns i bilaga I till direktiv 71/305/EEG. Sådana förteckningar är i möjligaste mån kompletta och kan revideras enligt det förfarande som föreskrivs i artikel 30b av sagda direktiv 71/305/EEG”.

13. Artikel 6 i sagda direktiv föreskriver att:

”Föreliggande direktiv äger icke tillämpning på offentlig upphandling av tjänster som tilldömts en institution som själv är en sådan administration som avses i artikel 1b med stöd av en ensamrätt som densamma åtnjuter i kraft av lagar eller andra offentliggjorda författningar, förutsatt att dessa lagrum är förenliga med Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen”.

14. Artikel 8 i direktivet föreskriver att:

”Upphandling som har till föremål sådana tjänster som förtecknats i bilaga I A tilldöms i enlighet med föreskrifterna i avsnitten III t.o.m. VI”.

15. Artikel 9 i direktivet föreskriver att:

”Upphandling som har till föremål sådana tjänster som förtecknats i bilaga I B tilldöms i enlighet med artiklarna 14 och 16”.

16. Artikel 10 i direktivet föreskriver att::

”Upphandling som samtidigt har till föremål sådana tjänster som föreskrivits i bilaga I A och tjänster som förekommer i bilaga I B tilldöms i enlighet med föreskrifterna i avsnitten III – VI, om värdet av de i bilaga I A förtecknade tjänsterna är högre än värdet av de i bilaga I B förtecknade tjänsterna. I motsatt fall tilldöms upphandlingen i enlighet med artiklarna 14 och 16”.

17. Bilaga I A, tjänster enligt bestämmelserna i artikel 8, föreskriver i mom. 16:

”Beteckning: Eliminering av rötslam, avfall och skadedjur och likartade tjänster. CPC-referensnummer: 94.”

18. Bilaga I B, tjänster enligt bestämmelserna i artikel 9, föreskriver i mom. 27:

”Beteckning: andra tjänster. CPC-referensnummer: --.”

## IV – Analys av tvisten

### A – Direktivets tillämpning med avseende på sakfrågan

#### a) Begreppet tjänst

13. Det element som först skall undersökas i samband med föreliggande tvist är det som gäller begreppet ”tjänst” i direktivets mening. Det är nämligen påkallat att kontrollera om de tjänster som utgör föremålet för den tvistiga relationen kan föras till dem för vilka direktivet föreskriver tillämpning av förfarandena vid öppning för konkurrens.

Därvidlag finns det till en början skäl att erinra om att artikel 8 i direktivet föreskriver att samtliga direktivets procedurregler skall efterkommas med avseende på de i bilaga I A omförmälda tjänsterna, medan artikel 9 i stort sett inskränker sig till att föreskriva att beträffande de i bilaga I B förtecknade tjänsterna skall dessa tilldömas under iakttagande av principen om icke-diskriminering och av de i samma direktiv föreskrivna kriterierna med avseende på tekniska specifikationer.<sup>3</sup> Slutligen innehåller direktivet regler för annonsering av anbudsinfordringar och andra formaliteter som skall fullgöras vid tilldömande av kontrakt på offentlig upphandling av tjänster enbart med avseende på de tjänster som avses i bilaga I A.<sup>4</sup>

Bilaga I A nämner för sin del bland de kategorier av tjänster som där behandlas i mom. 16 de verksamheter som består av ”eliminering av rötslam, avfall och skadedjur samt likartade tjänster”. Beträffande dessa tjänsters konkreta innehåll hänvisar bilaga I A till referensnumret i CPC (dvs. Förenta nationernas gemensamma produktklassificering), som angetts i marginalen till förteckningen över ifrågavarande

<sup>3</sup> Någon skyldighet att i efterhand offentliggöra resultatet av anbudsproceduren, som avses i de kombinerade föreskrifterna i artiklarna 9 och 16, finns f.ö. inte i fråga om de i bilaga I B nämnda tjänsterna, då det vid sådana tillfällen rör sig om en helt frivillig uppgift. Jfr Flamme e Flamme, *Offentlig upphandling av tjänster och samordningen av därtill hörande tilldömningsförfaranden*, Tidskrift för Gemensamma marknaden och Europeiska unionen, 1993, s.150; Greco, *Offentlig upphandling av tjänster*, Italiensk tidskrift för offentlig gemenskapsrätt, 1995, s. 1285; La Marca, *Offentlig upphandling av tjänster och bankverksamhet*, Tidskrift för europeisk rättsvetenskap, 1996, s. 13; Mensi *Öppnandet för konkurrens av de offentliga marknaderna för tjänster*, Tidskrift för den europeiska Inre marknaden, 1993, s. 59.

<sup>4</sup> På den punkten är doktrinen enstämmig. Jfr Flamme e Flamme, *anfört arbete*, La Marca, *anfört arbete*.

tjänster. Det skäl som har föranlett den gemenskapsrättsliga lagstiftaren att välja en sådan metod för identifiering av de tjänster som är föremål för direktivets regler är noggrant redovisat i elfte stycket av preambeln till samma direktiv. Den för direktivtextens utformning ansvariga enheten har öppet förklarat, ”att för tillämpningen av procedurreglerna och i övervakningssyfte är den bästa metoden för kategoriindelning av tjänsterna att dela upp sådana tjänster i underavdelningar som motsvarar en gemensam nomenklatur och att bilagorna I A och I B till föreliggande direktiv hänför sig till Förenta nationernas gemensamma produktomenklatur (CPC-nomenklaturen).”

14. Doktrinen har redan haft tillfälle att betona de olika begränsningar och problem som en dylik hänvisning till en normativ källa utanför gemenskapsrätten innebär ur rättslig synvinkel.<sup>5</sup> Från min sida skulle jag i detta sammanhang vilja påpeka att CPC ej finns att tillgå på alla EU-språken, något som förvisso inte bidrar till att göra medlemsstaternas medborgare språkligt jämställda och som innebär en uppenbar svårighet för de nationella administrationer och organ som har att tillämpa ifrågakvarande direktiv och som använder ett annat språk än det på vilket CPC-nomenklaturen är avfattad.

15. Enligt doktrинens uppfattning<sup>6</sup> utgör den i bilaga I A införda listan över tjänster en uttömmande och oantastlig katalog över de tjänster som helt regleras av direktivet. Bilaga I B innehåller visserligen en katalog över tjänster, som även den har upprättats med samma teknik för hänvisning till CPC-nomenklaturens kategorier, men denna katalog avslutas med det svävande och allmänna uttrycket ”andra tjänster”. Denna omständighet betyder alltså dels att hänvisningen till CPC-indelningen måste tolkas bokstavligen, dels att de i bilaga I A förtecknade kategorierna inte kan vara föremål för en extensiv tolkning.

Därför är det påkallat att i första hand kontrollera om ifrågakvarande tjänst kan föras till dem som förtecknats i bilaga I A.<sup>7</sup> Om så icke är fallet, måste tjänsten nödvändigtvis föras till dem som regleras av direktivet i enlighet med de regler som fastställts för de tjänster som avses i bilaga IB.

16. Den i punkt 16 i bilaga I A använda formuleringen, som gäller de tjänster som utgör föreliggande tvists föremål, gör det därvidlag nödvändigt att närmare granska ytterligare en aspekt: De avfallsinsamlingstjänster som utgör en icke obetydlig del av de arbetsuppgifter som kommunerna anförtrott ARA förefaller inte vid en första anblick höra till dem som enligt det i katalogens punkt 16 använda uttrycket i stället avser elimineringen av avfall. Vid nr 94 i CPC-nomenklaturen, som återopas i marginalen till ovannämnda kategori, anges emellertid i den text som kommissionen tillställt domstolen under underrubriken ”94020 Refuse disposal services” följande tjänster: ”Collection service of garbage, trash, rubbish and waste, whether from households or from industrial and commercial establishments, transport services and disposal services by incinerators or by any other means. Waste reduction services are also included.”

Av det föregående förefaller det således uppenbart att insamling och behandling av avfall skall föras till de tjänster som angetts i bilaga I A till direktivet och som därför till fullo faller under direktivets föreskrifters tillämpningsområde.

#### b) Begreppet ”offentlig upphandling”

25. En annan aspekt som skall undersökas med avseende på direktivets tillämpning på sakfrågan är den som rör vilken typ av förhållande som råder mellan kommunerna och ARA.

I direktivets preambels 12:e stycke<sup>8</sup> preciseras att direktivet endast reglerar upphandlingsavtal. Andra former av tillhandahållande av tjänster, som bygger på rättsliga relationer av annan typ, ligger i själva

<sup>5</sup> Jfr La Marca, *anförnt arbete*, särskilt sida 42.

<sup>6</sup> Se La Marca, *anförnt arbete*, s. 28; Flamme e Flamme, *anförnt arbete*, s. 152.

<sup>7</sup> Eller också huruvida tjänsten alls är utesluten från direktivets tillämpningsområde enligt föreskrifterna i samma direktivs artikel 1.

<sup>8</sup> Se *ovan*, 13:e stycket i slutsatserna.

verket ”utanför föreliggande direktivs tillämpningsområde”. Dessutom vet vi av föreskrifterna i artikel 1 a) att i direktivet avses med upphandling av tjänster ”onerösa avtal i skriftlig form som ingåtts mellan en leverantör av tjänster och en tilldömmande förvaltning”.

26. I detta sammanhang erinras även om att uteslutningen av det som nämnts i ovannämnda preambelavsnitt motiveras av själva tjänsteupphandlingsdirektivets tillkomsthistoria. I den av kommissionen ursprungligen föreslagna direktivtexten<sup>9</sup> var syftet med direktivet att reglera såväl upphandling av som koncessioner på tjänster. Under förarbetets gång har rådet sedermera tagit bort koncessionerna från direktivets tillämpningsområde<sup>10</sup>, vilket i den lagakraftvunna versionen sålunda enbart gäller *upphandling* av tjänster.

EG-rättens distinktion mellan upphandling av och koncessioner på tjänster är grundad på ett knippe kriterier, enligt allmänt omfattad mening<sup>11</sup> och i avsaknad av en särskild EG-rättslig definition som har normativt<sup>12</sup> värde. Det första indiciet är den utförda tjänstens adressat eller mottagare. Vid upphandling anses mottagaren av den utförda tjänsten vara identisk med den upphandlande institutionen, medan mottagaren vid fall av koncession är en tredje part som står utanför det kontraktuella förhållandet, i regel samfundet, som mottager och betalar en ersättning för den mottagna tjänsten. I EG-rätten krävs även att ifrågavarande tjänst är av allmänt intresse på sådant sätt att distributionen av tjänsten traditionellt skulle falla på en offentlig myndighet. Den omständigheten att det är en tredje part som utför tjänsten åvägbringar således en subjektiv substitution, dvs. koncessionsinnehavaren övertar koncessionsgivarens skyldighet att säkerställa leveransen av den aktuella tjänsten till samfundet. Ett annat karaktäristikum som utmärker koncessionen är det som gäller vederlaget, som helt eller delvis intjänas genom själva tillhandahållandet av den tjänst som koncessionsinnehavaren utför till förmån för mottagarna. Ytterligare en iögonfallande aspekt av koncession på tjänster i EG-rättsliga sammanhang har att göra med det alldeles i början påpekade särdraget och det är att koncessionsinnehavaren själv står den ekonomiska risk som härrör ur tillhandahållandet och administrationen av de tjänster som utgör koncessionens föremål.

Dessa kriterier, som delvis har hämtats från koncessionen på byggnation och fastighetsförvaltning, som är utmärkande för direktivet om offentlig upphandling av arbeten<sup>13</sup>, har för övrigt använts i Europeiska gemenskapernas domstol i domen av den 26 april 1994, mål nr C-272, firma Lotomatica<sup>14</sup>.

27. De påfallande luckorna i definitionen av upphandling, som nyss nämnts med avseende på avtalets syfte och tjänstens föremål<sup>15</sup>, gör det alltså möjligt att enbart på deduktiv väg urskilja föremålet för upphandlingsavtalet såsom utgörande den verksamhet som består i att leverera en tjänst mot betalning av en ersättning. Omvänt gäller att det element i rättsförhållandet som lagstiftaren tydligt framhåller i den i direktivet gjorda definitionen är motprestationens natur. Denna skall sålunda, med gemenskapslagstiftarens språkbruk (”onerös”) i varje enskilt fall utgöras av en pekuniär ersättning, *pretium*.

28. Vi skall nu undersöka om dessa rekvisit föreligger i det aktuella fallet. Den relation som förbinder kommunerna med ARA karaktäriseras av att det föreligger en skyldighet för den sistnämnda parten att leverera en viss tjänst. Den första punkt som skall fastställas är om det finns några som drar nytta av ARA:s tillhandahållande av tjänster. Den behörige domaren nämner beträffande övervägandena att kommunerna har beslutat att till ARA överföra ifrågavarande verksamhet som tidigare handhades av dem själva och de avtal som till följd därav slutits mellan samma kommuner och ARA. Av dessa förhållanden följer att de

<sup>9</sup> EGT C 23 23 januari 1991, sid a 1.

<sup>10</sup> Jfr motiveringen i rådets gemensamma ståndpunkt med avseende på direktivet i Dok. 4444/92 ADD1 av den 25.2.1992.

<sup>11</sup> Se därvidlag Flamme e Flamme, *anförjt arbete*, Greco, *anförjt arbete*.

<sup>12</sup> Koncession på tjänster definierades i kommissionens förslag till direktiv just som ”ett avtal, som skiljer sig från sådan koncession på offentliga arbeten som avses i artikel 1 d) av direktiv 71/305/EEG, slutet mellan en förvaltning och en annan utvald institution, i kraft av vilken förvaltningen från denna institution beställer en tjänst till den av förvaltningen omfattade allmänheten och den utvalda institutionen samtycker till att bedriva sådan verksamhet mot att få utnyttja tjänsten, alternativt en sådan rätt jämte pekuniärt vederlag”.

<sup>13</sup> Rådets direktiv av den 18 juli 1989, 89/440/EEG (EGT L 210 den 21 juli 1989, sida 1).

<sup>14</sup> Dom av den 26 april 1994, mål nr C-272/91, Kommissionen /. Italien (Rättsfallssamling, s. I-1409, pkt 22-25 och 32).

<sup>15</sup> Se därvidlag anmärkningarna till målet Flamme e Flamme, *anförjt arbete* och La Marca, *anförjt arbete*.

som drar nytta av avfallsinsamlingen och avfallshanteringen, som tidigare sköttes av kommunerna och sedan av ARA, fortsätter att vara de fysiska och juridiska personer som är domicilierade och verksamma på de två kommunernas territoriella yta.

Även om de resonemang som nyss redovisats beträffande identifieringen av det möjliga nyttjarna av ifrågavarande tjänster inte utgör en uttömmande utredning, med hänsyn till de tidigare anförda kriterierna, av frågan huruvida relationen mellan kommunerna och ARA kan betecknas som upphandling, pekar de dock preliminärt på vissa karaktäristika som skiljer det aktuella förhållandet från en riktig och egentlig upphandling av tjänster.

29. Vad beträffar denna problematik hänvisas här f.ö. till den franska regeringens yttrande, enligt vilket den undersökta relationen snarare borde betecknas som en koncession på tjänster.

Dessutom vet vi redan att om sådana teser skulle få bekräftelse, skulle i vart fall den i direktivet stadfästa föreskriften icke tillämpas på affärsförbindelsen mellan kommunerna och ARA. Med hänsyn till den av den franska regeringen redovisade synpunkten har Europeiska gemenskapernas domstol just riktat anmodanden till parterna att förtydliga villkoren för den granskade förbindelsen.

30. Beträffande denna egenskap hos det aktuella fallet har i synnerhet den brittiska regeringen tagit ställning, som har förklarat att den relation som förbinder kommunerna med ARA inte kan anses som en upphandling. Enligt denna regeringens uppfattning skulle denna affärsförbindelse snarare karaktäriseras som en koncession på tjänster, av det skälet att en offentlig myndighet har givit en institution, som är en självständig juridisk person, fullmakt att utföra de tjänster som fullmaktsgivaren ursprungligen tillhandahöll direkt. Enligt den brittiska regeringen skulle det således röra sig om ett bland många sätt att utforma och strukturera det administrativa systemet. De relationer som sammanbinder koncessionsgivaren med koncessionsgivaren skulle ligga utanför den normala avtalsrättsliga miljön för att snarare anta karaktären av ett slags förvaltningsrättslig relation.

31. I det sammanhanget noteras bl.a. att frågan om den granskade förbindelsens karaktär av koncession sammanhänger, enligt vad den behörige domaren anför, med en processrättslig profil hos det stadium som det under handläggning varande målet befinner sig i inför samma domare. I sin anhållan om förhandsbesked anför den sistnämnde att frågan om klarläggandet av den granskade förbindelsens karaktär av koncession har avgjorts negativt av förstainstansrätten. Beträffande den frågan har f.ö. inget besvär anförts, varav följer att den nu behandlade punkten inte skulle kunna ändras av den behörige domaren, även efter ett eventuellt avgörande av Europeiska gemenskapernas domstol som avveke från förstainstansens domslut.

Denna inställning, som hävdas av BFI Holding och som kommissionen<sup>16</sup> delvis gjort till sin, skulle f.ö. finna stöd i domstolens nyare rättstolkning, närmare bestämt domen i fallet *Van Schijndel*<sup>17</sup>. Vid det tillfället fastslog domstolen i själva verket att ”gemenskapsrätten icke ålägger de nationella domarna att å ämbetets vägnar anförä ett domskäl baserat på överträdelse av gemenskapsrättsliga föreskrifter, ifall granskningen av ett sådant domskäl skulle tvinga dem att frångå dispositivitetsprincipen, som de är tvungna att iaktta, och därmed överskrida de av parterna uppdragna gränserna för tvisten och stödja sig på andra händelser och omständigheter än dem som den processpart som har intresse av att sagda föreskrifter tillämpas har lagt till grund för sitt eget yrkande.”

Enligt BFI skulle den av den behöriga domaren redovisade processrättsliga situationen sist och slutligen, i det fall domstolen skulle erkänna ifrågavarande relations karaktär av koncession, innebära att samma domare inte längre skulle kunna dra någon fördel av domstolens avgörande. I själva verket skulle han vara utestängd från varje eventuell ändring av den icke överklagade delen av domen, genom vilken det har klarlagts att ifrågavarande relation inte har karaktär av koncession och med avseende på vilken målet redan är avgjort, *res judicata*.

<sup>16</sup> Kommissionen bygger dock sitt ställningstagande på den omständigheten att parterna enas om att inte betrakta ifrågavarande affärsförbindelse som en koncession.

<sup>17</sup> Dom av den 14 december 1995, förenade målen C-430/93 och C-431/93, *Van Schijndel* (rättsfallssamling s. I-4705).

32. Den av den instämnda parten nu framlagda tesen övertygar mig dock inte. Domstolen har faktiskt att tolka gemenskapsrättens föreskrifter på ett sammanhållet sätt genom att föra in dem i deras normativa sammanhang och sätta dem i förhållande till den faktiska situation som de hänför sig till eller som de skulle tillämpas på. En tolkning som är lösryckt från det aktuella sammanhanget är inte bara ytterst svår på grund av sin abstraktionsgrad utan skulle dessutom kunna ge ett vilseledande resultat för samma domare som begär den, eftersom den tolkningen skulle kunna befaras inte ta tillräcklig hänsyn till den konkreta situation som skall avgöras. Detta mitt sätt att se finner stöd i domstolens numera omfångsrika rättstolkning, där av nationella domare ställda prejudicialfrågor har förklarats icke prövningsbara så länge som det saknas en uttömmande redogörelse för de aktuella sakförhållandena och nationella rättsregler.<sup>18</sup> Respekten för de nationella processrättsliga reglerna utgör förvisso en gräns, för några rättslära oöverstiglig, som den nationella domaren, liksom f.ö. den gemenskapsrättsliga, har att respektera.. Denna aspekt har i processrättslig praxis erkänts till fullo och godtagits av domstolen i det citerade domslutet i Van Schijndel-målet. Detta innebär dock inte att domstolen skulle vara befriad från skyldigheten att preliminärt klassificera det rättsliga förhållande som de normerande föreskrifterna sedan skall tillämpas på och som det gäller att tolka. Denna hermeneutiska verksamhet bedrivs enligt min mening oberoende av det förhållandet att samma domstol sedan finner föreskrifterna irrelevanta för det mål som tvisten gäller. I det fall den nationella domaren skulle ha begått ett rättsskipningsfel [error in iudicando], som ej längre kan avhjälpas på rättslig väg, skulle i själva verket domstolens roll just bestå i att precisera gränserna för tolkningen av ifrågavarande rättsregel och vid behov påpeka att det av den behöriga domaren påtalade problemet ur gemenskapsrättslig synvinkel inte har något att göra med det anhängiggjorda fallet.<sup>19</sup>

33. Mig synes det dock som att situationen i föreliggande meningsskiljaktighet skiljer sig mycket från den som nu presenterats. Det av den instämnda parten påtalade problemet låter sig redovisas i andra termer. Med mitt synsätt har förstainstansrätten i själva verket korrekt avgjort frågan om den tvistiga relationens natur då den förmenat den karaktären av koncession på tjänster. Det framgår just på den punkten och på otvetydigt sätt av handlingarna i målet att vederlaget för den av ARA utförda verksamheten inte har ”fastställts i abstrakta termer”.<sup>20</sup> I den ovannämnda dokumentationen har det faktiskt föreskrivits betalning av en ersättning, vars exakta belopp dock inte beror på faktorer som är knutna till förutbestämda indikatorer, exempelvis styckepriset för varje utförd tjänst, ej heller har sagda vederlag fastställts skönsmässigt, så att i båda här beskrivna hypotetiska fall vilar det ekonomiska ansvaret på den institution som tillhandahåller tjänsten. Ersättningen till den av ARA bedrivna verksamheten är däremot en direkt konsekvens av den sammanlagda kostnaden som den sistnämnda institutionen bär för att säkerställa den tjänst för vars tillhandahållande den är städslad. Denna ersättning erläggs, så som framgår av de underlag som företetts för domstolens granskning, på grundval av periodiska redovisningar som enbart tjänar till att visa storleken av de kostnader och intäkter som administrationen av tjänsten har inneburit och sålunda göra det möjligt för kommunerna att i allt väsentligt saldera ARAs balansräkning. Inte heller de av kollektivet betalda avgifterna för den mottagna tjänsten utgör någon referenspunkt för kvantifiering av ett kriterium för arvodering av ARAs förvaltning; dessa fastställs enligt behov för att möjliggöra en rimlig balans mellan kostnader och intäkter, varvid man även beaktar det icke sekundära kravet att den sålunda utförda tjänsten ej skall utgöra en alltför stor börda för nyttjarna.

Det här ovan anförda utesluter enligt min mening att fallet skulle kunna reduceras till en koncession på tjänster i gemenskapsrättslig mening. Å andra sidan medför dock inte detta den automatiska konsekvensen att den tvistiga relationen i stället skulle kunna betecknas som upphandling av tjänster.

34. Den av direktivet fastställda definitionen av ett sådant institut stödjer sig, så som förut påvisats, på

<sup>18</sup> Se därvidlag domstolens ”informativa not” angående förslaget om uttalanden till prejudicialfrågor ställda av nationella domare från oktober 1996 med däri gjorda hänvisningar till praxis. Jfr en kortfattad kommentar till detta meddelande i Manzella, *Nationella domare och gemenskapsrätt*, i Tidskrift för förvaltningsrätt, 1996, s. 1084, vidare Condinanzi ”Bruksanvisning” för artikel 177, *Europeiska gemenskapernas domstols informativa not om förslaget till begäranden om avgöranden av prejudicialfrågor från nationella domares sida*, Europeiska unionens rättsordning. 1996, s. 883.

<sup>19</sup> Se t.ex. domen av den 16 december 1997, mål C-104/96, Rabobank (rättsfallssamling s. I-0000).

<sup>20</sup> Citerat domslut.



tjänstens onerösa karaktär. För att relationen skall kunna betecknas som en upphandling, fordras det alltså att den ersättning som entreprenören har rätt till har fastställts i förväg och på abstrakt sätt. Domstolen har, som vi sett, klart preciserat detta karaktäristikum som utmärker upphandlingen i det tidigare åberopade domslutet i fallet Lottomatica.<sup>21</sup>

I här behandlat fall har, som jag tidigare påpekat, ersättningen för tjänsterna inte, enligt det av domstolen använda uttrycket, ”fastställts i abstrakta termer”<sup>22</sup> av kommunerna, just för att de sistnämnda reglerar - så som jag anmärkte - sitt eget ekonomiska engagemang gentemot ARA i enlighet med de behov som så småningom uppenbaras under loppet av dess verksamhet. I det behandlade fallet existerar det sålunda inte något förutbestämt eller förutbestämbart ”pris” som man kan hänvisa till. I det vederlag som ARA mottar finns det heller inget som helst inslag av vinst. Vi har således att göra med en ersättning av ifrågavarande tjänst som uteslutande är baserad på förvaltningsekonomiska kriterier och som inte har några som helst riskmoment. Det är just dessa egenskaper som innebär att den av ARA bedrivna verksamheten på grund av det sätt på vilken den arvoderas ej kan insorteras bland kommersiella eller industriella verksamheter; följaktligen kan den inte heller utgöra föremål för en riktig konkurrens i ordets egentliga mening.

35. Detta är dock inte allt. Om man betraktar den finansplan på vilken relationen mellan kommunerna och ARA bygger, utgörs den centrala beståndsdel av relationen i ekonomiska termer mellan kommunerna och ARA av själva kommunernas balansräkningar. ARAs överlevnad ur ekonomisk synvinkel beror i allt väsentligt icke så mycket på volymen av de bedrivna avfallshanterings- och avfallsbehandlingsverksamheterna, ej heller på den effektivitet med vilken ARA sköter administrationen av dessa verksamheter, utan enbart på kommunernas vilja att avsätta erforderliga finansiella resurser till ARA medelst transferering av balanserade medel och på att avgifterna för de utförda tjänsterna sätts på acceptabla nivåer. De avtalsbestämmelser som reglerar ersättningen till ARA bygger sist och slutligen på ett ”enbart myndighetsrelaterat” förhållande, enligt vilket kommunerna är oangripbara beslutsfattare såväl när det gäller *om* som *hur stora* resurser skall överföras till ARA och utövar därigenom rätten över liv och död för ARA.

36. Om man sedan diskuterar det band som finns mellan kommunerna och ARA, noterar man att den förbindelse som förenar dem har sitt ursprung i nödvändigheten att sammanslå de kommunala organ som ansvarar för insamling och behandling av avfall för att man skulle kunna tillgodose en efterfrågan som kvantitets- och kvalitetsmässigt ej längre kunde på rimligt sätt tillgodoses av de båda kommunernas tidigare existerande strukturer, tagna var för sig.

Bildandet av ARA och överförandet till detta organ av de arbetsuppgifter som tidigare utfördes av kommunerna svarar således mot avsikten att sammanslå ifrågavarande funktioner, snarare än att för dem anlita en tredje part och sålunda utsöndra dem från de kommunala ansvarsområdena. Den av kommunerna valda lösningen, nämligen att sammanslå respektive funktioner och anförtro dem åt den av kommunerna i samförstånd inrättade institutionen, återspeglas f.ö. i den bolagsrättsliga struktur som utformats för det aktuella ändamålet: De båda kommunerna är ju de enda delägarna. Även om sedan ARA är konstituerat som ett kapitalbolag, står det enligt min mening inte heller i väsentlig grad främmande för kommunernas organisatoriska uppbyggnad. Dess natur kan beskrivas med begreppet ”organ inom den offentliga förvaltningen”<sup>23</sup>, låt vara i vid och indirekt mening.<sup>24</sup> Denna synpunkt bekräftas naturligtvis av de tidigare

<sup>21</sup> Citerat domslut, punkt 26.

<sup>22</sup> Citerat domslut.

<sup>23</sup> Beträffande detta begrepp se Greco, *anförst arbete*, idem *Upphandling av tjänster i offentligt ägda aktiebolags regi: en ändring av rättspraxis som ej saknar vissa drag av paradox*, Italiensk tidskrift för offentlig EG-rätt, 1995, s. 1062.

<sup>24</sup> På denna punkt se Greco, *anförst arbete*, *Begreppet ”organ” i offentlig rätt med avseende på gemenskapsrättsliga föreskrifter för offentlig upphandling: offentligt ägda bolag och upphandling av tjänster*, Italiensk tidskrift för offentlig rätt, 1996, s. 347.

redovisade resonemangen med avseende på principerna och sättet för ARAs arvodering och denna institutions totala beroende av kommunernas vilja, icke blott vad gäller dess ekonomiska resurser, utan även dess ledningsorgans sammansättning (åtminstone majoriteten av styrelseledamöterna är kommunalt tillsatt).

37. Graden av den frihet som en offentlig myndighet förfogar över när det gäller att organisera sin egen struktur på sådant sätt att den bättre kan tillgodose samfundets behov synes mig sedan inte vara en fråga som det är mödan värt att uppehålla sig vid. En offentlig myndighets val av organisatorisk modell kan i vart fall icke tillåta tillämpning av föreskrifter som har framtagits för att reglera en annan och väl definierad situation, en situation som består i av att en privat juridisk person levererar tjänster till en offentlig myndighet mot vederlag. Ej heller kräver direktivet att detta skall påvisas. Den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har i själva verket inte bara uteslutit att former för administrativ organisation, så som den i föreliggande fall aktuella och andra likartade eller jämförbara former, t.ex. koncessioner, icke ingår i direktivets tillämpningsområde, utan sträcker sig ännu längre i det att han även befriar egentliga och riktiga upphandlingsavtal, som dock ingåtts mellan två tilldömmande administrationer, från skyldigheten att följa de i direktivet föreskrivna förfarandena.

38. Sammanfattningsvis finns det enligt min mening i föreliggande fall inte någon "tertiaritet", existensen av tredje man, och detta är den väsentliga distinktionen mellan ARA som organ i förhållande till de båda kommunerna. Vi har att göra med en form av inter-organisatorisk delegering som inte lämnar kommunernas administrativa sfär, vilka kommuner, genom att anförtro ARA ifrågavarande verksamheter, ej på något sätt har avsett att *privatisera* de av kommunerna tidigare fullgjorda funktionerna inom denna sektor. Avslutningsvis kan enligt min uppfattning det förhållande som råder mellan kommunerna och ARA inte betraktas som en upphandling i direktivets mening.

#### *B – Tillämpning av direktivet med avseende på rättssubjektets juridiska status*

39. Det som hittills sagts innebär i sig att direktivet inte kan tillämpas på relationerna mellan kommunerna och ARA. För att ändå fullständigt utreda det mål som förhandsbeskedet gäller fortsätter jag med att undersöka om det är möjligt att inkludera ARA bland de rättssubjekt som har att följa direktivet.

I ljuset av vad som ovan sagts inställer sig nu i synnerhet frågan till vilken kategori av dem som direktivet nämner och som utgör en tilldömmande administration enligt direktivets definition ifrågavarande institution skall föras.

40. Den franska regeringen har hävdats att ARA egentligen inte är ett offentligt organ utan snarare en sådan association mellan kommuner som avses i artikel 1b i direktivet. Denna uppfattning stöder sig på ovan påpekade omständighet att kommunerna är de enda aktieägarna i ARA.

Den franska regeringens ståndpunkt skall ägnas vederbörligt studium. Därvidlag är det särskilt påkallat att undersöka om de två termerna "offentligrättsligt organ" och "association" enligt definitionen av "tilldömmande administration" i direktivets artikel 1 betecknar olika och motsatta begrepp eller om det i stället är möjligt att direktivet i samma definition beaktar sådana institutioner som samtidigt kan föras till såväl den ena som den andra kategorin

Det svar som enligt min mening skall ges på denna fråga går i riktning mot att utesluta en överlappning av de tre ovannämnda kategorierna. Gemenskapslagstiftarens avsikt har i själva verket varit att låta upphandlingsreglerna även omfatta de offentliga associationsformer som ger upphov till institutioner som visserligen inte är självständiga juridiska personer men som till fullo kan hänföras till de offentliga myndigheternas samarbets- och organisationsformer som är avhängiga av de av samma direktiv eftersträfvade ändamålen. Jag syftar på sådana associationsformer som exempelvis konsortier mellan förvaltningsorgan eller likartade grupperingstyper som ju inte är självständiga juridiska personer men som ändå fullgör arbetsuppgifter av offentlig karaktär, som lagstiftaren med stöd av ett rent funktionsbaserat

kriterium har velat underkasta direktivets föreskrifter. Tilläggas bör också, enligt min mening, att sådana institutioner skall bedriva verksamheten utan vinstsyfte.

41. Om man följer denna upplägning, fyller sålunda kategorin associationer en resterande funktion. Denna berör sist och slutligen alla former av offentlig samverkan som, enligt vad jag tidigare påpekat, ger upphov till institutioner utan status som juridisk person men som likväl är lokala eller territoriella organ och som inte heller på annat sätt kan betecknas som ett offentligrättsligt organ.

Den slutsats som jag nu har kommit fram till förutsätter sedan att den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har haft för avsikt att ge begreppet "tilldömande administration" en tämligen bred innebörd och låta det inbegripa alla de möjliga former under vilka den offentliga makten utövas. Jag förbigår även att lagstiftaren har använt onödiga och missledande begreppsmässiga överlappningar, som f.ö. skulle kunna vara en

möjlig orsak till tolkningssvårigheterna vid klassificeringen av de institutioner som har att rätta sig efter direktivet.

Denna min synpunkt finner f.ö. auktoritativ bekräftelse i avgörandet av Beentjes-målet<sup>25</sup> där domstolen i diskussionen om tillämpningen av direktivet om upphandling av arbeten har erkänt att ett organ som saknar egen status som juridisk person, men som i flera avseenden är beroende av den offentliga förvaltningen, "omfattas av begreppet 'staten' (...) även om det formellt inte är en del av staten." Det erinras dock om att den gemenskapsrättsliga föreskrift som i detta mål var föremål för tolkningen var artikel 1 i rådets direktiv av den 26 juli 1971, 71/305/EEG<sup>26</sup>, om upphandling av offentliga arbeten. Det handlade alltså om direktivets gemenskapsrättsliga tolkning av föreskrifterna rörande "tilldömande administrationer", vilka vid den tiden dock inte tog upp "associationerna", som senare medtagits i de modifierade versionerna av direktiven på temat "upphandling". Å andra sidan är jag av den åsikten att domstolen då hade velat täcka en lucka i regelverket genom att bland de rättssubjekt som hade att efterkomma direktivets föreskrifter även medtaga de organ som, med generaladvokaten Darmons ord, är "placerade utanför [statens och de regionala och kommunala myndigheternas] (...) traditionella administrativa strukturer, men som, utan att vara försedda med egen status som juridisk person, fullgör arbetsuppgifter som normalt faller på staten eller sagda administrativa myndigheter". När den gemenskapsrättsliga lagstiftaren senare stod inför uppgiften att revidera och omformulera begreppet "tilldömande administration" förutsåg han närmare bestämt dels associationerna, dels de offentligrättsliga organen. På detta sätt har han uttryckligen dragit in i "offentligupphandlingsdirektivets" tillämpningsområde såväl de organ som saknar egen status som juridisk person, vilka ofta utgör associationsrättsliga modeller av olika typ bland de offentliga institutionerna och vilkas karaktäristika och rättsliga status definitionsmässigt är svårbestämbara, dels de offentligrättsliga organ som däremot bör ha egen status av juridisk person med stöd av kodifierad rätt. Den omständigheten att ARA är en självständig juridisk person är ägnad att utesluta möjligheten att insortera detta organ i kategorin "associationer".

42. Vad sedan beträffar det som utmärker begreppet "behov av allmänt intresse som inte är av industriell eller kommersiell natur", tror jag inte att svaret till den behöriga domaren kan förbise de särskilda förhållanden som utmärker varje enskild situation. Det synes mig sålunda inte som om Europeiska gemenskapernas domstol kan fastslå allmänna riktlinjer för tolkningen av ifrågavarande rättsregel, som ej beaktar det konkreta fallet. Vi står inför en bestämmelse som lämpar sig illa för allmänna och abstrakta tolkningar, just på grund av att den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har avsett att ge rättsregeln den ovan påpekade, rent funktionella karaktären. Den häri redovisade texttolkningsprincipen har domstolen gjort till sin egen och tillämpat i domslutet i Beentjes-målet<sup>27</sup> och ännu senare i Mannesmann-målet<sup>28</sup>. Det är ett kriterium som jag anser mig böra hålla mig till även under härvarande omständigheter.

<sup>25</sup> Dom av den 20 september 1988, mål 31/87 (rättsfallssamling s. 4635).

<sup>26</sup> EGT L 185, s. 5.

<sup>27</sup> Citerat domslut.

<sup>28</sup> Dom av den 15 januari 1998, mål C-44/96, Mannesmann (rättsfallssamling s. I-000).

43. Ifrågavarande begrepp studeras dock säkerligen i ljuset av domstolens tidigare rättstolkning<sup>29</sup>, som har kraftigt framhållit den frånvaro av risk som bör karaktärisera förvaltningen av ifrågavarande organs verksamheter, eftersom detta har tagits upp den skara av offentliga organ som beaktats i direktivet. Det rör sig kanske om en tolkning som mer lägger tonvikten vid verksamhetens kommersiella eller industriella karaktär än på de aktuella arbetsuppgifternas egenskap av verksamhet av allmänt intresse. Denna andra typ av verksamhet utgör i själva verket en kategori som märkbart varierar från en medlemsstat till en annan beroende på vid vilken historisk tidpunkt den betraktas. När arbetsuppgifterna av allmänt intresse väl har identifierats, har de sedan å sin sida en kommersiell eller industriell karaktär som är nära knuten till den organisationstyp som staten har gett den. Samma arbetsuppgifts kommersiella eller industriella karaktär varierar i själva verket avsevärt t.ex. med avseende på den större eller mindre effekt som privatiseringen av de offentliga tjänster som har till uppgift att tillgodose dessa behov har haft på landet i stort. För övrigt har avsikten med direktivet inte ens varit att som referenspunkter ha för hela gemenskapen entydiga kategorier. Här räcker det med att hålla i minnet den omständigheten att samma direktiv inskränker sig till att samordna – men däremot föresätter det sig inte att harmonisera – de olika nationella gällande reglerna på upphandlingsområdet. Vidare anser jag inte att direktivet med ifrågavarande definition egentligen har skapat en gemenskapsrättslig kategori. Direktivet hänvisar helt enkelt till vad som därvidlag har föreskrivits i medlemsstaternas nationella rättsregler.

44. Mot ovan beskrivna bakgrund är det en tämligen svår, för att inte säga omöjlig, uppgift att fastställa de behov som omfattas av upphandlingsdirektivet. Således kan uttolkaren endast kartlägga sambandet mellan behovens tillgodoseende och statsförvaltningen (naturligtvis uppfattad i vid mening) och, framför allt, i det ekonomiska beroendet av staten, det enda kriteriet av allmän natur som på ett påtagligt sätt kan finna tillämpning på det aktuella området.

Ett uppenbart symptom på beroendet av den statliga sektorn är därför just frånvaron av risk i den verksamhet som det granskade organet är ålagt att bedriva. Om däremot detta organs verksamhet innebär en, om blott eventuell, möjlighet till ekonomisk vinning eller om ifrågavarande förvaltning i vart fall är baserad på kriterier i termer av verksamhetens ekonomi och finansiella autonomi, ja då hamnar detta organ, enligt mitt sätt att se, utanför ovan beskrivna område och det finns alltså inget skäl att räkna ifrågavarande organ till dem som direktivet avser. I förbigående vill jag påpeka att denna exeges av de diskuterade rättsreglerna också ligger helt i linje med domstolens hittillsvarande rättstolkning med avseende på offentligt ägda företag<sup>30</sup> och tillhörande gemenskapsrättsliga lagstiftning.<sup>31</sup>

De organ som tillgodoser behov av allmän karaktär ”under åsidosättande av principerna för normal kommersiell drift”<sup>32</sup> omfattas sålunda enligt min mening av begreppet ”offentligrättsliga organ”, förutsatt att de övriga rekvisiten för ifrågavarande definition likaledes är förefintliga.

45. Frågan huruvida ARA skall räknas som ett offentligt organ eller ej förefaller sålunda klarlagd i ljuset av vad som ovan sagts. Det råder i själva verket inget tvivel att de arbetsuppgifter för vilka ett sådant organ har skapats<sup>33</sup> och som det fullgör institutionellt, liksom de regler under vilka dess uppgifter utförs, kan föras till de verksamheter som direktivet beskriver såsom svarande mot ”behov av allmänt intresse av icke-kommersiell och icke-industriell karaktär”.

46. Sedan finns det skäl att inom ramen för rättstvisten uppmärksamma hur irrelevant i detta fall den

<sup>29</sup> Domsluten i *citerade* målen Beentjes, Lottomatica, Mannesmann.

<sup>30</sup> Dom av den 16 juni 1987, mål 118/85, Kommissionen ./ Italien (rättsfallssamling s. 2619, jfr från senaste tid domen av den 18 mars 1997, mål C-343/95, Diego Cali (rättsfallssamling I-1547).

<sup>31</sup> Kommissionens direktiv av den 25 juni 1980 nr 723 om genomsynligheten i den finansiella relationerna mellan medlemsstaterna och deras offentligägda företag (EGT L 195, s. 35).

<sup>32</sup> *Ovan anförd* dom av den 16 juni 1987.

<sup>33</sup> Uttrycket ”institut för tillgodoseende särskilt av behov etc ...”, som återfinns i ifrågavarande definition i sagda direktiv, skall naturligtvis uppfattas dynamiskt. De verksamhetssyften som ursprungligen angetts i det aktuella organets stiftelseurkund skall ju ses mot bakgrund av det nuvarande läget och de syften som organet konkret eftersträvar, t.ex. de som angetts i klausulen om verksamhetens föremål i det fall organet bedriver verksamheten i bolagsform.

omständigheten är, vilken knappt uppfattas i ansökan om förhandsbesked, att ARA, förutom att utföra de arbetsuppgifter som kommunen anförtrott ARA, även utför tjänster till förmån för tredje man mot skälig ersättning, vilket sker direkt eller indirekt via ett av ARA helägt bolag. Dessa verksamheter, som av allt att döma utgör en marginell del av alla de av ARA utförda arbetsuppgifterna<sup>34</sup> och som ekonomiskt sett inte påverkar detta organs finansiella struktur, är dock enligt min mening inte av sådan art att de skulle föranleda en omprövning av den slutsats som jag tidigare kommit fram till. På den punkten har domstolen f.ö. redan uttalat sig i den nyligen avkunnade domen i Mannesmann-målet<sup>35</sup>, då den erkände att det faktum att det bedrivs andra verksamheter vid sidan av den huvudaktivitet som utgör organets institutionella verksamhetssyfte i sig inte kan anses vara av sådan vikt att det förändrar arten av ifrågavarande organ med avseende på direktivets tillämpning på ärenden rörande offentlig upphandling. ARAs ekonomisk-finansiella existens är, som tidigare påpekats, beroende av de medel som kommunerna anslår till dess balansräkning. Detta förhållande utesluter kategoriskt att någon som helst annan verksamhet än den bedrivna skulle kunna handhas under renodlat kommersiella förutsättningar: Kommunernas finansiella stöd är den omständighet som omintetgör det kriterium som ligger till grund för varje affärsförbindelse och som består i eftersträvandet av det bästa och effektivaste förhållandet mellan kostnader och intäkter. Att ifrågavarande organ under alla förhållanden kan saldera sin balansräkning tack vare kommunernas intervention och att därigenom alla inslag av risk är frånvarande gör det faktiskt omöjligt att hävda att denna verksamhet bedrivs i en riktig och sannskyldig konkurrenssituation.

De av ARA ombesörjda tjänsterna svarar i själva verket mot ett oundgängligt behov i samfundet, nämligen insamling och behandling av avfall. Denna arbetsuppgift utförs utan vinstsyfte, utanför den planering som sker inom ramen för en marknadsmekanismens logik. Därmed är de båda villkor helt uppfyllda som den gemenskapsrättsliga lagstiftaren har ställt upp i första delen av definitionen av ”offentligrättsligt organ”, nämligen att särskilt tillgodose behov av allmänt intresse och frånvaron av kommersiell och industriell karaktär vid utförandet av sådana arbetsuppgifter.

## Slutsatser

Med hänvisning till ovan redovisade resonemang föreslår jag att Europeiska gemenskapernas domstol besvarar de av Arnheims domstol framställda frågorna på följande sätt:

- 1) Den relation som förbinder de två kommunerna till ett av dem skapat organ och som samma kommuner har anförtrott uppgiften att handha insamling och behandling av avfall på kommunernas område och som ersätts även med kommunala medel, vilka under alla förhållanden tillförsäkrar detta organ finansiell balans, utgör icke en sådan upphandling av tjänster som avses i ministerrådets direktiv av den 18 juni 1992, 92/50/EEG, som gäller samordningen av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster.

<sup>34</sup> Av handlingarna i målet framgår det att ARAs totala fakturering för år 1995 var 39 392 000 holländska floriner, vilket fördelade sig på 32 791 000 floriner för insamling och behandling av kommunalt avfall och 6 601 000 floriner för insamling och behandling av industriellt avfall.

<sup>35</sup> *Anfört* domslut i målet Mannesmann. Domstolen har i detta fall intagit ståndpunkten att den av den österrikiska institutionen bedrivna verksamheten, jämte kärnverksamheten, likväl omfattas av föreskrifterna i direktivet om offentliga arbeten. Domstolen har kommit fram till denna slutsats genom att skilja institutionella verksamheter som hänför sig till åliggandet att särskilt tillgodose behov av allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär från verksamheter som har sådana egenskaper. Domstolens avgörande, som jag i allt väsentligt anser korrekt, förtjänar likväl en del preciseringar. Jag vill nämligen därvidlag påpeka att det enligt min mening är omöjligt att göra åtskillnad mellan å ena sidan verksamheter av icke-kommersiell och icke-industriell karaktär och å andra sidan dem som däremot har denna karaktär, så snart som ifrågavarande organ hör till dem som utgör en sådan tilldömande administration som avses i direktivet om offentliga arbeten eller tjänster. Frånvaron av risk, som utmärker ifrågavarande organs sätt att verka gör verkligen att varje som helst av vederbörande organ bedrivna verksamhet, även om den i teorin kan göras ekonomiskt lönsam, sist och slutligen ur finansiell synvinkel inte kan skiljas från den institutionellt stadfästa verksamheten, som således absorberar de övriga verksamheterna och berövar dem deras kommersiella eller industriella karaktär.

- 2) Ett organ av ovan beskriven typ utgör dessutom ett sådant offentligrättsligt organ som avses i direktiv 92/50/EEG.

*E*ffekter av  
lagen om offentlig  
upphandling

## FÖRORD

Lagen om offentlig upphandling (LOU) har varit i kraft sedan den 1 januari 1994. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har därför utvärderat lagens effekter på offentlig upphandling.

Syftet med utredningen är dessutom att erhålla kunskap om vilken uppfattning som råder bland upphandlande enheter och leverantörer om hur NOU bedriver sin verksamhet. En ytterligare avsikt med projektet är att det sammantagna resultatet av utredningen skall kunna ligga till grund för att fastställa inriktningen på de informations- och tillsynsinsatser som bör göras för att åstadkomma en bättre efterlevnad av lagen och uppnå en effektivare upphandling.

Projektledare har varit civilekonomen Håkan Hellström, Vara.

Margareta Hentze  
kanslichef



<b>1</b>	<b><i>Inledning</i></b>	<b>4</b>
<b>1.1</b>	<b>Bakgrund</b>	<b>4</b>
<b>1.2</b>	<b>Effektiv upphandling</b>	<b>5</b>
<b>1.3</b>	<b>Avgränsningar</b>	<b>6</b>
<b>1.4</b>	<b>Metod</b>	<b>7</b>
1.4.1	Upphandlande enheter	7
1.4.2	Leverantörer	8
1.4.3	Materialet	8
<b>1.5</b>	<b>Disposition</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b><i>Lagen om offentlig upphandling</i></b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Allmänt</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>A- och B-tjänster</b>	<b>12</b>
<b>2.3</b>	<b>Förfrågningsunderlaget</b>	<b>12</b>
<b>2.4</b>	<b>Rättsmedlen</b>	<b>13</b>
<b>2.5</b>	<b>Upphandling över tröskelvärdena</b>	<b>13</b>
2.5.1	Annonsering	14
2.5.2	Tekniska standarder	14
2.5.3	Val av upphandlingsförfarande	14
2.5.4	Tidsfrister	15
<b>2.6</b>	<b>Upphandling under tröskelvärdena</b>	<b>15</b>
<b>2.7</b>	<b>Nämnden för offentlig upphandling (NOU)</b>	<b>16</b>
<b>3</b>	<b><i>Den offentliga upphandlingen och LOU:s övergripande effekter</i></b>	<b>18</b>
<b>3.1</b>	<b>Omfattning och fördelning</b>	<b>18</b>
<b>3.2</b>	<b>Leverantörer</b>	<b>20</b>
<b>3.3</b>	<b>Övergripande effekter av LOU</b>	<b>21</b>
<b>3.4</b>	<b>Effekter sektorsvis</b>	<b>24</b>
<b>4</b>	<b><i>Reglerna</i></b>	<b>27</b>
<b>4.1</b>	<b>Attityder</b>	<b>27</b>
4.1.1	Upphandling över tröskelvärdena	28
4.1.2	Upphandling under tröskelvärdena	31
<b>4.2</b>	<b>Tillämpning</b>	<b>33</b>
<b>4.3</b>	<b>Information och kompetens</b>	<b>35</b>
4.3.1	Nämnden för offentlig upphandling	36
<b>4.4</b>	<b>Sanktionssystemet</b>	<b>40</b>

<b>5</b>	<b><i>Organisation och ledning</i></b>	<b>42</b>
5.1	Effekter för olika organisationsformer	42
5.2	Samordning	44
<b>6</b>	<b><i>Marknadskommunikation</i></b>	<b>47</b>
6.1	Fler anbudsförfaranden i konkurrens	47
6.2	Ökad konkurrens i enskilda upphandlingar	50
6.3	Anbud begärs in genom annonsering (under tröskelvärdena)	54
6.4	Objektivitet	55
<b>7</b>	<b><i>Sammanfattning</i></b>	<b>57</b>
<b><i>Bilaga 1</i></b>	<b><i>Förteckning av tjänster</i></b>	<b>61</b>
<b><i>Bilaga 2</i></b>	<b><i>Fältarbetsresultat, enkät till upphandlande enheter</i></b>	<b>63</b>
<b><i>Bilaga 3</i></b>	<b><i>Fältarbetsresultat, enkät till leverantörer</i></b>	<b>64</b>
<b><i>Bilaga 4</i></b>	<b><i>Enkät till upphandlande enheter</i></b>	<b>65</b>
<b><i>Bilaga 5</i></b>	<b><i>Enkät till leverantörer</i></b>	<b>82</b>

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Lagen om offentlig upphandling<sup>1</sup> (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994. Införandet av det nya regelverket föranleddes av EES-avtalet som träffades mellan den Europeiska unionen, (EU) och de flesta EFTA-länderna. Genom de särskilda EG-direktiven på upphandlingsområdet har de länderna därmed ett gemensamt regelverk för stora delar av den offentliga upphandlingen och det är bl.a. dessa direktiv som ligger till grund för den nya lagen. Gemenskapsrätten i övrigt begränsar samtidigt de enskilda nationerna att fritt utforma egna regler på de områden som inte styrs av direktiven.

Direktiven syftar till att bryta ner handelshinder mellan länderna inom EU. På det sättet skall konkurrensmiljön för företagen förändras och det europeiska näringslivet stärkas inför en hårdnande global konkurrens. Dessutom skall en ökad priskonkurrens kunna möjliggöra besparingar i den offentliga sektorn.

Marknaden för offentlig upphandling hade vid undersökningens början reglerats av LOU i drygt fyra år. Även om man får räkna med att det tar lång tid innan denna typ av genomgripande reformer ger ordentliga effekter bedömer NOU att det är av intresse att redan nu göra en utvärdering. Att de europeiska upphandlingsreglerna innebär både hot och möjligheter för de svenska företagen är helt klart. Den frågan behandlas emellertid inte närmare i denna rapport.<sup>2</sup> Här fokuseras på den svenska offentliga upphandlingen och dess leverantörer.

Med offentlig upphandling menas anskaffning av varor, tjänster eller byggentreprenader som genomförs av statliga myndigheter, landsting, kommuner och kyrkliga kommuner m.fl. Många bolag, föreningar,

---

<sup>1</sup> SFS 1992:1528, senast ändrad och omtryckt SFS 1997:1068

<sup>2</sup> Den frågan behandlas t.ex. i *Offentlig upphandling på den inre marknaden – svenska intressen*, Kommerskollegium, mars 1997.

samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmänna intresse räknas in i gruppen. En förutsättning är dock att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär.

Huvudfrågan i undersökningen är hur lagen har påverkat effektiviteten i upphandlingen. Därvidlag kan olika grupper av upphandlande enheter ha gjort skilda erfarenheter. Det kan bero på att de har haft olika utgångspunkter, nya grupper har t.ex. tillförts den krets som omfattas av regelverket för offentlig upphandling. Andra skillnader i utgångsläget kan vara organisatoriska, resursmässiga eller ha att göra med den affärsmässiga kulturen.

## **1.2 Effektiv upphandling**

Med effektivitet avses i ekonomiska sammanhang i regel förhållandet mellan insatser i en verksamhet och verksamhetens resultat. I det här fallet bedömer vi hur LOU har påverkat behovet av arbetsinsats, om besparingar eller fördyringar har erfarits samt hur kvaliteten på erhållen leverans har påverkats. De enskilda enheterna skall inte väga in samhällsekonomiska effekter vilket framgick redan av den statliga upphandlingsförordningen.<sup>3</sup> Däremot delar både köpar- och säljarsidan intresset av en effektiv marknad för offentlig upphandling.

Analysen av den offentliga upphandlingen struktureras här med hjälp av tre övergripande ramar: *Regelverket, organisation och ledning* samt *marknadskommunikation*. Dessa områden täcker in de för effektiviteten avgörande faktorerna.

Reglerna i LOU fastställs av riksdagen men styrs till en inte oväsentlig del av gemenskapsrätten och är opåverkbara för den enskilda enheten. Utredningen granskar aktörernas attityder till, och tillämpning av, regelverket. Vidare undersöks vilken uppfattning aktörerna har om tillsynsmyndigheten NOU:s insatser och sanktionssystemet. När det gäller organisation och ledning ankommer det givetvis på den enskilda enheten att forma en lämplig struktur för att effektivt kunna

---

<sup>3</sup> Se RRV:s föreskrifter (1986:366) till den statliga upphandlingsförordningen (1986:612).

hantera flödet i anskaffningsprocessen. Utredningen koncentreras till själva upphandlingen. Här undersöks om det finns ett samband mellan organisation, ledning och samordning och effekterna som erfarits.

Slutligen handlar det om hur man exponerar sig mot och kommunicerar med marknaden. Grunden för detta utgörs naturligtvis av den upphandlande enhetens syn på affärsmässighet och utnyttjande av konkurrens. Här granskas bl.a. om andelen upphandlingar med anbudsförfarande i konkurrens har ökat, om konkurrensen i de enskilda upphandlingarna har påverkats samt vilka effekter detta har fått på utfallet av upphandlingen. En annan aspekt är om leverantörernas agerande har förändrats t.ex. vad gäller bevakning av annonsering. I det vidgade internationella perspektivet är också frågor om språk av intresse.

### **1.3 Avgränsningar**

Utredningen fokuserar på upphandling inom staten, landstingen, kommuner, kommunala bolag och landstingsbolag.<sup>4</sup> Som inte minst tidigare utredningar visat står dessa kategorier för den helt övervägande delen av den totala upphandlingen.<sup>5</sup> Vidare koncentreras undersökningen till upphandling av varor och sk A-tjänster.<sup>6</sup> Det finns flera skäl till en sådan avgränsning.

För det första genomförs inte sällan upphandling på olika håll inom en enhet och en skiljelinje bedöms gå mellan varor och A-tjänster å ena sidan och B-tjänster och byggtreprenader å andra sidan. En heltäckande enkät skulle på många håll ge ett betydligt merarbete för den upphandlande enheten för att besvara enkäten. Detta skulle riskera att drabba både svarsfrekvens och kvaliteten på svaren negativt.

---

<sup>4</sup> Att de statliga bolagen inte finns med i undersökningen beror på att flertalet inte omfattas av LOU men också på att det finns oklarheter om vilka statliga bolag som är upphandlande enheter. NOU har uppmärksammat regeringen på problemet i skrivelse augusti 1997.

<sup>5</sup> Se t.ex. SOU 1996:23.

<sup>6</sup> Se Bilaga 1, Förteckning av tjänster.

För det andra har förändringarna i regelverket i praktiken varit mest omfattande när det gäller upphandling av varor och A-tjänster. Eventuella effekter borde därför i första hand vara märkbara inom de områdena.

## **1.4 Metod**

För att kartlägga upphandlingen av varor och A-tjänster har två enkäter genomförts i samarbete med Statistiska centralbyrån (SCB). Den ena har riktats till upphandlande enheter och den andra till leverantörssidan. Kartläggningen har kompletterats med klargörande och fördjupande intervjuer av ett begränsat urval av de upphandlande enheter som svarat på enkäten samt Statskontoret.

### **1.4.1 Upphandlande enheter**

Enkät nummer ett skickades ut till 395 upphandlande enheter inom staten, landstingen och kommunerna samt kommunala bolag och landstingsbolag.<sup>7</sup> De representerar tillsammans 1204 enheter.

De 40 största statliga myndigheterna (mätt efter driftskostnad) valdes ut och därutöver ytterligare 40 mindre myndigheter samt 56 regionala statliga enheter. Likaledes har de 40 största kommunerna, mätt efter invånarantal, valts ut och därutöver ytterligare 40 mindre kommuner. Samtliga landstings centrala inköpsenheter ingår och dessutom ett slumpmässigt urval av medicintekniska chefer samt region- och länssjukhus. Vidare har 50 bolag från vardera kommunal sektor och landstingssektor valts ut. Bland de kommunala bolagen har de 25 med störst omsättning valts ut. Därutöver har ytterligare 25 ej storstadsbaserade bolag valts ut som har en omsättning över 10 miljoner kr per år och en omsättning per anställd på minst 0,5 miljoner kr. Svarsfrekvensen får anses som mycket god, 86 procent. Av dessa har svar motsvarande sju procentenheter inkommit i form av ej ifyllda blanketter. Vanliga motiveringar till detta har varit att de inte genomför någon självständig upphandling eller att privatisering av bolag har gjort att LOU inte längre anses tillämplig. För att förhindra att överlappande

---

<sup>7</sup> Se Bilaga 2.

beräkningar sker har populationen i motsvarande grad justerats (till 1 137 upphandlande enheter). Den lägsta frekvensen återfinns bland små kommunala bolag men den ligger ändå klart över 50 procent.

### **1.4.2 Leverantörer**

Enkät nummer två skickades ut till 310 företag. Urvalet gjordes i två grupper.<sup>8</sup> Ett urval på 158 företag gjordes bland annonseringar av avslutade upphandlingar i Europeiska gemenskapernas officiella tidnings (EGT) databas TED (Tenders Electronic Daily). Vidare gjordes ett urval på 152 företag i SAF:s medlemsregister. Dessa representerar olika varubranscher och branscher inriktade på A-tjänster som bedömdes frekventa i den offentliga upphandlingen<sup>9</sup>.

Syftet med urvalet i de två grupperna var att dels säkerställa att enkäten ställdes till företag som uppenbarligen är involverade i offentlig upphandling och dels för att genom ett mer slumpmässigt urval öka chansen att nå företag som kanske har svårt att ta sig in på marknaden för offentlig upphandling. Ett problem med metoden är att populationerna överlappar varandra och att man inte utan vidare kan summera de viktade resultaten. För att förenkla framställningen består därför redovisningen av leverantörernas svar av summerade oviktade svar.

Cirka 50 procent besvarade enkäten, 41 procent från TED-urvalet och 66 procent från SAF-urvalet. Av dessa har motsvarande tolv procent svarat att de ej har någon försäljning av varor eller A-tjänster till den offentliga sektorn. Sammanlagt inkom således ca 120 svar.

### **1.4.3 Materialet**

Naturligtvis kan man ifrågasätta hur stor upphandling de som svarar på enkäten representerar. I enkäten till de upphandlande enheterna ingick en fråga som gällde hur stor del av enhetens totala upphandling

---

<sup>8</sup> Se Bilaga 3.

<sup>9</sup> Charkuterier, Mejerier, Kontorsutrustning, Livsmedelsgrossister, Möbelgrossister, Sjukvårdsartiklar, Bränsle, drivmedel mm, Dataföretag, Städentreprenad, Bussföretag, Miljöföretag, Taxiföretag, Revisionsbyråer och Saneringsföretag.

respondenterna kunde svara för. Av svaren framgick att 44 procent kunde svara för mer än två tredjedelar av upphandlingen i organisationen och knappt en fjärdedel kunde svara för mindre än en tredjedel. Det framgår också, föga överraskande, att de centraliserade enheterna oftare kan svara för en större del av upphandlingen än fallet är i decentraliserade enheter. Enkätsvaren representerar således en mycket stor del av de aktuella enheternas upphandling. Vid skattningar av aggregerade belopp har det antagits att enkätsvaren är representativa för hela upphandlingen av varor och A-tjänster som den upphandlande enheten står för.

Vidare kan man, som i de flesta enkäter, fråga sig i vilken utsträckning svaren är helt sanningsenliga. Ett exempel är frågor till de upphandlande enheterna huruvida man följer lagen eller inte. Ett annat exempel är frågor till leverantörerna där dessa eventuellt skulle kunna gynna de egna intressena genom att svara i den ena eller andra riktningen. Vi bedömer, och i viss mån bekräftar också svaren det, att respondenterna överlag har arbetat seriöst med att besvara enkäten.

När det gäller att bedöma belopp och även procentsatser finns det självklart en viss osäkerhet och den uppträder redan hos den som besvarar enkäten. Vi har varit väl medvetna om detta och heller inte väntat oss eller begärt att varje respondent skulle göra särskilda utredningar för att kunna besvara frågorna. De aggregerade belopp som presenteras i rapporten är uppskattningar med utgångspunkt från enkätmaterialen.

Även andra faktorer än LOU, såsom allmänna konjunktursvängningar, kan naturligtvis påverka prisbilden och konkurrenssituationen vid offentlig upphandling. De upphandlande enheterna ombads ange effekter av att LOU infördes. Det har således varit upp till den som besvarat enkäten att rensa för eventuella konjunkturreffekter.

SCB:s medverkan har bestått i att dels granska enkäternas frågor och svarsalternativ och dels samlat in och sammanställt materialet. Dessutom har Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet samt Företagens uppgiftslämnardelegation getts möjlighet att lämna synpunkter på enkäternas utformning och lämnade synpunkter har också beaktats. Därutöver har också ett flertal andra företrädare för offentlig



upphandling och leverantörer fått ta del av utkast till frågeformulär och lämna synpunkter på dessa. Även synpunkter från dessa har vägts in vid arbetet med att utforma enkäterna.

NOU har beslutat om och är ansvarig för utredningen men den har genomförts av personal som inte är, eller har varit, engagerad i myndighetens löpande verksamhet. Ordinarie NOU-personal har tagit del av utkast och lämnat synpunkter. Nämndens ledamöter har underhand informerats och lämnat synpunkter.

Slutligen vill vi här ta tillfället i akt att tacka alla som på olika sätt har medverkat i undersökningen.

### **1.5 Disposition**

Kapitel två innehåller en resumé över Lagen om offentlig upphandling. De övergripande effekterna av lagen redovisas i kapitel 3 där det också kort redogörs för omfattning och fördelning av Sveriges offentliga upphandling. Därefter analyseras data mot bakgrund av i tur och ordning regelverket (kapitel fyra), organisation och ledning (kapitel fem) och slutligen frågor om marknadskommunikation (kapitel sex). Rapporten avslutas med sammanfattande kommentarer (kapitel sju).

## 2 Lagen om offentlig upphandling

### 2.1 Allmänt

LOU reglerar i det närmaste all offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader (Tabell 2.1). Över de s.k. tröskelvärdena grundar sig lagen i huvudsak på EG-direktiv. Sverige har genom inträdet i EU (tidigare genom EES-avtalet) förbundit sig att med den svenska rätten införliva innehållet i EG-direktiven. Under tröskelvärdena motsvarar bestämmelserna i stort sett de som gällde tidigare för stat och kommun.

De upphandlande enheterna skall beräkna värdet av varje upphandling för att bedöma om det överstiger aktuella tröskelvärden. Tröskelvärdena omräknas från ECU till svenska kronor och fastställs i en regeringsförordning för två år i taget. Nya belopp gäller från och med den 1/1 1998. Under den just gångna perioden har tröskelvärdet för varor och tjänster varit drygt 1,8 miljoner kr (inom försörjnings-

---

**Tabell 2.1 Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, kapitelindelning**

---

1 kap	Gemensamma regler och definitioner
2 kap	Varuupphandling över tröskelvärdena
3 kap	Upphandling av byggtreprenader över tröskelvärdena
4 kap	Upphandling inom försörjningssektorerna (vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna) över tröskelvärdena
5 kap	Upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena
6 kap	Upphandling under tröskelvärdena samt B-tjänster oavsett värde mm
7 kap	Överprövning och skadestånd mm

---

sektorerna gäller andra, högre värden, och för de statliga myndigheterna ett lägre, knappt 1,3 miljoner kr) och för byggtreprenader ca 46 miljoner kr.

All upphandling enligt LOU skall göras affärsmässigt och med utnyttjande av tillgänglig konkurrens. Anbudsgivare och anbudssökande och anbud skall behandlas objektivt. Det är sedan tidigare huvudprincipen för offentlig upphandling.

## **2.2 A- och B-tjänster**

Tjänster är enligt en bilaga till lagen uppdelade i A- och B-tjänster där upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet medför betydligt högre formkrav med bl.a. krav på annonsering. Vissa tjänster är helt undantagna från lagens bestämmelser, t.ex. hyresavtal avseende fastighet och telefonitjänster. Ett av skälen till att EG-direktiven delar upp tjänster är att A-tjänsterna typiskt sett lämpar sig mer än B-tjänster för handel över nationsgränserna.

Bland A-tjänster märks underhåll av motorfordon och maskiner, datatjänster, redovisning, marknadsundersökningar, konsulttjänster för administration, arkitekttjänster, reklamtjänster, fastighetsförvaltning inklusive städning och löpande underhåll, förlags- och tryckeritjänster, sophantering m.fl.

Bland B-tjänster finns säkerhets- och bevakningstjänster, utbildning, hälso- och sjukvård samt socialtjänster, tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet m.fl. Om en tjänst inte ingår under rubrikerna i bilagan anses den vara en B-tjänst under rubriken "Andra tjänster."

## **2.3 Förfrågningsunderlaget**

De upphandlande enheterna måste noggrant planera och formulera underlaget för upphandlingen, det s.k. förfrågningsunderlaget. Detta får inte hänvisa till ett visst märke, process eller liknande så att endast en leverantör kan komma i fråga. Ett förfrågningsunderlag består av:

- kravspecifikation
- kommersiella villkor
- administrativa bestämmelser om vad som gäller t.ex. för att lämna anbud, samt

- utvärderingskriterier

Den upphandlande enheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

## **2.4 Rättsmedlen**

I LOU infördes speciella rättsmedel för att ge en förfördelad leverantör möjlighet att få rättelse.

Under pågående upphandling, dvs fram till dess att avtal träffas, kan en leverantör, som anser att han lidit eller kommer att lida skada, ansöka om överprövning hos länsrätt. Länsrätten kan besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Länsrättens dom kan överklagas till kammarrätt.

När upphandlingen är avslutad, dvs. när avtal har träffats, kan en leverantör som anser sig ha lidit skada föra talan om skadestånd mot den upphandlande enheten vid tingsrätt. Tingsrättens dom kan överklagas till hovrätt. Leverantörer som anser sig felbehandlade har även möjlighet att klaga till EG-kommissionen.

## **2.5 Upphandling över tröskelvärdena**

EG-direktiven tar endast sikte på större upphandlingar, dvs. över de s.k. tröskelvärdena. Det finns EG-direktiv för vardera områdena varor, tjänster, byggtreprenader och inom försörjningssektorerna samt för rättsmedel.<sup>10</sup> Syftet med direktiven är att ge leverantörerna lika möjligheter att lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt. Med bl.a. en större öppenhet och publicitet skall handeln över gränserna uppmuntras och underlättas.

---

<sup>10</sup> De EG-direktiv, angående offentlig upphandling, som Sverige måste följa är 93/36/EEG (varor), 93/37/EEG (byggtreprenader), 92/50/EEG (tjänster), 93/38/EEG (varor, byggtreprenader och tjänster inom försörjningssektorerna vatten, energi, transport och telekommunikation), 89/665/EEG och 92/13/EEG (rättsmedelsdirektiven).

### **2.5.1 Annonsering**

Annonsering skall ske i Tillägg till Europeiska gemenskapernas officiella tidning, EGT, efter särskilda förlagor enligt följande:

- Budgetårsvis för planerade upphandlingar över vissa belopp inom varje varuområde och A-tjänstekategori samt planerade byggtreprenader, förhandsannonsering
- Den aktuella upphandlingen
- Resultatet av upphandlingen, efterhandsannonsering

### **2.5.2 Tekniska standarder**

Om en kravspecifikation innehåller en teknisk beskrivning skall denna hänvisa till europeiska specifikationer om sådana finns på området. De upphandlande enheterna är därför skyldiga att hålla sig informerade om dessa.

### **2.5.3 Val av upphandlingsförfarande**

Tre nya upphandlingsförfaranden kan användas över tröskelvärdena.

*Öppen upphandling* innebär att alla leverantörer får lämna anbud. Efter annonsering begär leverantören förfrågningsunderlaget och detta sänds ut efter hand som begäran kommer in. Några förhandlingar med leverantören får inte förekomma.

*Selektiv upphandling* innebär att en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Efter annonsering, i vilka kraven på leverantören skall finnas, begär leverantören att få delta i anbudstävlingen samt styrker sin förmåga genom olika intyg. Den upphandlande enheten väljer sedan ut de leverantörer, minst fem och högst 20, som får lämna in anbud. Inga andra anbud än från leverantörer som inbjudits får prövas av den upphandlande enheten. Några förhandlingar med leverantören får inte förekomma.

*Förhandlad upphandling* innebär att en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Proceduren är densamma som i selektiv upphandling med den skillnaden att den upphandlande enheten kan ta upp förhandlingar med en eller flera av dem. Förhandlad

upphandling utanför försörjningssektorerna får endast väljas i få, särskilt uppräknade upphandlingssituationer. Reglerna är därmed mer restriktiva på den punkten än tidigare regelverk på området.

#### **2.5.4 Tidsfrister**

Lagen har fastställda tidsfrister, minimitider, för anbud och anbudsansökningar. Vid öppen upphandling är minsta tid för att lämna anbud 52 dagar och vid selektiv och förhandlad upphandling är tiden normalt 37 dagar för att ansöka om att få delta i upphandlingen samt vid selektiv upphandling ytterligare 40 dagar att lämna anbud. Inom försörjningssektorerna gäller andra tidsfrister.

#### **2.6 Upphandling under tröskelvärdena**

Reglerna under tröskelvärdena som finns i kapitel sex är till stor del desamma som gällde i den statliga upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet. Några ändringar och tillägg har dock gjorts för att nå en viss överensstämmelse med reglerna över tröskelvärdena.

Normalt skall s.k. *förenklat upphandlingsförfarande* tillämpas. Anbud infordras genom annons eller skrivelse. Enheten skall vända sig till så många leverantörer som erfordras för att uppnå tillräcklig konkurrens med hänsyn till upphandlingens storlek och karaktär. En leverantör som inte särskilt tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. Deltagande leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Av tidigare regelverk, t.ex. den statliga upphandlingsförordningen, framgår för vilka situationer förhandlingar är avsedda.

Endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på enheten kan upphandling ske utan skriftligt infordrande av skriftligt anbud, *direktupphandling*. Om den upphandlande enheten avser att använda möjligheten att

direktupphandla varor och tjänster skall den fastställa beloppsgränser eller på annat sätt fastställa när direktupphandling får ske.<sup>11</sup>

Under tröskelvärdena finns inte några särskilt angivna minimitider för att lämna anbud. Kravet är att den upphandlande enheten anger en skälig tid för att lämna anbud.

## **2.7 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)**

I samband med det nya regelverkets införande inrättades NOU, en särskild tillsynsmyndighet för offentlig upphandling. NOU är en statlig myndighet som består av ett kansli och en nämnd. Kansliet som har nio anställda sköter den löpande verksamheten och svarar för kontakten med upphandlande enheter, andra organisationer och enskilda.

NOU:s uppgifter delas in i tre verksamhetsgrenar: *information och rådgivning, tillsyn* samt *utveckling*. Ambitionen när det gäller information och rådgivning är att nämnden skall lämna muntlig och skriftlig information till främst upphandlande enheter för att underlätta tillämpningen av upphandlingsreglerna. När det gäller tillsyn sägs det i regleringsbrevet att NOU skall på annat sätt än genom information och rådgivning se till att regelsystemet efterlevs. I utvecklings-verksamheten ingår att NOU ska följa direktivförändringar och rättstillämpning inom EU. Nämnden ska också följa den allmänna utvecklingen inom offentlig upphandling i syfte att föreslå nödvändiga förändringar i LOU samt bidra till att skapa en effektivare och mer miljömedveten offentlig upphandling.

Information och rådgivning sker huvudsakligen genom nyhetsbrevet NOU-info och information i telefon. Renodlad tillsyn initieras främst genom skriftliga klagomål. Enligt regleringsbrevet för budgetåret 1998 skall den individuella informationen minskas till förmån för ökad tillsyn.

NOU-info ges ut fyra gånger per år. Ett exemplar sänds gratis ut till 4 000 upphandlande enheter. En upphandlande enhet som önskar fler

---

<sup>11</sup> 6 kap 2§ LOU "Den upphandlande enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling."

exemplar kan teckna en prenumeration. NOU-info kommer under första halvåret 1998 att förmedlas genom en hemsida på Internet. Möjligheten att prenumerera på en papperskopia kommer dock att kvarstå tills vidare.



### **3 Den offentliga upphandlingen och LOU:s övergripande effekter**

#### **3.1 Omfattning och fördelning**

Uppskattningar som har gjorts under senare år värderar marknaden för offentlig upphandling till runt 300 miljarder kronor per år.<sup>12</sup> Staten beräknas stå för cirka en tredjedel, kommunerna tillsammans med kommunala bolag för omkring hälften och landstingen för cirka en femtedel av upphandlingen. Kyrkliga kommuner, stiftelser, föreningar, samfälligheter m.fl. står för en mycket begränsad del. Ungefär halva upphandlingen utgörs av olika typer av tjänster, ca en tredjedel är byggtreprenader medan varor utgör omkring en femtedel av den totala upphandlingen.

Med stöd av enkätsvaren kan vi uppskatta att de drygt 1 100 enheterna som representeras av de svarande upphandlar varor och A-tjänster till ett värde av ca 114 miljarder kr per år, varav staten och kommunerna står för ungefär en tredjedel vardera (Figur 3.1).

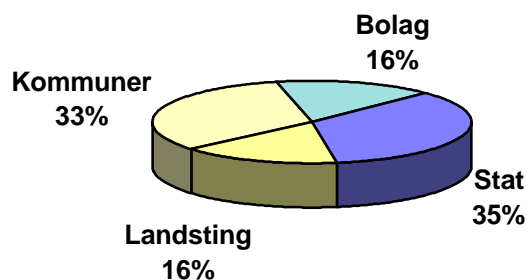
När det gäller upphandlingens fördelning efter enheternas storlek råder ett 80/20 förhållande, dvs. 80 procent av antalet enheter står för 20 procent av värdet på upphandlingen (Tabell 3.1). Omvänt svarar således drygt 200 enheter för 80 procent av värdet på hela den offentliga upphandlingen. En dryg tredjedel (443 st) av samtliga enheter har ingen upphandling över tröskelvärdena och berörs därmed inte av reglerna som följer av EG-direktiven.

Hur upphandlingen är organiserad varierar. Delvis beror det naturligtvis på att förutsättningarna för olika verksamheter kan vara vitt skilda. Det vanligaste är att upphandlingen är centralt organiserad (Tabell 3.2). Ungefär hälften av de upphandlande enheterna har helt centraliserad upphandling medan var fjärde enhet är helt decentraliserad. Dock står de senare endast för knappt tio procent av det totala värdet på upphandlingen.

---

<sup>12</sup> Se t.ex. SOU 1996:23.

**Figur 3.1**      **Fördelning av offentlig upphandling per sektor**  
 Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
 Upphandlingens värde i %



Källa: SCB enkät

**Tabell 3.1**      **Fördelning av offentlig upphandling efter storleken på enheternas upphandling**  
 Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

<i>Upphandling, miljoner kr</i>	<i>Antal enheter</i>	<i>%</i>	<i>Total upphandling, miljarder kr</i>	<i>%</i>
< 100	918	82	24	21
> 100	208	18	91	79
<b>Total</b>	<b>1 126</b>	<b>100</b>	<b>115</b>	<b>100</b>

\* Tolv enheter har inte angivit storleken på sin upphandling.

Källa: SCB enkät

**Tabell 3.2 Fördelning av offentlig upphandling efter organisationstyp**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

Organisationstyp	Antal enheter	%	Total upphandling, miljarder kr	%
Central upphandling	519	47	56	50
Delvis decentraliserad	230	21	41	37
Helt Decentraliserad	256	23	10	9
Annat sätt*	104	9	5	4
<b>Total</b>	<b>1 109**</b>	<b>100</b>	<b>112</b>	<b>100</b>

\* Olika varianter anges t.ex.: 1) två centrala inköpsenheter, 2) har haft central inköpsenhet men nu bytt, 3) företagsledningen, 4) annan myndighet sköter upphandlingen 5) kommunförbund.

\*\* 29 enheter har inte angivit vilken organisationsform man har.

Källa: SCB enkät

### 3.2 Leverantörer

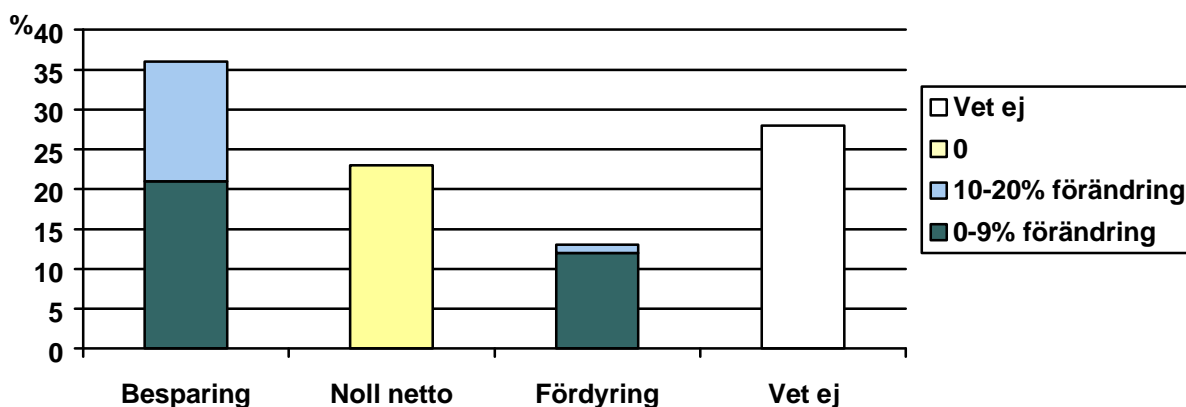
De flesta leverantörer som besvarat enkäten har en omfattande försäljning till den offentliga sektorn. Cirka två tredjedelar har en försäljning till det offentliga som är större än fem miljoner kr. I SAF-urvalet finns det en större andel stora leverantörer till den offentliga sektorn jämfört med TED-urvalet men mer än hälften i båda grupperna har en försäljning till den offentliga sektorn som överstiger 50 procent av deras totala försäljning. SAF-företagen är emellertid i högre grad involverade i upphandling över tröskelvärdena än leverantörerna i TED-urvalet.

Ungefär hälften i vardera gruppen har en försäljning till den kommunala sektorn som är 25 procent eller högre av den totala försäljningen. Det gör kommunerna till den vanligaste kundgruppen för dessa företag. Landstingen är den näst vanligaste kundgruppen medan det är förhållandevis få företag som har affärer med statliga myndigheter.

### 3.3 Övergripande effekter av LOU

Enkätsvaren visar att en övervägande del av antalet upphandlande enheter anser att införandet av LOU har haft positiva effekter (Figur 3.2). En åttondel av enheterna menar att man har haft negativa effekter medan en fjärdedel anser att LOU inte har gett några nettoeffekter alls.

**Figur 3.2 LOU:s ekonomiska nettoeffekter**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %



Källa: SCB enkät, intervjuer

De positiva effekterna är särskilt vanliga bland större enheter och sådana som har upphandling över tröskelvärdena (Tabell 3.3 & 3.4). Att besparingar har varit vanligare för de större upphandlingarna kan tyckas logiskt eftersom LOU i praktiken inte medförde någon mer omfattande förändring vad gäller reglerna för upphandling under tröskelvärdena.

**Tabell 3.3 LOU:s ekonomiska nettoeffekter efter storlek på upphandlingen**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

<i>Upphandling, miljoner kr</i>	<i>Besparing</i>	<i>+/- 0</i>	<i>Fördyring</i>	<i>Vet ej</i>	<i>Total</i>
<i>&lt; 100</i>	34	22	13	31	100
<i>&gt; 100</i>	40	26	14	19	100
<b>Totalt</b>	<b>36</b>	<b>23</b>	<b>13</b>	<b>28</b>	<b>100</b>

Källa: SCB enkät

**Tabell 3.4 LOU:s ekonomiska nettoeffekter efter typ av upphandling**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

<i>Upphandling</i>	<i>Besparing</i>	<i>+/- 0</i>	<i>Fördyring</i>	<i>Vet ej</i>	<i>Total</i>
<i>Endast under tröskelvärdena</i>	24	28	18*	31	100
<i>Övriga</i>	44	19	11	27	100
<b>Totalt</b>	<b>36</b>	<b>23</b>	<b>13</b>	<b>28</b>	<b>100</b>

\*Fördyringarna har till 85 procent uppkommit bland små kommunala bolag. Det bör påpekas att det är mycket få kommuner som inte har upphandling över tröskelvärdena. För sektorsvis jämförelser se vidare avsnitt 3.4.

Källa: SCB enkät

Som framgår av Tabell 3.5 har lagen medfört både besparingar och fördyringar men den årliga nettoeffekten vid upphandling av varor och A-tjänster kan uppskattas till en besparing på ca 1,8 miljarder kr eller 1,6 procent av den totala upphandlingen av varor och A-tjänster. Även om man bör betrakta sådana här uppskattningar med en viss försiktighet är det ändå tydligt vilken riktning och styrka effekterna har.

En mycket liten del av de upphandlande enheterna menar att LOU har lett till att kvaliteten eller ändamålsenligheten på upphandlade varor och tjänster har påverkats negativt. Enligt majoriteten har det inte skett någon förändring alls. Bland leverantörerna är det emellertid en betydande andel som anser att avvägningen mellan pris, innehåll och kvalitet har blivit sämre. Skälen till detta diskuteras närmare i kapitel 4.

Effekterna på upphandling av B-tjänster och byggtreprenader framgår inte av enkäten. Ett rimligt antagande är att effekterna i varje fall har varit desamma som för upphandling under tröskelvärdena. B-tjänster omfattas av samma regler som upphandling under tröskelvärdena och det är ett mycket litet antal upphandlingar av byggtreprenader som har annonserats enligt reglerna över tröskelvärdena. En mycket stor del av den här upphandlingen bör alltså ske enligt reglerna i LOU:s sjätte kapitel.

Av Tabell 3.4 framgår att andelen enheter som inte har upphandling över tröskelvärdena och som anger besparingar endast uppgår till hälften jämfört med gruppen övriga enheter. Vi antar således att vid upphandlingen av B-tjänster och byggtreprenader uppgår nettobesparingen till 0,8 procent, dvs. hälften av besparingen vid upphandling av varor och A-tjänster. Eftersom upphandlingen av B-tjänster och byggtreprenader bör motsvara ett värde på omkring 200 miljarder kronor uppgår nettobesparingen till ca 1,5 miljarder kr.

En försiktig uppskattning av den sammanlagda årliga nettoeffekten av att LOU infördes ger alltså en nettobesparing på ca 3,3 miljarder kr, dvs. ungefär en procent av den totala upphandlingen. Därutöver är det fullt troligt att LOU har gett vissa indirekta effekter t.ex. genom att egenregiverksamhet omprövats i effektiviserande riktning.

---

**Tabell 3.5**      **Upphandling och LOU:s ekonomiska effekter per sektor, grupp och år**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Miljarder kr

---

*Upphandling    Besparing    Fördyring    Netto\**

<i>Staten</i>	39,9	0,5	0,6	0
- <i>Stora myndigheter</i>	28,8	0,3	0,1	0,3
- <i>Små myndigheter</i>	9,0	0,1	0,5	-0,4
- <i>Regionala enheter</i>	2,1	0,1	0,0	0,1
 <i>Landsting</i>	 18,2	 0,2	 0,1	 0,1
- <i>Centrala inköpsenheter</i>	11,2	0,2	0,1	0,1
- <i>Med. Tekn. chefer</i>	1,0	0,0	0,0	0,0
- <i>Sjukhus</i>	6,0	0,0	0,0	0,0
 <i>Kommuner</i>	 37,6	 1,4	 0,2	 1,2
- <i>Stora kommuner</i>	20,0	0,5	0,1	0,4
- <i>Små kommuner</i>	17,6	0,9	0,1	0,8
 <i>Bolag</i>	 18,5	 0,8	 0,3	 0,5
- <i>Landstingsbolag</i>	3,9	0,1	0,1	0,0
- <i>Kommunala bolag, stora</i>	9,4	0,5	0,1	0,3
- <i>Kommunala bolag, små</i>	5,2	0,2	0,1	0,2
 <b>Total</b>	 <b>114,2</b>	 <b>3,0</b>	 <b>1,2</b>	 <b>1,8</b>

\* Avvikelser p.g.a. avrundning förekommer.

Källa: SCB enkät, intervjuer

### 3.4 Effekter sektorsvis

Kommunerna står för en stor andel av besparingarna såväl i absoluta belopp som relativt värdet på upphandlingen (Tabell 3.5). I synnerhet de små kommunerna har gjort stora besparingar. Även när det gäller gruppen bolag redovisas goda besparingseffekter, särskilt då stora kommunala bolag.

**Tabell 3.6 LOU:s nettoeffekter per sektor och grupp**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

Besparing %			+/- 0	Fördyring %			Vet ej	Total
>20	10-20	1-9		1-9	10-20	>20		

<i>Staten</i>	0	20	25	14	3	3	0	35	100
- Stora myndigheter	0	16	21	21	10	0	0	32	100
- Små myndigheter	0	16	29	13	3	5	0	34	100
- Regionala enheter	1	30	17	14	1	0	0	37	100
<i>Landsting</i>	0	0	13	32	29	1	0	24	100
- Centrala inköpsenheter	0	0	37	38	4	4	0	17	100
- Med. tekn. chefer	0	0	0	20	60	0	0	20	100
- Sjukhus	0	0	5	42	16	0	0	37	100
<i>Kommuner</i>	0	15	32	21	8	0	0	24	100
- Stora kommuner	0	5	47	30	10	0	0	8	100
- Små kommuner	0	16	30	19	8	0	0	27	100
<i>Bolag</i>	0	13	10	30	20	1	0	26	100
- Landstingsbolag	0	3	26	42	13	0	3	13	100
- Kommunala bolag, stora	0	14	24	33	10	5	0	14	100
- Kommunala bolag, små	0	14	7	29	21	0	0	29	100
<b>Totalt</b>	<b>0</b>	<b>15</b>	<b>21</b>	<b>23</b>	<b>12</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>28</b>	<b>100</b>

Källa: SCB enkät

De största fördyringarna har uppstått i statliga myndigheter. I förhållande till sin andel av upphandlingen svarar den statliga sektorn således för en relativt stor del av fördyringarna. Vidare härrör nästan 90 procent av fördyringarna i den statliga sektorn från små myndigheter.

Tabell 3.6 redovisar hur motsvarande fördelning ser ut när det gäller antalet enheter. Genom att studera den kan man bedöma hur allmängiltiga förhållandena är. Ett stort antal av kommunerna bidrar till de stora besparingar som redovisats för den kommunala sektorn. Att betydande besparingar gjorts bland stora kommunala bolag kan också tillskrivas en stor andel av enheterna i den gruppen.

Andelen små statliga myndigheter som anger att LOU har lett till fördyringar är däremot mindre än åtta procent, dvs. 18 stycken av



myndigheterna. Den stora fördyringen bland små myndigheter tycks således inte bero på generella problem för den typen av enhet.<sup>13</sup>

Bland statliga myndigheter som inte har någon upphandling över tröskelvärdena har det knappast förekommit några fördyringar alls utan tvärtom rapporterar en mycket stor andel av dessa besparingar. Det rör sig om ett hundratal små och regionala enheter som tillsammans upphandlar för omkring en miljard kr.

När det gäller små kommunala bolag har en stor andel upplevt fördyringar. Det är framförallt de enheter som inte har någon upphandling över tröskelvärdena som menar att LOU har medfört negativa effekter. Här är bilden alltså rakt motsatt jämfört med den som framtonar för den statliga sektorn. Det är frågan om något färre än 100 enheter som tillsammans upphandlar för drygt en miljard kr. Övriga bolag rapporterar fördyringar i mycket mindre utsträckning. Istället har en stor andel av dessa gjort besparingar.

Inom landstinget är man tämligen positiv från centralt håll medan medicintekniska chefer och sjukhus visar mer negativa resultat. Enkätundersökningen visar att en stor del av de medicintekniska cheferna inte genomför någon självständig upphandling alls utan förlitar sig på de centrala inköpsenheterna. Av de som gör upphandlingar själva, ungefär varannan, visar de flesta negativa effekter.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att många enheter, små och stora, tillsammans har gjort betydande besparingar. Det är i den kommunala sektorn inklusive bolagen som de stora nettobidragen till besparingar har tillkommit. Det framgår vidare att det är ett fåtal myndigheter som står för huvuddelen av fördyringarna. I kommunal och statlig sektor är den positiva trenden utbredd bland det stora flertalet enheter medan bilden är mer splittrad när det gäller landsting och bolag.

---

<sup>13</sup> I själva verket står *en* liten myndighet med en upphandling som värdemässigt överstiger vad många enheter i gruppen stora myndigheter har för nästan hela fördyringen. På grund av att de små myndigheterna viktas upp med faktorn 6 får den aktuella myndigheten en stor genomslagskraft på fördyringarna (som den anger till 10-20 procent).

## 4 Reglerna

### 4.1 Attityder

Enkäterna innehöll en undersökning av aktörernas attityder till LOU. De upphandlande enheterna tillfrågades hur de anser att vissa regler påverkar effektiviteten i upphandlingen (Tabell 4.1).<sup>14</sup> Det framgår att kommunerna är mest positiva till lagens inverkan på upphandlingen medan bolagen förefaller vara mest negativa. Mer än hälften av bolagen tycker att inte en enda av reglerna som det frågades om höjer effektiviteten.

---

**Tabell 4.1**      **Antal LOU-regler\* som upphandlande enheter anser höja effektiviteten**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

---

	<i>Ingen</i>	<i>1-2</i>	<i>3-4</i>	<i>5-6</i>	<i>7-9</i>
<i>Staten</i>	40	29	14	15	2
<i>Landsting</i>	37	41	12	9	0
<i>Kommuner</i>	28	18	29	20	5
<i>Bolag</i>	54	29	9	7	0
<b>Total</b>	<b>42</b>	<b>27</b>	<b>16</b>	<b>13</b>	<b>2</b>

---

\* De regler som frågades om framgår av Tabell 4.3

Källa: SCB enkät

---

<sup>14</sup> Vilka regler det frågats om framgår av Tabell 4.3.

Leverantörerna tillfrågades om deras generella uppfattning om LOU. Som väntat var man totalt sett mer positiv än negativ i båda grupperna (Tabell 4.2). Leverantörerna som ingick i SAF-urvalet var emellertid betydligt mer positiva till lagen än de som plockats ur TED.

---

**Tabell 4.2**    **Leverantörernas uppfattning om LOU**

Antal leverantörer i %

---

	<i>Positiv</i>	<i>Negativ</i>	<i>Neutral</i>	<i>Ingen uppfattning</i>	<i>Total</i>
<i>TED</i>	24	18	45	12	100
<i>SAF</i>	45	4	34	17	100

---

Källa: SCB enkät

De upphandlande enheterna är övervägande positiva till reglerna om leverantörskontroll medan man är övervägande negativa till reglerna om tidsfrister (Tabell 4.3). Reglerna om tekniska standarder, val av upphandlingsförfarande och upphandling under tröskelvärdena anser de flesta inte påverka effektiviteten alls. Detsamma gäller reglerna om förhandsannonsering och annonsering av avslutad upphandling.

#### **4.1.1 Upphandling över tröskelvärdena**

När det gäller reglerna om annonsering av aktuell upphandling så är det fler som anser att LOU:s regler höjer än som anser att de sänker effektiviteten. Vid intervjuer har det emellertid också framkommit att annonseringen i EGT ibland upplevs som "ett spel för galleriet". Man har pekat på sådana fall då karaktären på det som skall levereras i praktiken förutsätter en lokal leverantör. Ett exempel på detta är skolskjutsar, ett annat är ramavtal för reparationer och underhåll på fastigheter. Enheterna som yttrat sig menar att hela proceduren med annonsering i EGT känns onödig i ett sådant fall.

**Tabell 4.3 Upphandlande enheters attityder till lagstiftningen**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

Antal enheter i %

---

<i>Reglerna om...</i>	<i>Höjer</i>	<i>Sänker</i>	<i>Påverkar ej</i>	<i>Vet ej</i>
	<i>effektiviteten</i>			
<i>...förhandsannonsering</i>	4	11	39	46
<i>...annonsering av aktuell upphandling</i>	30	10	30	30
<i>...annonsering av avslutad upphandling</i>	1	12	40	47
<i>...tekniska standarder</i>	19	9	38	34
<i>...leverantörskontroll</i>	41	7	36	16
<i>...val av upphandlingsförfarande</i>	28	13	41	18
<i>...tidsfrister</i>	13	35	32	20
<i>...upphandling under tröskelvärdena</i>	29	14	41	16
<i>...överprövning och skadestånd*</i>	14	13	26	46

---

Källa: SCB enkät

En grupp som är särskilt negativ till de olika reglerna om annonsering är de medicintekniska cheferna. Kommunerna däremot är mer positiva och i synnerhet då till reglerna om annonsering av aktuell upphandling. Nästan varannan kommun anser att de reglerna höjer effektiviteten.

När det gäller tekniska standarder anser landsting och kommuner i stor utsträckning att de reglerna höjer effektiviteten. Reglerna om tidsfrister är minst populära bland kommunerna. Nästan hälften anser att effektiviteten sänks genom de reglerna. Vid intervjuer har man överlag anfört skälet att de är för långa. Bland leverantörerna upplever man väldigt olika hur de faktiska tidsfristerna har förändrats. En knappt övervägande del, drygt 40 procent, anser dock att de har blivit längre. De stora flertalet leverantörer anser att tidsfristerna är lagom. Omkring en femtedel anser emellertid att de är för korta medan ytterst få menar

att tidsfristerna är för långa. Mönstret ser likadant ut både över och under tröskelvärdena.

En särskilt omdebatterad fråga är lagens restriktiva regler för när man får förhandla med anbudsgivaren. Hälften av de upphandlande enheterna menar att reglerna påverkar det slutliga priset negativt, dvs. det blir dyrare. Bland landstingens centrala inköpschefer anser hela 83 procent att det slutliga priset påverkas negativt. Att priserna skulle kunna pressas ytterligare genom förhandlingar hävdas från många håll och man har i princip samma uppfattning i alla sektorer. De minskade möjligheterna att förhandla framhålls också som den främsta orsaken till de kraftiga fördyringar i gruppen små statliga myndigheter som redovisats i avsnitt 3.4.

Bland leverantörerna hävdar en övervägande andel att priskonkurrensen ökar när förhandlingar inte tillåts. Nästan hälften av de som tillhandahåller A-tjänster anser att priskonkurrensen ökar medan ca en tredjedel av varuleverantörerna hävdar detsamma.

Det är samtidigt förhållandevis många som inte uttrycker någon åsikt i frågan.

Uppfattningarna om hur priserna påverkas går isär bland leverantörerna. Å ena sidan anser cirka en tredjedel av A-tjänstleverantörerna och en femtedel av varuleverantörerna att priserna överlag blir lägre tack vare färre förhandlingar. Å andra sidan menar en femtedel i båda kategorierna av leverantörer att priserna blir högre på grund av att förhandlingar inte äger rum. Det väger således över en aning åt att priserna blir lägre.

Det är emellertid en mycket stor andel av leverantörerna som anser att reglerna om förhandlingar leder till att avvägningen mellan pris, kvalitet och innehåll blir sämre till nackdel för kunden. Nästan 60 procent av A-tjänstleverantörerna och något mindre än hälften av varuleverantörerna har den uppfattningen. Denna problematik har också bekräftats vid intervjuer med ett flertal upphandlande enheter (som tillsammans representerar upphandling för flera miljarder) och även då har problem vid tjänsteupphandling nämnts. Bland annat anses reglerna indirekt ställa orimligt höga krav på beställarkompetens. Vid upphandling av sofistikerad utrustning eller intellektuella tjänster är det ofta svårt att i

förväg exakt definiera behov och tänkta lösningar. Det framhålls att det finns ett särskilt stort behov av att få förhandla i sådana situationer. Detsamma gäller vid upphandling inom områden där den tekniska utvecklingen går mycket snabbt. Att möjligheterna till förhandlingar har kringkurits påstås från flera håll därför kunna leda till att utfallen inte blir helt tillfredsställande, vilket alltså också bekräftas av leverantörerna.<sup>15</sup>

Vidare anser en övervägande del av de upphandlande enheterna att omkostnader för administration påverkas negativt av reglerna om förhandlingar. Det motiveras i huvudsak med att ett avsevärt större arbete måste läggas ner på att utarbeta förfrågningsunderlag. Nästan hälften anser dessutom att inköparnas arbetssituation påverkas negativt. Bland annat påpekar några inköpare att de nu känner sig mer som byråkrater och mindre som affärsmän. Det anförs att det på sikt kan leda till ökade svårigheter att rekrytera kompetent personal.

#### **4.1.2 Upphandling under tröskelvärdena**

Reglerna för upphandling under tröskelvärdena höjer effektiviteten enligt hälften av kommunerna vilket är betydligt över genomsnittet. Det är en betydligt mindre andel av kommunerna, ca 20 procent, som anser att samma regler sänker effektiviteten. Även ett stort antal av både stora och små statliga myndigheter menar att reglerna för upphandling under tröskelvärdena höjer effektiviteten. Över 40 procent av de stora myndigheterna menar att effektiviteten höjs och den grupp statliga myndigheter som inte har någon upphandling över tröskelvärdena och som har rapporterat besparingar menar att reglerna under tröskelvärdena har bidragit till effekten. Hela 56 procent i den gruppen anser att reglerna höjer effektiviteten. Nästan 40 procent av de

stora kommunala bolagen anser att reglerna under tröskelvärdena höjer effektiviteten, att jämföra med genomsnittet på knappt 30 procent. Mer negativa är de små kommunala bolagen där endast sju procent anser att

---

<sup>15</sup> Möjligheterna enligt LOU att genomföra förhandlingar är större vid upphandling av tjänster (5 kap) än vid upphandling av varor (2 kap).

reglerna höjer effektiviteten medan 14 procent anser att den sänks. Detta speglar också de resultat som redovisades i kapitel 3.

Av enkäten framgår således att kommunerna är särskilt positiva till reglerna i LOU. Vid intervjuerna har det framkommit, främst bland kommuner och kommunala bolag men även statliga myndigheter, att LOU innebar ett paradigmskifte. Även om reglerna under tröskelvärdena i mångt och mycket är desamma som det tidigare kommunala upphandlingsreglementet och den statliga upphandlingsförordningen så innebar upphöjelsen till lag att de fick en större genomslagskraft. Nästan 40 procent av de stora kommunala bolagen anser att reglerna under tröskelvärdena höjer effektiviteten, att jämföra med genomsnittet på knappt 30 procent. Från flera håll menar man att det gamla upphandlingsreglementet i praktiken betraktades som ett mer eller mindre dispositivt regelverk.

De upphandlande enheterna tillfrågades också hur olika förändringar av reglerna under tröskelvärdena skulle påverka effektiviteten. Nästan hälften anser att krav på nationell annonsering skulle sänka effektiviteten. Det är framförallt bland bolagen som man ställer sig negativ till en sådan idé. Mest positiv är man bland kommunerna även om de negativa reaktionerna fortfarande överväger.

Cirka en fjärdedel av leverantörerna anser dock att krav på nationell annonsering skulle höja effektiviteten medan en mycket mindre andel anser att effektiviteten skulle sänkas med ett annonskrav. Omkring 40 procent av leverantörerna anser att effektiviteten skulle höjas om det inrättades ett särskilt annonsforum där annonsering var obligatorisk.

Många upphandlande enheter anser att selektiv upphandling skulle kunna öka effektiviteten. Den åsikten har man särskilt bland kommunerna där mer än varannan anser det. Vid intervjuer har man motiverat detta med att vid vissa typer av upphandlingar blir mängden anbuden ibland nästan ohanterlig. Därför skulle man vilja kunna

begränsa antalet anbudsgivare. Ingen har dock påstått att detta är ett stort problem.

Att ett lagreglerat maxvärde för direktupphandling skulle sänka effektiviteten är den vanligaste åsikten i de flesta grupper. Kommunerna skiljer sig från mängden genom att en stor andel anser att ett maxvärde för direktupphandling skulle höja effektiviteten.

Av enkäten framgår det att endast två tredjedelar av samtliga enheter har fastställt särskilda riktlinjer för direktupphandling. Bland de kommunala bolagen är det bara drygt en tredjedel som har riktlinjer. Av de som har riktlinjer har praktiskt taget alla fastställt en beloppsgräns.

## 4.2 Tillämpning

Undersökningen har också berört frågan om hur reglerna efterlevs. NOU:s generella utgångspunkt är givetvis att alla regler alltid skall följas. Det visade sig dock att många inte alltid gör det. Det frågades om reglerna som gäller över tröskelvärdena och endast enheter som har sådan upphandling ombads svara.

**Tabell 4.4 Upphandlande enheters efterlevnad av LOU**  
Varor och A-tjänster, över tröskelvärdena  
Antal enheter i %

	Alla regler följs	Antal regler som inte alltid följs			Inget svar avlämnat
		1-2	3-4	5-6	
<i>Staten</i>	62	30	3	0	5
<i>Landsting</i>	71	21	2	0	10
<i>Kommuner</i>	41	53	3	0	3
<i>Bolag</i>	25	50	13	1	11
<b>Total</b>	<b>45</b>	<b>43</b>	<b>6</b>	<b>0</b>	<b>6</b>

Källa: SCB enkät

Omkring hälften anger att alla regler följs såvitt kan bedömas (Tabell 4.4). Nästan hälften av leverantörerna uppfattar att inköparna följer LOU medan ca en fjärdedel menar att inköparna inte alltid åtföljer lagen. I stort sett överensstämmer det alltså med uppgifterna som kommer ifrån de upphandlande enheterna.



Bland bolagen är det bara en fjärdedel som menar att man följer alla regler, i landstinget gör däremot mer än två tredjedelar det. Det vanligaste regelbrottet är att reglerna om förhandsannonsering inte följs, nästan 40 procent anger att man inte gör det. Vid intervjuerna hänvisar man främst till tidsbrist när det gäller förhandsannonsering och annonsering av avslutade upphandlingar.

Det stora flertalet följer reglerna när det gäller annonsering av aktuell upphandling. Bolagen är dock överlag sämst på att följa reglerna om annonsering och särskilt då små kommunala bolag. När det gäller annonsering av aktuell upphandling är det hela 17 procent i den gruppen som inte följer reglerna vilket skall jämföras med genomsnittet på fyra procent.

När det gäller reglerna om förhandlingar menar cirka en tredjedel av leverantörerna att de upphandlande enheterna i mindre utsträckning utnyttjar förhandlingar idag än innan LOU infördes medan knappt 15 procent av leverantörerna förhandlar mer.

Av de leverantörer som kommer i kontakt med upphandling över tröskelvärdena anser endast runt 40 procent att de upphandlande enheterna sköter sin annonsering av aktuell upphandling bra och betydligt färre när det gäller förhandsannonsering och annonsering av avslutad upphandling. Cirka tio procent av leverantörerna bedömer att deras bevakning av annonseringen skulle öka om de som upphandlar blev bättre på att annonsera.

Drygt 20 procent av leverantörerna menar att det går smidigt att hitta rätt bland annonserna medan knappt 20 procent menar att deras bevakning av annonsering sannolikt skulle öka om den kunde göras smidigare.

Lagen har också lett till en ökning av omkostnader för upphandling, främst personalkostnader. Två tredjedelar av enheterna menar att behovet av arbetsinsats har ökat efter införandet av LOU (Tabell 4.5). Det är främst över tröskelvärdena som så är fallet. Mer tid läggs helt enkelt ner på att förbereda och handlägga större upphandlingar (Se också avsnitt 4.1.1). En stor del anser att den extra insatsen har lönat sig

medan andra hävdar det motsatta. Det är särskilt kommuner och landsting som upplevt en ökad arbetsbelastning. Även majoriteten av företag lägger idag ner mer resurser på att utarbeta anbud än vad man gjorde tidigare.

**Tabell 4.5 Förändring av arbetsinsats som följd av att LOU infördes**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

	<i>Arbetsinsats</i>			<i>Vet ej</i>
	<i>har ökat</i>	<i>är oförändrad</i>	<i>har minskat</i>	
<i>Stat</i>	62	11	2	25
<i>Landsting</i>	80	4	0	16
<i>Kommuner</i>	81	3	0	16
<i>Bolag</i>	58	31	0	11
<b>Total</b>	<b>67</b>	<b>16</b>	<b>0</b>	<b>17</b>

Källa: SCB enkät

### **4.3 Information och kompetens**

Bland leverantörerna är meningarna delade när det gäller inköparnas kunskap om LOU. Cirka en tredjedel tycker att kunskaperna är goda medan en tredjedel tycker att de är dåliga. Detsamma gäller frågan om inköparnas allmänna yrkeskompetens. Villkoren har också uppenbarligen förändrats sedan LOU infördes. Nästan 90 procent av de upphandlande enheterna anser att både behovet av kompetens och information har ökat i och med införandet av LOU.

De upphandlande tillfrågades vad de saknar när det gäller att tillgodose behovet av information och kompetens. Hälften saknar praktiskt inriktad litteratur, en tredjedel saknar särskilda föreskrifter liknande RRV:s föreskrifter till den statliga upphandlingsförordningen och cirka en femtedel saknar bättre utbildningsmöjligheter.

De upphandlande enheterna tillfrågades också var de anser att de bäst får information om tillämpningen av LOU. Utöver tillsynsmyndigheten NOU finns det en rad andra organisationer som i mer eller mindre begränsade kretsar lämnar råd t.ex. angående lagtolkningen. Det framgår av enkäten att NOU åtnjuter ett relativt stort förtroende hos de upphandlande enheterna (Tabell 4.6). Bland de statliga myndigheterna anser mer än fyra av fem att NOU lämnar den bästa informationen om lagens tillämpning.

---

**Tabell 4.6**      **Upphandlande enheter som anser att NOU lämnar bäst information och rådgivning om tillämpning av LOU\***

Antal enheter i %

---

<i>Staten</i>	82
<i>Landsting</i>	50
<i>Kommuner</i>	69
<i>Bolag</i>	53
<b>Total</b>	<b>67</b>

---

*\* Ett antal enkätbesvarare har satt fler kryss än ett. Bland kommunerna t.ex. tycker samtidigt 47 procent att bäst information fås från Svenska kommunförbundet .*

Källa: SCB enkät

### **4.3.1 Nämnden för offentlig upphandling**

Medan de flesta upphandlande enheter på något sätt kommit i kontakt med NOU har en mycket liten del av leverantörerna gjort det. Omkring

80 procent av leverantörerna uppger att de inte har haft någon kontakt med NOU. Någon leverantör tycker att NOU:s verksamhet är ”för otydlig”. Det kan tänkas att många leverantörer inte känner till NOU. En idé som framförts av två olika leverantörer är att den upphandlande enheten i samband med anbudsinfordran skall vara skyldig att kort informera om NOU.

I genomsnitt var tredje upphandlande enhet har kontaktat NOU i ett rådgivningsärende (Tabell 4.7). De som i minst utsträckning sagt sig kommit i kontakt med NOU är bolagen särskilt de små kommunala bolagen varav endast sju procent uppger sig ha kommit i kontakt med NOU i samband med rådgivning. Om man tittar särskilt på små kommunala bolag som har upphandling över tröskelvärdena och som anser att behovet av information och kompetens har ökat så har faktiskt inget av de bolagen utnyttjat NOU:s rådgivning. Det tycks inte heller bero på ett utbrett missnöje med NOU, hälften av dem tycker att bäst information fås från NOU.

**Tabell 4.7 Andel enheter som kommit i kontakt med NOU**  
Antal enheter i %

	<i>Rådgivning</i>	<i>Klagomåls- ärenden</i>	<i>NOU-info</i>	<i>Annat sätt</i>
<i>Staten</i>	45	0	85	12
<i>Landsting</i>	27	5	72	9
<i>Kommuner</i>	50	4	67	13
<i>Bolag</i>	13	1	64	2
<b>Totalt</b>	<b>34</b>	<b>2</b>	<b>73</b>	<b>9</b>

Källa: SCB enkät

Det är också bland de små kommunala bolagen som man i minst utsträckning anser att behovet av kompetens och information har ökat. Mer än var fjärde bolag anser att varken behovet av kompetens eller information har ökat. Genomsnittet för de andra sektorerna ligger

mellan noll och åtta procent. Bland de bolag som har upphandling över tröskelvärdet anger 17 procent att behovet inte har ökat. Bolagen är också de som i minst utsträckning efterfrågar bättre utbildningsmöjligheter eller praktisk inriktad litteratur. Däremot är små kommunala bolag mer angelägna än andra grupper om att få särskilda föreskrifter för upphandling. Omkring var femte enhet tycker så.

NOU får överlag goda betyg för sin *Rådgivning*.<sup>16</sup> Hela 70 procent menar att rådgivningen är bra eller mycket bra och ytterligare 20 procent ger betyget godkänt medan mindre än 5 procent är missnöjda (Tabell 4.8). Mest nöjd är man på den statliga sidan.

Några av de som anser att rådgivningen är dålig har också lämnat ytterligare kommentarer och synpunkter. Det är tre trafikbolag i landstingssektorn, en statlig mindre myndighet samt fem kommuner.

**Tabell 4.8 Betyg för NOU:s rådgivning**  
Antal enheter i %

	<i>Mycket Bra</i>	<i>Bra</i>	<i>Godkänd</i>	<i>Dålig</i>	<i>Mycket Dålig</i>	<i>Vet ej</i>
<i>Staten</i>	19	57	22	1	0	1
<i>Landsting</i>	11	38	45	0	0	6
<i>Kommuner</i>	18	52	20	6	0	5
<i>Bolag</i>	5	61	21	8	0	5
<b>Totalt</b>	<b>16</b>	<b>54</b>	<b>22</b>	<b>4</b>	<b>0</b>	<b>4</b>

Källa: SCB enkät, intervju

Det man framför som problem är t.ex. att handläggningstiden är för lång, att NOU bör bredda sina branschspecifika kunskaper, att svaren ”ofta är oprecisa och svävande” samt att NOU ”kunde vara mer praktiskt inriktat”. Av dessa nio anser flera att man får bäst råd om lagtillämpningen av någon annan än NOU.

Som framgår av Tabell 4.7 har knappt tre fjärdedelar markerat att de har kommit i kontakt med NOU genom NOU-info. Det skulle kunna tolkas så att resten, en dryg fjärdedel, ej tagit del av nyhetsbrevet. Ytterligare ca 10 procentenheter har emellertid, trots att de inte markerat att de tagit

<sup>16</sup> Med rådgivning avses här, både information och rådgivning

del av NOU-info, lämnat en bedömning av den. Således bör åtminstone 85 procent ha läst NOU-info. Vad gäller återstoden, ca 170 enheter, så får man tills vidare dra slutsatsen att de som besvarat enkäten inte sett nyhetsbrevet. När det gäller leverantörerna har endast tio procent kommit i kontakt med NOU-info.

**Tabell 4.9** Betyg för NOU-info, % av antal svarande enheter  
Antal enheter i %

	<i>Mycket Bra</i>	<i>Bra</i>	<i>Godkänd</i>	<i>Dålig</i>	<i>Mycket Dålig</i>	<i>Vet ej</i>
<i>Staten</i>	18	48	24	2	0	8
<i>Landsting</i>	6	22	65	0	0	7
<i>Kommuner</i>	19	50	17	0	4	11
<i>Bolag</i>	1	44	42	1	0	12
<b>Totalt</b>	<b>13</b>	<b>46</b>	<b>30</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>10</b>

Källa: SCB enkät

Av de upphandlande enheter som läst *NOU-info* anser nästan 90 procent att den är godkänd eller ännu bättre och väldigt få är missnöjda (Tabell 4.9). Även leverantörerna är mycket nöjda med NOU-info. Av de som kommit i kontakt med nyhetsbrevet ger över 85 procent betyget godkänt eller bättre.

Ett fåtal kritiska synpunkter om NOU-info har dock lämnats av upphandlande enheter. Några menar t.ex. att den är skriven på ett onödigt krångligt sätt och att det är svårt att hitta i den. Ett förslag som förs fram är att informationen bör struktureras på samma sätt som lagen.

Det är endast ett fåtal enheter (två%) som anger att man varit i kontakt med NOU i *klagomålsärenden*. Av dessa ger 90 procent NOU betyget godkänt eller bättre. Kontakt med NOU på *Annat sätt* har skett genom seminarier, kurser etc. I de sammanhangen är man överväldigande positiv till NOU:s insats. Ingen menar att NOU:s prestation skulle ha varit sämre än godkänd.

---

**Tabell 4.10    Kommentarer till NOU:s verksamhet**

Antal kommentarer\*, oviktade

---

<i>Kommentar</i>	<i>Antal</i>
Tillgänglighet i telefon behöver förbättras	17
Kompetensen behöver breddas	16
NOU-info behöver förbättras/förenklas	13
Fler anställda behövs	8
Svar vid telefonförfrågan är oklara	7
NOU:s roll bör stärkas	5
Fler kommunikationsmöjligheter	5

---

\* Endast synpunkter som delas av minst fem olika enheter listas.

Källa: SCB enkät

En vanlig synpunkt som enheterna lämnar om NOU i allmänhet är att det är svårt att få kontakt med myndigheten inom en rimlig tid (Tabell 4.10). En annan kommentar är att personalens kompetens bör breddas. Olika områden framhålls därvidlag: affärsmässighet, erfarenhet av praktiskt upphandlingsarbete, specifika branschkunskaper mm. Några anser att NOU:s roll som tillsyns- och kontrollorgan bör stärkas, en åsikt som också stöds av många leverantörer. En tredjedel av företagen anser att det behövs mer kontroll av den offentliga upphandlingen.

#### **4.4    Sanktionssystemet**

Leverantörerna är inte helt nöjda med sanktionssystemet. Ungefär en tredjedel anser att det behövs tydligare sanktioner mot enheter som inte följer LOU.

Omkring 40 procent av leverantörerna har övervägt att klaga på upphandling genom överprövning men avstått och 20 procent har efter övervägande avstått från skadeståndstalan. Det viktigaste skälet till att man skulle avstå eller har avstått från att begära överprövning är rädsla för att svartlistas av de upphandlande enheterna. Omkring 60 procent av alla leverantörer anser att det finns en risk att bli svartlistad om man

klagar på en upphandling. Ett annat vanligt skäl är att man tycker det är svårt att veta om man skulle få rätt. Ungefär hälften anger det skälet. Cirka en fjärdedel skulle avstå därför att förfarandet är krångligt. Vidare anser endast en fjärdedel att de har möjlighet att bedöma om en offentlig upphandling sker enligt gällande regler.

Även om sanktionssystemet således kan tyckas ha vissa svagheter har rättsmedlen uppenbarligen ändå haft en viss effekt på de upphandlande enheternas beteende. Nästan 30 procent menar att rättsmedlen har fått till effekt att fler upphandlingar görs i konkurrens nu jämfört med tidigare. Det är särskilt påtagligt bland kommunerna där nästan hälften menar att rättsmedlen har haft den effekten.

När det gäller upphandling under tröskelvärdena är man mer kritisk till rättsmedlen bland kommunerna, cirka en fjärdedel tror att effektiviteten skulle öka om reglerna om överprövning och skadestånd togs bort.

En fråga som förts fram av både leverantörer och upphandlande enheter gäller när en upphandlande enhet inte gör någon regelrätt upphandling alls utan i princip direktupphandlar trots att det förfarandet inte är tillåtet i det enskilda fallet. Överprövning är inte möjlig eftersom avtalet redan är träffat och en leverantör som ju inte på något sätt har varit en part i en upphandling har svårt att i en skadeståndstalan visa att just denne har lidit en ekonomisk skada. Upphandlande enheter påpekar att en enhet som försöker att följa lagen löper större risk att straffas om ett fel begås än en enhet som helt struntar i lagen.



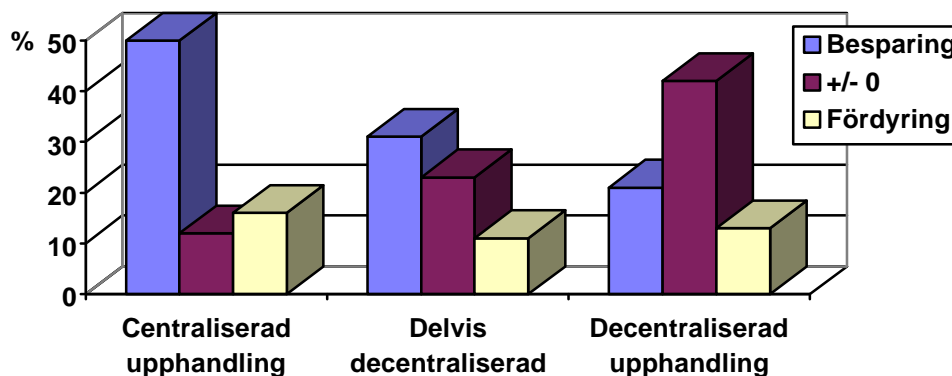
## 5 Organisation och ledning

### 5.1 Effekter för olika organisationsformer

Som framgått tidigare är upphandlingen organiserad på olika sätt i olika enheter, allt i från central styrning till helt decentraliserad verksamhet. Ju mer komplicerade regelstrukturerna och processerna är desto större krav ställs det på specialiserade kunskaper. Många gånger kan det vara en fördel att samla specialkompetens och resurser centralt.

Mest centraliserad är upphandlingen i landstingen följt av stat och kommun. Bolagen är den grupp vars upphandling är mest decentraliserad. Figur 5.1 visar att andelen enheter som anger besparingar är större ju mer centraliserad upphandlingen är. Bland de centralt organiserade enheterna anser två tredjedelar av kommunerna och en nästan lika stor andel av de statliga myndigheterna att besparingar kunnat göras tack vare LOU.

**Figur 5.1 LOU:s ekonomiska nettoeffekter för olika organisationstyper**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %



Källa: SCB enkät

Enheter som har centraliserad upphandling svarar för en relativt stor del av besparingarna och en relativt liten del av fördyringarna (Tabell 5.1). Det omvända gäller för decentraliserade enheter. Det finns alltså tecken som tyder på att en centralt organiserad upphandling, åtminstone i många fall, har effektivitetsfördelar framför en mer decentraliserad enhet. Intervjuer av två bolag, med likartad verksamhet men med olika organisationstyper, indikerade samma sak.

Bolaget med centralt organiserad upphandling visar tydliga positiva effekter och är mycket positiv till lagen. Tillkomsten av lagen innebar att upphandlingen stramades upp. Den centrala styrningen ökade och acceptansen i organisationen för det nya regelverket var hög. Den positiva synen på upphandlingsfrågorna och lagens möjligheter har underbyggts av ledningen.

Bolaget med decentraliserad upphandling har inte uppnått några positiva effekter och man är mer negativ till lagen. Attityden är mer att

---

**Tabell 5.1**      **LOU:s ekonomiska nettoeffekter för olika organisationstyper**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

---

	<i>Andel av upphandling, %</i>	<i>Andel av besparing, %</i>	<i>Andel av fördyring, %</i>
<i>Central upphandling</i>	49	66	34
<i>Delvis decentraliserad</i>	36	19	48
<i>Decentraliserad</i>	9	8	12
<i>Övriga</i>	6	7	6
<b>Total</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

---

Källa: SCB enkät

den är ett byråkratiskt hinder. Ansvarsfördelningen är dessutom oklar och upphandlingsfrågorna har uppenbarligen inte rönt samma intresse som i det andra bolaget.

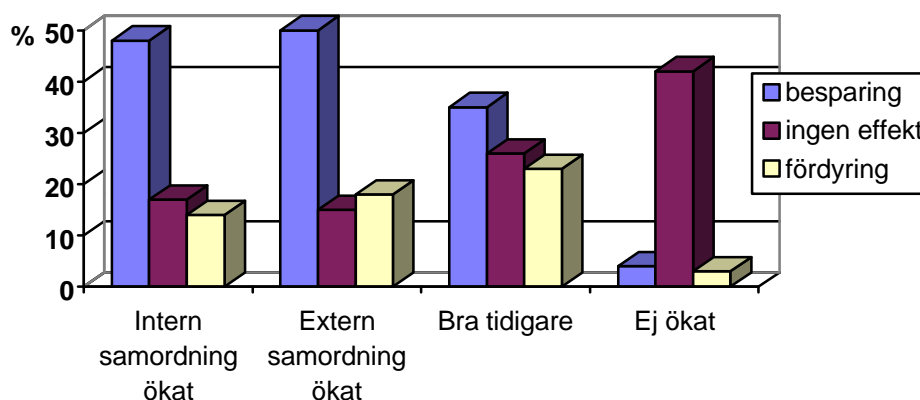
## 5.2 Samordning

Mer än hälften av enheterna anger att den interna samordningen har ökat och en fjärdedel att extern samordning har ökat. Även leverantörerna uppfattar att de upphandlande enheternas samordning av inköp har ökat sedan LOU infördes. Det är framförallt den kommunala sidan som anger en ökning. Bolagen är de som i minst utsträckning har ökat samordningen av upphandlingen och det förefaller inte i särskilt stor utsträckning bero på att samordningen var bra redan tidigare.

Figur 5.2 visar på sambandet mellan ökad samordning och goda effekter av LOU.

**Figur 5.2** LOU:s ekonomiska nettoeffekter efter olika grad av samordningsinsatser

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %



Källa: SCB enkät

Särskilt när det gäller kommuner tycks det finnas ett positivt samband. Gruppen upphandlande enheter som ej ökat samordningen har i mycket mindre utsträckning gjort besparingar efter det att LOU infördes. Av de knappt 300 enheter som inte ökat samordningen och samtidigt inte sagt att samordningen var tillräcklig bra tidigare har endast fyra procent gjort

besparingar och hela 42 procent anser att det inte blivit någon effekt alls. Sex procent har upplevt fördyringar medan hälften inte vet vilka effekterna varit. Ökad samordning kan således ha varit en faktor som i stor utsträckning bidragit till att positiva effekter av LOU har kunnat tillgodogöras.

Den interna samordningen har t.ex. bestått i utarbetande av riktlinjer, handböcker, information eller utbildning. Sådana insatser har ofta initierats i och med att LOU infördes. Även extern samordning har utvecklats som en respons på LOU. Bland kommuner, men även kommunala bolag, menar man att samarbetet med andra kommuner eller kommunala enheter har ökat. Ett annat exempel på extern samordning är ökat utnyttjande av de statliga ramavtalen. Statskontoret t.ex. har erfårit en påtaglig ökning av utnyttjandet av ramavtal för datorer m.m. Av de som svarat att samordningen ökat anser tre fjärdedelar att man fått bättre kontroll på enhetens samlade upphandling (Tabell 5.2). Hälften har kunnat teckna fler ramavtal som följd av samordningen och lika stor andel anser sig ha fått bättre priser. Ungefär hälften upplever att man bättre kan utnyttja olika avdelningars/upphandlande enheters kompetens. En knapp fjärdedel pekar på att samordningen gett upphov till tidskrävande administration.

Organisationer med svag styrning uppvisar betydligt sämre resultat än genomsnittet. Drygt 15 procent uppger att de inte har några former för intern styrning och kontroll alls utan var och en ansvarar själv. Av dessa har endast sex procent gjort besparingar, 53 procent anger att det inte blivit någon effekt alls medan 14 procent upplevt fördyringar. Ett mycket litet antal, knappt fem procent, ställer särskilda krav vad gäller utbildning eller kompetens på sina inköpare. Av dessa enheter har mer än 75 procent gjort besparingar. Tre procent anser att det inte varit någon nettoeffekt alls medan 14 procent bedömer att LOU lett till fördyringar.

---

**Tabell 5.2 Effekter av ökad samordning,**  
Antal enheter i %

---

Bättre kontroll på upphandlingen	73
Fler ramavtal	50

Bättre priser	47
Bättre utnyttjande av kompetens	47
Krävande intern administration	22
Klarar förhandsannonsering	13

---

Källa: SCB enkät

## **6 Marknadskommunikation**

För att bedöma hur de upphandlande enheterna agerar undersöker vi bl.a. om det genomförs fler upphandlingar med anbudsförfarande i konkurrens och om konkurrensen har blivit hårdare i de enskilda upphandlingarna som följd av att LOU infördes. Deltar i så fall utländska leverantörer i ökad utsträckning vid anbudsförfaranden? Vidare undersöks i vilken utsträckning anbud begärs in genom annonsering under tröskelvärdena. Granskningen innefattar också vilka samband som kan finnas mellan agerandet och eventuella effekter.

### **6.1 Fler anbudsförfaranden i konkurrens**

Ungefär var tredje enhet gör fler upphandlingar av varor i konkurrens jämfört med tiden innan LOU. För A-tjänster är motsvarande andel 20 till 25 procent.

En jämförelse mellan stat och kommun visar att en större andel bland kommunerna har ökat andelen upphandlingar med anbudsförfarande, framförallt när det gäller A-tjänster under tröskelvärdena. Det kan också noteras att ökningen bland bolag är markant mindre än bland övriga grupper. Nästan 75 procent av bolagen anser att det inte varit någon ökning. Genomsnittet för de övriga sektorerna ligger mellan 25 och 50 procent.

Det framgår också tydligt att enheter som inte har några särskilda riktlinjer för direktupphandling i lägre grad än andra har ökat upphandling med anbudsförfarande i konkurrens, åtminstone under tröskelvärdena. Endast en femtedel av dessa enheter har haft en ökning när det gäller varor och ännu färre när det gäller A-tjänster. Det faktum att det inte finns någon skarp gräns för när direktupphandling får ske kan troligen leda till att färre upphandlingar sker i konkurrens än vad annars skulle vara fallet.

Den grupp vars beteende mest har påverkats av LOU är kommunerna och i synnerhet då de större kommunerna. Små kommunerna har dock i större utsträckning än de stora påverkats av reglerna om

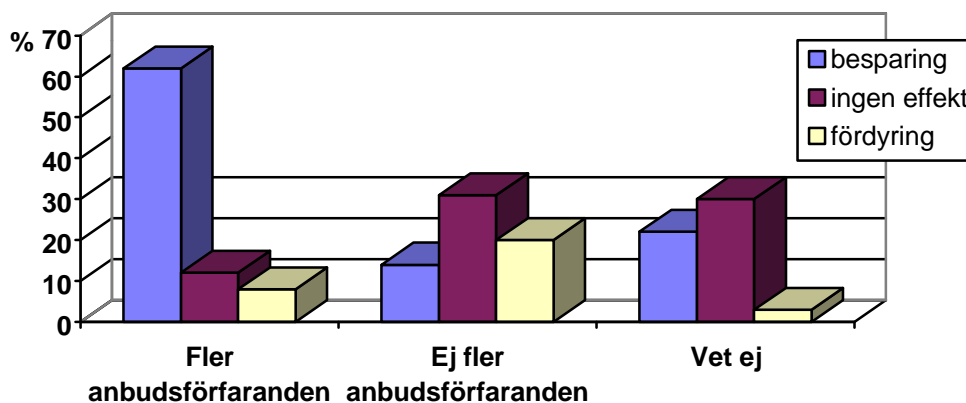
överprövning och skadestånd. Vid upphandling av varor under tröskelvärdena gör nästan 60 procent av kommunerna fler upphandlingar i konkurrens nu än innan LOU infördes. Detta skall jämföras med genomsnittet som är cirka var tredje enhet. Även när det gäller upphandling av A-tjänster så gör kommunerna upphandlingar i konkurrens i större utsträckning än genomsnittet. Vid intervjuer påpekas det också från flera håll att man i betydligt mindre utsträckning än tidigare handlar från företag när de marknadsför sina varor eller tjänster direkt mot enheten. Intervjuerna styrker också bedömningen att ökad konkurrensutsättning har lett till lägre priser.

Det framgår av enkäten att enheter som genomför fler upphandlingar i konkurrens nu än tidigare påvisar bättre resultat än andra (Figur 6.1). Det är tydligt att effekterna gör sig gällande också under tröskelvärdena.

---

**Figur 6.1**      **LOU:s ekonomiska nettoeffekter efter förändring i andel anbudsförfaranden i konkurrens**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

---



---

Källa: SCB enkät

I gruppen statliga myndigheter utan upphandling över tröskelvärdena och som har gjort besparingar tack vare LOU anger mer än 75% att fler varuupphandlingar görs i konkurrens (se också avsnitt 3.4). Även när det gäller upphandling av A-tjänster ligger genomsnittet för den gruppen högre än genomsnittet för samtliga.

Av de som har ökat andelen upphandlingar med anbudsförfarande i konkurrens bedömer en mycket stor andel att de därigenom kunnat få lägre priser, särskilt vid upphandling under tröskelvärdena (Tabell 6.1).

**Tabell 6.1**     **Priseffekter av ökat anbudsförfarande i konkurrens**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

	Ökat anbudsförfarande		Varav har gett lägre priser	
	Antal enheter	% av total	Antal enheter	%
<i>Varor</i>				
- över tröskelvärdena	225	20	115	51
- under tröskelvärdena	426	37	311	73
<i>A-tjänster</i>				
- över tröskelvärdena	143	13	61	43
- under tröskelvärdena	297	26	167	56

Källa: SCB enkät

Enheterna anger olika orsaker till att upphandling i konkurrens har ökat. De flesta anser att LOU har lett till en allmänt ökad uppmärksamhet på upphandlingsfrågor. Ungefär hälften av de som menar att upphandling i konkurrens har ökat hänvisar till LOU:s regler och det gäller både över och under tröskelvärdena. Något mindre än en tredjedel menar att reglerna om överprövning och skadestånd har bidragit till den ökade konkurrensutsättningen.

I staten har inte överprövningsreglerna haft samma genomslagskraft som bland kommuner. Endast 13 procent i staten anger att dessa regler



bidragit till att man i större utsträckning begär anbud i konkurrens medan siffran för kommuner är 45 procent.

Även en stor del av leverantörerna, knappt 40 procent, uppfattar att de upphandlande enheterna utnyttjar konkurrensmöjligheter bättre nu än innan LOU infördes. Nästan 40 procent anser också att förlängning av gamla avtal har minskat. Vidare bedömer en tredjedel av leverantörerna att lokala företag gynnas i mindre utsträckning nu. I samtliga fall är det också stora andelar som menar att läget är oförändrat.

## **6.2 Ökad konkurrens i enskilda upphandlingar**

Konkurrensen i enskilda upphandlingar har främst ökat bland kommunerna. Konkurrensen i kommunernas upphandling har ökat markant mer än på den statliga sidan när det gäller upphandling av varor under tröskelvärdena. Bolagen ligger ungefär på genomsnittet för den samlade upphandlingen över tröskelvärdena men ligger markant under när det gäller upphandling under tröskelvärdena. En analys visar att de enheter som anger att konkurrensen har ökat i de enskilda upphandlingarna visar på bättre resultat än övriga (Figur 6.2).

Enligt en absolut majoritet av leverantörerna har LOU lett till att deras anbudspriser är oförändrade eller lägre. Det är också en mycket stor andel som menar att kvaliteten på erbjudna varor och tjänster är oförändrad medan cirka en tredjedel menar att den har höjts.

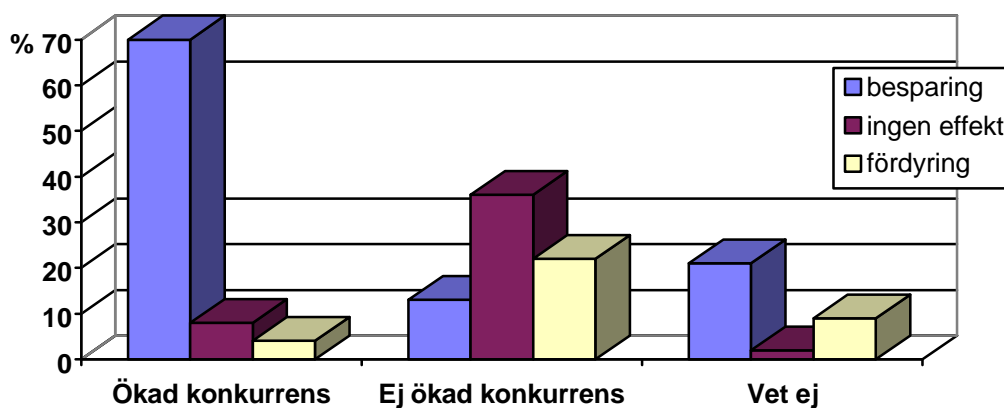
Graden av konkurrens i de enskilda upphandlingarna kan förklaras av såväl leverantörernas som de upphandlande enheternas agerande på marknaden. Drygt 60 procent av de upphandlande enheterna som angett att konkurrensen har ökat bedömer att reglerna i LOU har bidragit till detta. Detta gäller både över och under tröskelvärdena. Mer än hälften av leverantörerna påstår att man tack vare LOU bättre bevakar marknaden. Knappt 40 procent menar att det inte skett någon förändring medan praktiskt taget ingen hävdar att bevakningen minskat. Det som bevakas minst är efterhandsannonseringen (Tabell 6.2).

---

### **Figur 6.2 LOU:s ekonomiska nettoeffekter efter förändring i konkurrens**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena

Antal enheter i %



Källa: SCB enkät

**Tabell 6.2 Leverantörernas bevakning av annonsering i EGT**

Antal leverantörer i %

	<i>Regelbundet</i>	<i>Sporadiskt</i>	<i>Inte alls</i>	<i>Ej svar</i>	<i>Total</i>
Förhands- annonsering	37	19	19	25	100
Aktuell annonsering	42	20	13	25	100
Efterhands- annonsering	6	29	26	39	100

Källa: SCB enkät

Det är dock en relativt liten andel av leverantörerna som anser att de upphandlande enheterna sköter annonseringen bra och ännu färre tycker att det går smidigt att hitta rätt bland annonserna. Den viktigaste förändringen för att bevakningen skulle öka är enligt leverantörerna att den kunde göras smidigare (Tabell 6.3).

**Tabell 6.3 Leverantörers benägenhet att öka bevakningen**

Antal leverantörer i %

<i>Bevakningen skulle öka om...</i>	<i>...enheter skötte annonsering bättre</i>	<i>...bevakning kunde göras smidigare</i>
<i>Förhandsannonsering</i>	13	23
<i>Aktuell annonsering</i>	10	20
<i>Efterhandsannonsering</i>	7	11

---

Källa: SCB enkät

Som framgår av Tabell 6.4 har responsen från utlandet varit svag. En viktig förutsättning för en bra kommunikation mellan två parter är att den kan ske på ett språk som båda behärskar acceptabelt. En sådan fråga gäller naturligtvis vilket språk som t.ex. anbudsfrågningar och anbud avfattas på. En upphandlande enhet har rätt att begära att alla handlingar skall vara på ett visst språk. Om inget sägs äger en leverantör emellertid rätt att använda valfritt EG-språk. Chanserna att få in anbud från utländska leverantörer borde öka om fler språk än svenska accepteras.

Enkäten visar att mer än hälften av de upphandlande enheterna aldrig tillåter andra språk än svenska. Ytterligare en fjärdedel gör det ibland. Drygt 14 procent tillåter oftast eller alltid andra språk. Minst benägen till att använda andra språk är kommunerna. Nästan 80 procent gör aldrig det. Knappt två procent gör det oftast eller alltid. Engelska är då det vanligaste språket. Det vanligaste skälet till att utländska språk inte används är att berörda handläggare inte har tillräcklig kompetens. Nästan 60 procent av de som inte tillåter andra språk anger det skälet.

---

**Tabell 6.4**    **Ökning av konkurrens per typ av anbudsgivare**  
 Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
 Antal enheter i %

---

<i>Nya anbudsgivare</i>	36
<i>Gamla anbudsgivare</i>	14
<i>Utländska anbud genom agenter</i>	3
<i>Utländska anbud genom dotterbolag</i>	1
<i>Utländska anbud</i>	1

---

Källa: SCB enkät

Tabell 6.5 visar att de enheter som faktiskt har upplevt en ökad konkurrens från utländska leverantörer i betydligt högre utsträckning än genomsnittet tillåter andra språk än svenska.

---

**Tabell 6.5 Ökning av utländsk konkurrens**  
Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

---

<i>Tillåter utländska språk</i>	<i>Samtliga enheter</i>	<i>Enheter som erfarit ökad konkurrens från utlandet</i>
<i>Oftast/Alltid</i>	14	54
<i>Ibland</i>	23	28
<i>Aldrig</i>	55	8
<i>Inget svar</i>	7	10

---

Källa: SCB enkät

En annan viktig fråga är hur enheterna kommunicerar genom förfrågningsunderlagen. Många upphandlande enheter menar att förfrågningsunderlagen blivit mer fullständiga och tydligare samt att det har varit en bidragande orsak till att konkurrensen har ökat. Bland leverantörerna anser en knapp tredjedel att kvaliteten på underlagen har stigit. Något fler anser att den är oförändrad medan en mycket liten del anser att kvaliteten har sjunkit. Totalt sett är dock inte leverantörerna

helt nöjda. Nästan hälften anser att förfrågningsunderlagen inte är av tillräckligt hög kvalitet medan en dryg tredjedel anser att kvaliteten är tillfyllest.

### **6.3 Anbud begärs in genom annonsering (under tröskelvärdena)**

Vid upphandling under tröskelvärdena kan den upphandlande enheten välja mellan skrivelse eller annonsering vid infordrande av anbud.

En ganska stor andel, 44 procent, annonserar aldrig eller nästan aldrig vid upphandling under tröskelvärdena. Det gäller framförallt statliga myndigheter och kommunala bolag, där mer än hälften annonserar mycket sällan eller aldrig. De små bolagen annonserar i mindre utsträckning än de stora. Nästan två tredjedelar av de små annonserar aldrig eller nästan aldrig. Bland de små bolagen har det dessutom inte förekommit någon ökning alls av annonseringen vilket är fallet med de stora bolagen. Bäst på att annonsera är kommunerna där över 40 procent annonserar vid mer än hälften av upphandlingarna under tröskelvärdena.

I genomsnitt har var fjärde enhet ökat sin annonsering sedan lagen infördes. Det är bland kommunerna, och till viss del i landstingen, som ökningen har varit tydligast. Mer än varannan kommun uppger att annonseringen har ökat.

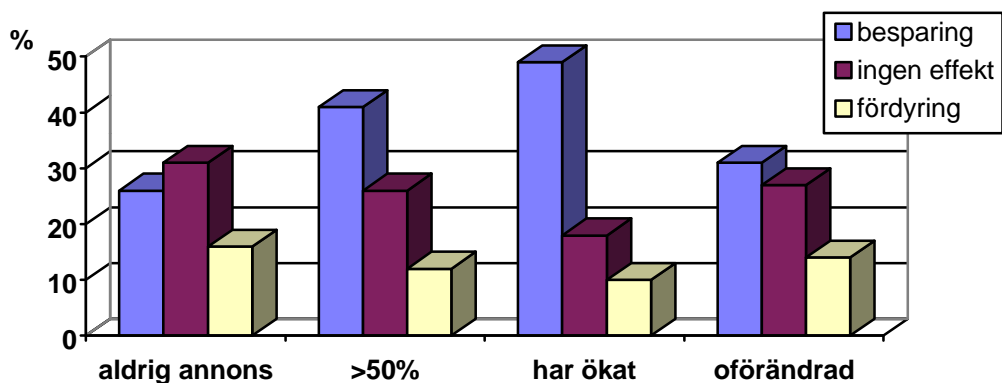
De framgår vidare att de som aldrig annonserar visar sämre resultat än de som gör det (Figur 6.3). Andelen som anser att besparingar har kunnat göras tack vare LOU är störst i den grupp som har ökat annonseringen sedan LOU infördes.

---

#### **Figur 6.3 Annonsering under tröskelvärdena, frekvens och förändring**

Varor och A-tjänster, över och under tröskelvärdena  
Antal enheter i %

---



Källa: SCB enkät

Även leverantörerna har uppmärksammat den ökade annonseringen. Nästan en tredjedel upplever att annonseringen har ökat medan åtta procent uppfattar att den har minskat. Mer än 40 procent anser att det vore en fördel om fler annonserades och mer än en fjärdedel menar att effektiviteten skulle höjas om det infördes ett krav på annonsering. En ännu större andel av leverantörerna, över 40 procent tror att effektiviteten skulle höjas om det infördes ett särskilt forum där annonsering var obligatorisk.

Det vanligaste skälet till att begära in anbud genom skrivelse och inte genom annonsering är att man anser att tillräcklig konkurrens uppnås genom att vända sig till kända leverantörer. Hela två tredjedelar av samtliga enheter anger det skälet. Cirka 14 procent tycker att annonsering tar för lång tid och omkring 25 procent menar att man kan riskera att få in en ohanterlig mängd anbud.

#### **6.4 Objektivitet**

En av de bärande principerna för den offentliga upphandlingen är att de upphandlande enheterna är objektiva i förhållande till leverantörerna. LOU innehåller olika regler som skall bidra till att slå vakt om detta. En sådan sak är de restriktiva reglerna för när förhandlingar får genomföras. En annan regel gäller utvärderingskriterierna. Dessa skall anges i förfrågningsunderlaget och om möjligt rangordnas.

Att döma av leverantörernas svar kan på sina håll förutsättningarna för objektivitet vid anbudsutvärderingen ifrågasättas. En ganska stor andel, nästan en tredjedel, av leverantörerna menar att inköparna inte följer de krav som anges i de egna förfrågningsunderlagen. Nästan en femtedel anser att de helt enkelt inte är objektiva vid anbudsutvärdering.

En fjärdedel av de upphandlande enheterna rangordnar, enligt egen utsago, aldrig utvärderingskriterierna. Ytterligare en tredjedel gör det endast ibland. Drygt 40 procent rangordnar i de flesta fall. Denna bild bekräftas i stort sett av leverantörerna där drygt 40 procent menar att det är ovanligt att utvärderingskriterierna rangordnas medan 30 procent anser att det är vanligt eller mycket vanligt.

Att de upphandlande enheterna inte rangordnar beror enligt dem själva på att man tycker att det är svårt och att man saknar en bra metod. Det är emellertid inte få som menar att det helt enkelt inte är förenligt med affärsmässighet att rangordna utvärderingskriterierna. Det kan, menar man vidare, leda till låsningar som gör att utfallet av upphandlingen inte blir optimalt. Man vill helt enkelt ha vissa frihetsgrader vid bedömningen.

## 7 Sammanfattning

Lagen om offentlig upphandling har lett till goda ekonomiska effekter i den offentliga upphandlingen. Även om också fördyringar har rapporterats beräknas LOU netto ha bidragit till en sammanlagd besparing på 3,3 miljarder kr per år, dvs. cirka en procent av värdet på den totala offentliga upphandlingen. De stora nettobesparingarna har gjorts i kommuner och kommunala bolag. I övriga sektorer har det knappast varit någon nettoeffekt alls.

Den positiva uppfattningen om lagens effekter är utbredd, framförallt i statlig och kommunal sektor. Bland kommunala bolag och i landstingen är bilden mer splittrad även om de tyngre aktörerna i dessa båda grupper är tämligen positiva. LOU respekteras i större utsträckning och efterlevs bättre än tidigare regelverk. Reglerna för överprövning och skadestånd har bidragit till detta men en allmänt ökad uppmärksamhet på upphandlingsfrågor som följd av att LOU infördes har varit än mer avgörande.

LOU har bidragit till att fler upphandlingar görs genom anbudsförfarande i konkurrens. Samtidigt har konkurrensen i de enskilda upphandlingarna ökat. Detta har i sin tur lett till att lägre priser har kunnat erhållas med bibehållen eller förbättrad kvalitet. Det är särskilt kommunerna som har ökat andelen upphandlingar genom anbudsförfarande i konkurrens. Det är också bland kommuner som ökningen av annonsering vid upphandling under tröskelvärdena har varit störst.

Totalt sett har LOU lett till en effektivisering av den offentliga upphandlingen. Upphandlande enheter med central styrning och enheter som har ökat sin samordning av upphandlingen har i större utsträckning än andra enheter uppnått positiva effekter medan enheter med svag styrning och kontroll har fått mindre positiva effekter.

Många leverantörer anser att förutsättningarna för en smidig bevakning av annonsmarknaden borde förbättras. Uppemot en fjärdedel av



leverantörerna skulle öka sin bevakning av annonsmarknaden om bevakningen kunde göras smidigare.

Även om de upphandlande enheterna i stort sett är positiva till LOU så finns det vissa delar i lagen som ett flertal är mindre nöjda med. Främst gäller det reglerna om förhandlingar med anbudsgivare. Kritiken gäller negativ påverkan på pris men också innehåll och kvalitet i framförallt komplicerade upphandlingar.

Många leverantörer anser dock att priskonkurrensen ökar när förhandlingar inte tillåts. Däremot är det en mycket stor del av leverantörerna som anser att avvägningen mellan pris, kvalitet och innehåll blir sämre till nackdel för kunden när förhandlingar inte tillåts. Denna uppfattning delas av flera större upphandlande enheter som pekar på att utfallet vid komplicerade upphandlingar riskerar att bli sämre när förhandlingar med anbudsgivare inte får äga rum.

Det är inte rimligt att LOU och de bakomliggande direktiven innehåller regler som kan leda till effektivitetsförluster i den offentliga upphandlingen. NOU har emellertid redan i sitt svar på Grönboken framfört att det finns vissa upphandlingar med komplicerat innehåll som kräver förhandlingar.

Annonseringen i EGT uppfattas ibland av de upphandlande enheterna ge liten effekt, dvs. trots omfattande annonsering har ökningen av utländska leverantörer varit mycket begränsad. En bidragande orsak härtill synes vara den språkliga barriären. Det visar sig att enheter som erfarit en ökning av utländska leverantörer i betydligt högre utsträckning än genomsnittet tillåter andra språk, främst engelska, vid anbudsproceduren. Att begränsa kommunikationen till att föras på svenska innebär naturligtvis ett hinder för gränsöverskridande handel. Som framgår av enkätsvaren är det här i mångt och mycket en kompetensfråga.

En annan uppfattning som ges uttryck för är att annonseringen i EGT ibland känns onödig. Det är när karaktären på det som skall upphandlas är sådan att i princip bara en lokal leverantör kan komma ifråga och det handlar oftast om olika typer av A-tjänster.

Mer än hälften av leverantörerna anger att de regelbundet eller sporadiskt bevakar förhandsannonseringen i EGT medan nästan hälften av de upphandlande enheterna inte alltid annonserar enligt reglerna om förhandsannonsering.

Undersökningen visar att det är en mycket stor andel som aldrig eller nästan aldrig annonserar vid upphandling under tröskelvärdena och det vanligaste skälet är att man tycker sig få till stånd tillräcklig konkurrens genom att vända sig till kända leverantörer. Av undersökningen framgår dock att ökad annonsering har gett goda resultat. Annonsering vid upphandling under tröskelvärdena är inte obligatorisk. Bland leverantörerna finns det emellertid ett visst stöd för obligatorisk annonsering i synnerhet om ett särskilt forum för annonsering inrättas.

De upphandlande enheterna anser att behovet av information och kompetens har ökat. Tillsynsmyndigheten NOU har fått mycket goda betyg för sina insatser när det gäller att informera om tillämpningen av LOU. Det står emellertid klart av NOU:s regleringsbrev för budgetåret 1998 att den individuella informationen skall minska till förmån för utökad tillsyn. NOU-info är en viktig informationskanal. Det är därför värt att notera att en ganska stor andel av de upphandlande enheterna har svarat att de inte har kommit i kontakt med NOU-info. Förutsättningarna för en bättre spridning av nyhetsbrevet kommer emellertid att öka när NOU, under 1998, lanserar sin hemsida med bl.a. NOU-info på Internet.

Det är anmärkningsvärt att nästan hälften av de upphandlande enheterna som svarat på enkäten inte följer regelverket fullt ut. Enligt leverantörerna är det tämligen vanligt att man vid anbudsutvärdering inte ens följer de egna utvärderingskriterierna. Det är också en brist för sanktionssystemet att en stor andel av leverantörerna avstår från att begära överprövning p.g.a. rädsla för att svartlistas av den upphandlande enheten.

Även om LOU till idag haft övervägande positiva effekter finns det förmodligen ytterligare besparingar att göra om:

- annonsering görs i större utsträckning under tröskelvärdena
- upphandling samordnas i högre grad, både internt och externt
- upphandling som idag är helt decentraliserad får en mer central styrning
- de upphandlande enheterna fastställer riktlinjer för direktupphandling och om
- förfrågningsunderlagen förbättras.

## Bilaga 1 Förteckning av tjänster

---

<i>Kategori</i>	<i>A-tjänster</i>
1.	Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning
2.	Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran
3.	Luftransport utom postbefordran
4.	Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18
5.	Telekommunikation *
6.	Finansiella tjänster a Försäkringstjänster b Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar **
7.	Datatjänster och därmed anknutna tjänster
8.	Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten
9.	Redovisning, revision och bokföring
10.	Marknadsundersökningar inkl opinionsmätningar
11.	Konsulttjänster för administration och organisation av företag
12.	Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur och anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster
13.	Tjänster avseende annonsering (reklam)
14.	Fastighetsförvaltning, inkl städning och löpande underhåll
15.	Förlags- och tryckeritjänster som utförs mot ersättning
16.	Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet

- B-tjänster*
17. Hotell- och restaurangtjänster
  18. Rälsbunden transport
  19. Sjötransport och annan vattenburen transport
  20. Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar
  21. Juridiska tjänster\*\*\*
  22. Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster
  23. Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhets-transporter
  24. Utbildning, inkl yrkesutbildning
  25. Hälsa- och sjukvård samt socialtjänst
  26. Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet
  27. Andra tjänster
- 

\* *utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster*

\*\* *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*

\*\*\* *utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag*

## Bilaga 2 Fältarbetsresultat, enkät till upphandlande enheter

	population	urval*	svar	%	ifylld enkät**
Staten, stora myndigheter	40	40	37	92	37
Staten, små myndigheter	232	41	38	93	38
Staten, regionala enheter***	126	56	50	89	45
Landstingen centralt	24	24	24	100	24
Landsting, med. tekn. chefer	59	15	13	87	5
Landsting, sjukhus	42	35	29	83	19
Stora kommuner	40	40	38	95	38
Små kommuner	246	41	36	88	36
Kommunala bolag, stora	25	25	21	84	21
Kommunala bolag, små	317	25	14	58	14
Landstingsbolag	53	53	36	75	31
<b>Summa</b>	<b>1 204</b>	<b>395</b>	<b>336</b>	<b>86</b>	<b>308</b>

\* Av de 25 små kommunala bolagen och de 53 landstingsbolagen hade sammanlagt sex stycken privatiserats och omfattas därför inte av LOU. Dessa bolag har räknats bort vid viktning av svaren. Nettourvalet blir följaktligen 389 enheter.

\*\* Skälen till att enkäter inte varit ifyllda är att inköpen hanteras av någon annan eller att inga inköp av aktuellt slag förekommer. Som exempel bedöms 31 stycken av de 53 medicintekniska cheferna inte ha någon egen upphandling. Hänsyn har tagits till detta vid viktning av svaren.

\*\*\* De regionala enheterna har valts bland Länsarbetsnämnderna, Kriminalvårdens regionkontor, Länspolismyndigheterna, Länsskattemyndigheterna samt Skogsvårdsstyrelserna.

### Bilaga 3 Fältarbetsresultat, enkät till leverantörer

---

	<i>Population</i>	<i>Urval</i>	<i>Antal i urval utan LOU-anknytning*</i>	<i>Enkät svar</i>	<i>%</i>
<i>TED-urval</i>	4 536	158	16	65	41
<i>SAF-urval</i>	2 614	152	27	100	66

---

*\* De svarande har angivit att de varken säljer varor till, eller utför A-tjänster åt, offentlig sektor. Hänsyn har tagits till detta vid viktning av svaren.*

## Bilaga 4 Enkät till upphandlande enheter

### Enkät om upphandling

Frågorna avser den upphandling av varor och A-tjänster som sker genom den centrala inköpsfunktionen. Om det inte finns någon sådan skall enkäten besvaras av den avdelning/förvaltning som svarar för den *största delen upphandling* av varor och A-tjänster.

### Uppgifter om svarslämnaren

Upphandlande enhet

.....

Avdelning/förvaltning.....

Kontaktperson.....Befattning.....

Telefonnummer.....

Sänd ert svar *senast 28 april 1997* med adress: *Enkät om upphandling SCB, V/ENK, 701 89 Örebro.*

Begrepp	Fråga nr	Definitioner, förklaringar
Affärsmässiga villkor	3c	Innefattar pris, kvalitet m. m.
Enhet	A1,A2.A4,A5	Upphandlande enhet avses
Effektiv upphandling	1	Att i ekonomisk mening avväga behovet av resursinsatser i förhållande till utfallet av upphandlingen dels vad gäller pris och avtalsvillkor samt kvalitet på levererad vara eller tjänst.
Extern samordning	18	Kan t ex avse lokal, regional eller statlig inköpssamordning.
Intern samordning	18	Samordning av upphandling inom en upphandlande enhet.
Priser, prisförändringar	2b, 4, 8, 18a	Vid bedömning av prisnivåer skall hänsyn tas till den allmänna prisutvecklingen (fasta priser)
Utländska anbud, företag	3a, 3c, 5, 6	Syftet med frågorna är att undersöka om LOU har initierat ett ökat handelsutbyte med utlandet i någon form. Detta kan ha skett direkt genom import eller indirekt genom svenska agenter eller nyetablerade dotterbolag.



## Bakgrundsfrågor

Gäller den upphandlande enhetens totala upphandling av varor och A-tjänster

- Fråga A1.** Hur är enhetens upphandling organiserad?
- <sub>1</sub> En central inköpsfunktion svarar för den värdemässigt *största delen* av upphandlingen
  - <sub>2</sub> En central inköpsfunktion finns, men upphandlingen är till stor del decentraliserad
  - <sub>3</sub> Det *finns ingen* central inköpsfunktion utan upphandlingen är decentraliserad.
  - <sub>4</sub> På annat sätt, nämligen.....

- Fråga A2.** Uppskatta det genomsnittliga värdet av den upphandling *enheten* genomför per år.
- <sub>1</sub> Mindre än 10 miljoner kronor
  - <sub>2</sub> 10 - 99 miljoner kronor.
  - <sub>3</sub> 100 - 250 miljoner kronor.
  - <sub>4</sub> Mer än 250 miljoner kr, nämligen.....

- Fråga A3.** Hur stor del av den upphandlingen kan du svara för i den här enkäten?
- <sub>1</sub> Mindre än en tredjedel
  - <sub>2</sub> Mellan en tredjedel och två tredjedelar
  - <sub>3</sub> Mer än två tredjedelar

- Fråga A4.** Hur många upphandlingar *över* tröskelvärdena genomför enheten? Försök uppskatta ett ungefärligt årsgenomsnitt.
- <sub>1</sub> Inga upphandlingar
  - <sub>2</sub> 1 - 5 upphandlingar
  - <sub>3</sub> 6 - 12 upphandlingar
  - <sub>4</sub> Mer än 12 upphandlingar

**Fråga A5.** I den del av upphandlingen som du svarar för gör ni mer än enstaka upphandlingar enligt LOU-kapitel 4 (försörjningssektorn)?

<sub>1</sub> Ja

<sub>2</sub> Nej

I resterande del av enkäten är det i många frågor möjligt att ange flera svarsalternativ.

## Synpunkter på LOU

**Fråga 1.** Hur påverkar nedanstående regler i LOU *effektiviteten* i er upphandling?

Reglerna om:	höjer	sänker	påverkar ej alls	vet ej
... förhandsannonsering	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
... annonsering av aktuell upphandling	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
...efterhandsannonsering	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
... tekniska standarder	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
...leverantörskontroll	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
...val av upphandlingsförfarande	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
... tidsfrister för mottagande av bl a anbud	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
...upphandling under tröskelvärdena	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
... överprövning och skadestånd	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4

## Effekter av LOU och orsakssammanhang

Försök även ange bransch genom att fylla i streckade raderna till höger om aktuella svarsalternativ

		Främst inom (bransch)
<b>Fråga 2.</b> Genomförs det <i>fler upphandlingar</i> med anbuds-förfarande i konkurrens <i>nu</i> än innan LOU infördes?	<input type="checkbox"/> 1 Ja vid upphandling av <b>varor</b> över tröskelvärdena*	..... .....
	<input type="checkbox"/> 1 Ja vid upphandling av <b>varor</b> under tröskelvärdena*	..... .....
	<input type="checkbox"/> 1 Ja, vid upphandling av <b>A-tjänster</b> över tröskelvärdena*	..... .....
	<input type="checkbox"/> 1 Ja vid upphandling av <b>A-tjänster</b> under tröskelvärdena*	..... .....
	<input type="checkbox"/> 1 Nej -----> fortsätt med fråga 3	

<sub>1</sub> Vet ej -----> fortsätt med fråga 3

\* Jämför med upphandlingar till ett värde av motsvarande belopp innan tröskelvärdena aktualiserades.

**Fråga 2a.** Vad kan den i fråga 2 angivna ökningen främst bero på?

<sub>1</sub> LOU:s formkrav vid upphandling *över* tröskelvärdena

<sub>1</sub> LOU:s formkrav vid upphandling *under* tröskelvärdena

<sub>1</sub> LOU:s regler om överprövning och skadestånd

<sub>1</sub> En allmänt ökad uppmärksamhet kring upphandlingsfrågor som en följd av LOU

**Fråga 2 b.** Bedömer ni att den i fråga 2 angivna ökningen har medverkat till att *lägre priser* har kunnat erhållas än eljest?

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **varor** *över* tröskelvärdena

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **varor** *under* tröskelvärdena

<sub>1</sub> Ja, vid upphandling av **A-tjänster** *över* tröskelvärdena

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **A-tjänster** *under* tröskelvärdena

<sub>1</sub> Nej

<sub>1</sub> Vet ej

**Fråga 3.** Bedömer ni att konkurrensen vid de

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **varor** *över* tröskelvärdena

Främst inom (bransch)

.....

.

enskilda upphandlingarna - mer än undantagsvis - ökat sedan LOU infördes?

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **varor** *under* tröskelvärdena

.....

.

<sub>1</sub> Ja, vid upphandling av **A-tjänster** *över* tröskelvärdena

.....

.

<sub>1</sub> Ja vid upphandling av **A-tjänster** *under* tröskelvärdena

.....

1 Nej -----> Fortsätt med fråga 4

1 Vet ej -----> Fortsätt med fråga 4

**Fråga 3a.** På vilket sätt har den i fråga 3 angivna ökningen av konkurrensen skett?

1 "Gamla" anbudsgivare deltar i fler anbudstävlingar

Främst inom (bransch)

.....

1 "Nya" anbudsgivare har dykt upp

.....

1 Utländska företag lämnar anbud genom agenter

.....

1 Utländska företag lämnar anbud genom dotterbolag

.....

1 Utländska företag lämnar anbud

.....

1 Annat sätt, nämligen.....

.....

**Fråga 3b.** Vad tror ni har medverkat till den i fråga 3 angivna ökningen av konkurrensen?

1 Ökad annonsering vid upphandling *under* tröskelvärdena\*

1 LOU:s regler om förhandsannonsering vid upphandling *över* tröskelvärdena

1 Bättre förfrågningsunderlag inkl mer fullständiga och tydligare kravspecifikationer

1 Annonsering av upphandling enligt LOU:s regler *över* tröskelvärdena

1 LOU:s krav på tidsfrister för mottagande av bl a anbud har gett fler leverantörer nödvändig tid för att utarbeta anbud

1 Annat nämligen .....

\* Jämför med upphandlingar till ett värde av motsvarande belopp innan

tröskelvärdena aktualiserades.

**Fråga 3c.** Vilken/vilka  
av följande kategorier

 1

”Gamla” anbudsgivare

Främst inom (bransch)

.....

leverantörer har lämnat  
anbud med affärs-

 1

Inhemska ”nya” anbudsgivare

.

.....

mässigt bättre villkor  
än vad som erhållits

 1

Utländska företag

.

.....

tidigare?

 1

Ingen av de uppräknade kategorierna

.

.....

 1

Vet ej

.

**Fråga 4.** Bedömer ni att gamla leverantörer varaktigt har sänkt sina priser p g a att de enbart *befarat* en ökad konkurrens efter införandet av LOU?

<input type="checkbox"/>	1	Ja vid upphandling av <b>varor</b> över tröskelvärdena	.....
<input type="checkbox"/>	1	Ja, vid upphandling av <b>varor</b> under tröskelgränserna	.....
<input type="checkbox"/>	1	Ja vid upphandling av <b>A-tjänster</b> över tröskelvärdena	.....
<input type="checkbox"/>	1	Ja, vid upphandling av <b>A-tjänster</b> under tröskelvärdena	.....
<input type="checkbox"/>	1	Nej	.....
<input type="checkbox"/>	1	Vet ej	.....

**Fråga 5.** Från vilka länder har antalet utländska anbud främst ökat? Ange dem i rangordning.

<input type="checkbox"/>	1	Det har inte varit någon nämnvärd ökning	
<input type="checkbox"/>	1	Land nummer 1	.....
<input type="checkbox"/>	1	Land nummer 2	.....
<input type="checkbox"/>	1	Land nummer 3	.....

			Främst inom (bransch):
<b>Fråga 6.</b> Har antalet <i>ingångna avtal</i> med utländska företag ökat i nämnvärd utsträckning?	<input type="checkbox"/>	1	Ja, vid upphandling av <b>varor</b>
	<input type="checkbox"/>	1	Ja, vid upphandling av <b>A-tjänster</b>
	<input type="checkbox"/>	1	Nej
			.....
			.....

<sub>1</sub> Vet ej

## Effektivitet

**Fråga 7.** Hur har enligt er uppfattning behovet av arbetsinsats - mätt i tid eller personer - för att utföra upphandling påverkats efter införandet av LOU?

Behovet har:

	ökat	varit oförändrat	minskat	vet ej
Över tröskelvärdet	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>
Under tröskelvärdet	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>
Total förändring av arbetsinsats	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>

**Fråga 8.** Bedöm den totala nettoeffekten av prisförändringar och enhetens omkostnadsförändringar som följd av att LOU infördes?

- <sub>1</sub> Mer än 20 procents *besparing*
- <sub>2</sub> 10 - 20 procents *besparing*
- <sub>3</sub> 01 - 09 procents *besparing*
- <sub>4</sub> 0 (ingen nettoeffekt)
- <sub>5</sub> 01 - 09 procents *fördyring*
- <sub>6</sub> 10 - 20 procents *fördyring*
- <sub>7</sub> Mer än 20 procents *fördyring*
- <sub>8</sub> Vet ej



## Upphandling över tröskelvärdena

De som enligt fråga A4 *inte har några upphandlingar* över tröskelvärdena kan fortsätta direkt med fråga 12

		Reglerna om...
<b>Fråga 9.</b> Vilka av bredvidstående regler i LOU händer det att ni <i>inte</i> följer?	<input type="checkbox"/> 1	... förhandsannonsering
	<input type="checkbox"/> 1	... annonsering av aktuell upphandling
	<input type="checkbox"/> 1	... efterhandsannonsering
	<input type="checkbox"/> 1	... tekniska standarder
	<input type="checkbox"/> 1	... användande av förhandlingar med anbudsgivare
	<input type="checkbox"/> 1	... tidsfrister för mottagande av bl a anbud
	<input type="checkbox"/> 1	... annan regel nämligen.....
	<input type="checkbox"/> 1	Samtliga uppräknade regler följs såvitt kan bedömas

<b>Fråga 10.</b> Hur påverkar LOU:s restriktiva regler när det gäller <i>förhandlingar med anbudsgivare</i> följande faktorer - sett ur den upphandlande enhetens perspektiv?	positivt	negativt	inte alls	vet ej
	Det slutliga priset	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Omkostnader för upphandlingsadministration	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Erhållen leverans jämfört med behovet	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Erhållen leverans jämfört med det som efterfrågas	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Handläggares arbetssituation	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Annat, nämligen .....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4

**Fråga 11.** Tillåter ni andra språk än svenska i anbudsprocessen?

- <sub>1</sub> Ja, alltid
- <sub>2</sub> Ja, oftast
- <sub>3</sub> Ja, ibland
- <sub>4</sub> Nej, aldrig -----> Fortsätt med fråga 11b

**Fråga 11 a.** Vilka språk tillåter ni?

- <sub>1</sub> Nordiska språk
- <sub>1</sub> Engelska
- <sub>1</sub> Tyska -----> Fortsätt med fråga 12
- <sub>1</sub> Franska
- <sub>1</sub> Annat språk

**Fråga 11b.** Varför tillåter ni inte andra språk än svenska?

- <sub>1</sub> Berörda handläggare har inte tillräcklig kompetens
- <sub>1</sub> Den inhemska konkurrensen är tillräcklig
- <sub>1</sub> Tidsbrist
- <sub>1</sub> Andra skäl nämligen.....

## Upphandling *under* tröskelvärdena

**Fråga 12.** Uppskatta hur ofta anbud begärs in genom annonsering vid förenklad upphandling?

- <sub>1</sub> Aldrig/nästan aldrig
- <sub>2</sub> I mindre än 20 procent av fallen
- <sub>3</sub> I 20-50 procent av fallen
- <sub>4</sub> I mer än 50 procent av fallen
- <sub>5</sub> Vet ej

- Fråga 12a.** Hur har andelen förändrats sedan LOU infördes?
- <sub>1</sub> Det har varit en tydlig ökning
- <sub>2</sub> Det har varit i stor sett oförändrat
- <sub>3</sub> Det har varit en tydlig minskning
- <sub>4</sub> Vet ej

- Fråga 13.** Vilket/vilka är skälen till att anbud begärs in genom skrivelse och inte annonsering?
- <sub>1</sub> Det finns endast en eller ett fåtal kända leverantörer
- <sub>1</sub> Tillräcklig konkurrens uppnås genom att kända leverantörer tillfrågas
- <sub>1</sub> Önskar lokala leverantörer
- <sub>1</sub> Annonsering tar för lång tid
- <sub>1</sub> Risken är stor att en ohanterlig mängd anbud kommer in
- <sub>1</sub> Man riskerar att försämra relationerna med nuvarande leverantörer
- <sub>1</sub> Annat skäl, nämligen
- <sub>1</sub> Vet ej

**Fråga 14.** På vilket sätt skulle följande åtgärder enligt er uppfattning, påverka effektiviteten i upphandling under tröskelvärdena?

Om det infördes.....	...skulle effektiviteten		
	höjas	sänkas	inte påverkas nämnvärt
...krav på (nationell) annonsering vid större upphandlingar	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>
...möjlighet till selektiv upphandling	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>
...tidsfrister för mottagande av bl a anbud	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>
...lagreglerat maxvärde för direktupphandling	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>
...reglerna om överprövning och skadestånd avskaffades	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>

...annan åtgärd, nämligen.....

 1 2 3

**Fråga 15.** Har enheten särskilda riktlinjer för direktupphandling?

 1

Ja

 2

Nej -----> Fortsätt med fråga 16

 3

Vet ej

**Fråga 15a.** Vad innehåller enhetens riktlinjer för direktupphandling?

 1

Vilka beloppsgränser som gäller

 1

Vem som får besluta om direktupphandling

 1

Hur prisjämförelser ska göras

 1

När valet av leverantör ska göras

 1

Annat skäl.....

 1

Vet ej

## Utvärdering av anbud

**Fråga 16.** Rangordnar ni utvärderingskriterierna innan utvärderingen påbörjas?

 1

Ja, oftast -----> Fortsätt med fråga 17

 2

Ja, ibland

 3

Nej

 4

Vet ej

**Fråga 16a.** Vad beror det på att rangordning inte görs?

 1

Det är svårt

 1

Saknar lämplig metodik

 1

Annat skäl .....

 1

Vet ej

## Organisation, kompetens och information m. m.

	Kompe- tens	Infor- mation	
<b>Fråga 17.</b> Har införandet av LOU skapat ett ökat behov av kompetens och information?	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1	Ja
	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 2	Nej
	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 3	Vet ej
<b>Fråga 17a.</b> Var får ni bäst den information ni söker när det gäller tillämpningen av LOU?	<input type="checkbox"/> 1	Nämnden för offentlig upphandling (NOU)	
	<input type="checkbox"/> 2	Svenska kommunförbundet	
	<input type="checkbox"/> 3	Landstingsförbundet	
	<input type="checkbox"/> 4	Annan organisation, nämligen.....	
	<input type="checkbox"/> 5	Annat sätt, nämligen.....	
	<input type="checkbox"/> 6	Vet ej	
<b>Fråga 17b.</b> Vad saknar ni när det gäller att tillgodose ert behov av kompetens och information?	<input type="checkbox"/> 1	Bättre utbildningsmöjligheter	
	<input type="checkbox"/> 1	Praktiskt inriktad litteratur	
	<input type="checkbox"/> 1	Särskilda föreskrifter eller liknande	
	<input type="checkbox"/> 1	Annat, nämligen.....	
	<input type="checkbox"/> 1	Saknar inget	
	<input type="checkbox"/> 1	Vet ej	

<b>Fråga 18.</b> Har införandet av LOU föranlett ökad samordning av upphandling?	<input type="checkbox"/> 1	Ja, den <i>interna</i> samordningen har ökat
	<input type="checkbox"/> 1	Ja, den <i>externa</i> samordningen har ökat
	<input type="checkbox"/> 1	Nej, den <i>interna</i> samordningen var tillräckligt utvecklad redan tidigare -----> Fortsätt med fråga 19

	<input type="checkbox"/>	1	Nej, den <i>externa</i> samordningen var tillräckligt utvecklad redan tidigare -----> Fortsätt med fråga 19
	<input type="checkbox"/>	1	Nej -----> Fortsätt med fråga 19
<b>Fråga 18a.</b> Vilka effekter har den ökade samordningen fått?	<input type="checkbox"/>	1	En bättre kontroll på den upphandlande enhetens samlade upphandlingar
	<input type="checkbox"/>	1	Gjort det möjligt att klara av LOU:s krav på förhandsannonsering
	<input type="checkbox"/>	1	Fler ramavtal har träffats
	<input type="checkbox"/>	1	Bättre priser har erhållits tack vare större volymer
	<input type="checkbox"/>	1	Kompetens delas mellan olika avdelningar/upphandlande enheter och utnyttjas bättre
	<input type="checkbox"/>	1	Det har gett upphov till en tidskrävande administration
	<input type="checkbox"/>	1	Inga effekter alls
	<input type="checkbox"/>	1	Andra effekter.....
	<input type="checkbox"/>	1	Vet ej

<b>Fråga 19.</b> Vilka former för intern styrning och kontroll tillämpas för att söka säkerställa att decentraliserad upphandling utförs i enlighet med LOU?	<input type="checkbox"/>	1	En delegationsordning är fastställd
	<input type="checkbox"/>	1	Detaljerade och dokumenterade riktlinjer är fastställda
	<input type="checkbox"/>	1	Krav på samråd med jurist/annan specialist i vissa fall
	<input type="checkbox"/>	1	Preciserade krav ställs på lämplig utbildning eller motsvarande erfarenhet
	<input type="checkbox"/>	1	Den centrala inköpsfunktionen bistår med stöd på begäran

<input type="checkbox"/>	1	Information om upphandlingsfrågor lämnas löpande enligt särskild sändlista
<input type="checkbox"/>	1	Stickprovskontroller görs på genomförda upphandlingar
<input type="checkbox"/>	1	Inga, var och en ansvarar själv

**Fråga 20.** Ange på vilket sätt ni kommit i kontakt med NOU och vilket betyg ni vill ge NOU:s prestation. Motivera gärna svaret.

Har kommit i kontakt med NOU genom...	NOU:s rådgivning	Klagomåls-ärenden	NOU-info	Annat sätt
NOU:s prestation är då.....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1
...mycket dålig	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 1
...dålig	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 2
...godkänd	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 3
...bra	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 4
...mycket bra	<input type="checkbox"/> 5	<input type="checkbox"/> 5	<input type="checkbox"/> 5	<input type="checkbox"/> 5
Vet ej	<input type="checkbox"/> 6	<input type="checkbox"/> 6	<input type="checkbox"/> 6	<input type="checkbox"/> 6

Plats för kommentarer.....

.....

..

.....

.....

..

.....

..

--

**Fråga 21.** Ange på vilket sätt NOU:s verksamhet behöver förändras/förbättras.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....



## Bilaga 5    Enkät till leverantörer

# Enkät till leverantörer av varor och tjänster till offentlig sektor

## Uppgifter om svarslämnaren

Företag.....

Division.....

Bransch .....

Kontaktperson.....Befattning.....  
.....

Telefonnummer.....

Sänd ert svar *senast 27 juni 1997* i bifogat svarskuvert. Om annat kuvert används skicka det under adress: *Enkät om upphandling SCB, V/ENK, 701 89 Örebro.*

## Kort om lagen om offentlig upphandling (LOU)

Den offentliga sektorns upphandling regleras av Lagen om offentlig upphandling (LOU) som trädde i kraft 1994. Reglerna är olika beroende på vad som ska upphandlas och kontraktsvärdet.

Vid upphandling som beräknas överstiga de i LOU angivna tröskelvärdena skall annonsering normalt ske i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Lagen ställer också krav på att planerade respektive avslutade upphandlingar annonseras i EGT. Vidare ställer lagen detaljerade krav på upphandlingsproceduren framförallt när det gäller upphandling *över tröskelvärdena*. Möjligheterna att förhandla med leverantörer är t ex mycket begränsade. Närmare information om lagen och dess innehåll framgår av *gröna broschyren, Kort om...*, som bifogas.

## Kort om Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)*. Bland myndighetens uppgifter ingår att sprida information och ge ut allmänna råd och kommentarer om hur upphandlingsbestämmelserna skall tolkas. NOU ger ut ett nyhetsbrev, *NOU-info*, fyra gånger per år.

## Anvisningar

Enkäten gäller försäljning till offentlig sektor av varor och s k A-tjänster (se bilaga). Om företaget varken säljer varor eller utför A-tjänster behöver frågorna inte besvaras. I så fall kryssa i nedanstående ruta och sänd tillbaka enkäten. Även denna upplysning är värdefull för oss!

- Vi skickar tillbaka enkäten obesvarad eftersom vi varken säljer varor eller utför A-tjänster.
- Vi vill gärna ha den färdiga rapporten skickad till oss.

<b>Begrepp</b>	<b>Definitioner, förklaringar</b>
EGT/TED	Europeiska gemenskapernas officiella tidning (även OJ, Official Journal)/ Tenders Electronic Daily, Annonssdatabas
Försörjningssektorn	verksamhet inom vatten-, energi-, transport- eller telekommunikationsområdena.
Offentlig sektor	stat, kommuner, landsting och svenska kyrkan samt offentligägda bolag.
Tröskelvärden	se gröna broschyren <i>Kort om LOU...</i> (sid 5)

## Bakgrundsfrågor

Frågorna 1-1c gäller total försäljning av varor samt A-tjänster och B-tjänster till offentlig sektor

<b>Fråga 1. Uppskatta det egna företagets/divisionens fakturerade försäljning per år, där enhet/er inom offentlig sektor är köpare.</b>	<input type="checkbox"/> 1	Mindre än 5 miljoner kronor
	<input type="checkbox"/> 2	5 - 24 miljoner kr
	<input type="checkbox"/> 3	25 - 50 miljoner kr
<b>Ange det dels i miljoner kronor samt dels i procent av</b>	<input type="checkbox"/> 4	Mer än 50 miljoner kr, nämligen.....
<b>företagets/divisionens totala</b>	-----	-----
<b>fakturering</b>		
	<input type="checkbox"/> 1	Mindre än 5 procent av företagets/divisionens försäljning
	<input type="checkbox"/> 2	5 - 20 procent av försäljningen
	<input type="checkbox"/> 3	Mer än 20 procent av försäljningen, nämligen .....%

<b>Fråga 1a Uppskatta hur stor del av försäljningen till offentlig sektor som varor respektive A- och B-tjänster utgör?</b>	0 %	1-24%	25-49 %	50-99%	100% (hela försäljningen)
Varor	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
A-tjänster (se bilaga)	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
B-tjänster (se bilaga)	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
<b>Fråga 1 b. Uppskatta hur stor del av försäljningen till offentlig sektor som sker till följande verksamheter?</b>					
Statlig verksamhet	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Landstingsverksamhet	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Kommunal verksamhet	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5

Annan offentlig verksamhet nämligen  1  2  3  4  5

.....

**Fråga 1c. Uppskatta hur stor del av försäljningen till offentlig sektor som sker till kunder med verksamhet inom försörjningssektorn (se Begreppsförklaringen s 1)?**

1  2  3  4  5

## Om offentlig upphandling

**Fråga 2. Vilken är er uppfattning om LOU?**

- 1 Vi är övervägande positiva
- 2 Vi är övervägande negativa
- 3 Vi är varken positiva eller negativa
- 4 Vi har ingen uppfattning eftersom vi knappt känner till vad LOU innebär

**Fråga 3 Hur uppfattar ni följande när det gäller offentlig sektors agerande vid upphandling?**

De flesta offentliga inköpare...	Ja	Nej	Vet ej
...är tillräckligt kunniga om LOU	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
...åtföljer LOU	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
...är tillräckligt kompetenta för sin uppgift	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
...presterar förfrågningsunderlag mm av tillräcklig hög kvalitet	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3

...följer de krav som anges i de egna  
förfrågningsunderlagen

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>

...är objektiva vid anbudsutvärdering

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>

## Effekter av LOU

**Fråga 4. På vilket sätt upplever ni att införandet av LOU har påverkat den offentliga upphandlingen inom ert område?**

har      är oför-      har      vet ej  
ökat      ändrat      minskat

Den inhemska konkurrensen...

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Konkurrensen från företag i utlandet...

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Prisnivån (fasta priser)...

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Inköpsvolymerna per upphandlingstillfälle...

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Avtalstidernas längd....

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Annat, nämligen .....

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

**Fråga 5. På vilket sätt upplever ni att offentlig sektors uppträdande vid upphandling förändrats sedan LOU infördes?**

ökat      oför-      minskat      vet ej  
ändrat

Samordning av inköp

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Inköparnas kompetens

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Kvaliteten på förfrågningsunderlagen

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Förekomst av kravspecifikationer ”skräddarsydda” för särskilt fabrikat eller liknande

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Gynnande av lokala företag

<sub>1</sub>   <sub>2</sub>   <sub>3</sub>   <sub>4</sub>

Utnyttjandet av konkurrensmöjligheter	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Förhandlingar med anbudsgivare	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Annonsering av upphandling	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Krav på skriftliga anbud	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Förlängning av gamla avtal	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
På annat sätt, nämligen .....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4

<b>Fråga 6. Hur har ert eget uppträdande påverkats med anledning av att LOU infördes?</b>	ökat	oförändrad	minskat	vet ej
Bevakning av marknaden för offentlig upphandling	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Resurser som läggs på att utarbeta anbud	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Antalet förfrågningar där vi avstår från att lämna anbud	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Nivån på anbudspriserna	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Kvaliteterna på erbjudna varor/tjänster	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Annat sätt, nämligen .....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4

## **Upphandling över tröskelvärdena som publiceras i EGT**

*Om ni inte på något sätt kommer i kontakt med upphandling över tröskelvärdena ska ni inte besvara frågorna i detta avsnitt (fråga 7-13).*

Obs. Dessa frågor gäller bara varor och A-tjänster

**Fråga 7. Hur stor del av er försäljning till offentlig sektor är kopplad till upphandlingar som annonserats i EGT/TED?**

<sub>1</sub> 0 %

<sub>2</sub> 01-09 %

<sub>3</sub> 10-24 %

<sub>4</sub> 25-50 %

<sub>5</sub> Mer än 50 %, nämligen.....

<sub>6</sub> Vet ej

**Fråga 8. I vilken utsträckning bevakar ni annonsering i EGT/TED?**  
*Obs Gör en markering i varje kolumn*

	Förhandsannonsering av kommande upphandling	annonsering av aktuell upphandling	efterhandsannonsering av avslutad upphandling
Bevakas regelbundet och systematiskt	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>
Bevakas sporadiskt	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>2</sub>
Bevakas inte alls	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>3</sub>
Har aldrig varit aktuellt	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>4</sub>

**Fråga 9. Vad anser ni om annonseringen EGT/TED? Markera de påståenden ni håller med om. Obs att flera markeringar på varje rad är möjliga.**

	Förhandsannonsering	aktuell annonsering	efterhandsannonsering
De upphandlande enheterna sköter sin annonsering bra	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>
Det går smidigt att hitta rätt bland annonserna	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>
Vår bevakning av annonseringen skulle sannolikt öka om de som upphandlar blev bättre på att annonsera	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>
	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	<input type="checkbox"/> <sub>1</sub>	

Vår bevakning av annonsering skulle sannolikt öka om den kunde göras smidigare	<input type="checkbox"/>	1
Vet ej	<input type="checkbox"/>	1

**Fråga 10. På vilket sätt anser ni att en upphandling generellt påverkas när den upphandlande enheten, enligt LOU inte får förhandla?**

	...vid upphandling av...			
	varor		A-tjänster	
	ja	nej	ja	nej
Avvägningen mellan pris, kvalitet och innehåll blir sämre till nackdel för kunden....	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Priskonkurrens mellan företag ökar...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Det slutliga priset blir lägre....	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Det slutliga priset blir högre...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Omkostnaden för anbudsgivaren blir lägre...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Omkostnaden för anbudsgivaren blir högre...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Annan effekt nämligen.....	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1
Vet ej	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>	1

**Fråga 11. Hur upplever ni att de faktiska tidsfristerna för inlämnande av anbud har förändrats sedan LOU infördes?**

	...för långa	...lagom	...för korta
Tidsfristerna har blivit längre och är nu...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>
Tidsfristerna är oförändrade och är nu...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>
Tidsfristerna har blivit kortare och är nu...	<input type="checkbox"/>	1	<input type="checkbox"/>



<b>Fråga 12. Hur har <i>avtalstiderna</i> förändrats sedan LOU infördes?</b>	...för långa	...lagom	...för korta
Avtalstiderna har blivit längre och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Avtalstiderna är oförändrade och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Avtalstiderna har blivit kortare och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Våra upphandlingar resulterar oftast i engångsleveranser	<input type="checkbox"/> 1		

<b>Fråga 13. Ur affärsmässig synpunkt, för hur lång tid tycker ni det är lämpligt att ett avtal tecknas inom era viktigaste tjänste-/produktområden (inklusive möjliga förlängningar)?</b>	varor	A-tjänster	ange tjänst/ produkt
Högst 1 år	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	.....
1 - 3 år	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	.....
4 - 5 år	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	.....
Mer än 5 år, nämligen.....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	.....

### **Upphandling under tröskelvärdena, som inte publiceras i EGT**

*Obs. Dessa frågor gäller bara varor och A-tjänster.*

<b>Fråga 14. På vilka sätt får ni information om offentlig upphandling som inte publiceras i EGT? Försök uppskatta det i procent av samtliga</b>	Procent av samtliga offentliga upphandlingar
--	--

<b>offentliga upphandlingar ni kommer i kontakt med.</b>	0 %	1-10%	11-25%	26-50%	mer än 50%
Vi har kontinuerlig kontakt med köparen	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Vi tar kontakt med köparen	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Köparen begär in anbud genom skrivelse	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Köparen begär in anbud genom annons	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Köparen tar en direktkontakt	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5
Annat sätt, nämligen.....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4	<input type="checkbox"/> 5

<b>Fråga 15. På vilket sätt - upplever ni - att andelen upphandlingar under tröskelvärdena - där anbud begärs genom annonsering - förändrats sedan LOU infördes?</b>	ökat	oförändrad	minskat
Andelen upphandlingar som annonseras har/är	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3

<b>Fråga 16. Skulle det vara en fördel om fler upphandlingar under tröskelvärdena annonserades?</b>	<input type="checkbox"/> 1	Ja
	<input type="checkbox"/> 2	Nej
	<input type="checkbox"/> 3	Vet ej

<b>Fråga 17. På vilket eller vilka sätt skulle följande åtgärder - enligt er uppfattning - kunna påverka effektiviteten i upphandling under tröskelvärdena?</b>	Effektiviteten skulle...			
	höjas	sänkas	ej påverkas	vet ej
				nåmnvärt

Om det infördes krav på nationell annonsering	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Om det infördes krav på bestämda minimi- tidsfrister för mottagande av anbud	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Om ett särskilt forum för annonsering inrättades där annonsering var obligatorisk	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4
Om annat krav infördes, nämligen ..... (gäller både över och under tröskelvärdena)	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3	<input type="checkbox"/> 4

<b>Fråga 18. Hur upplever ni att de faktiska tidsfristerna för inlämnande av anbud har förändrats sedan LOU infördes?</b>	...för långa	...lagom	...för korta
Tidsfristerna har blivit längre och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Tidsfristerna är oförändrade och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Tidsfristerna har blivit kortare och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3

<b>Fråga 19. Hur har <i>avtalstiderna</i> förändrats sedan LOU infördes?</b>	...för långa	...lagom	...för korta
Avtalstiderna har blivit längre och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Avtalstiderna är oförändrade och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3
Avtalstiderna har blivit kortare och är nu...	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2	<input type="checkbox"/> 3

## Övrigt

*Gäller upphandling både över och under tröskelvärdet*

<b>Fråga 20. Hur vanligt är det att de utvärderingskriterier som skall ligga till grund för anbudsvärderingen är</b>	<input type="checkbox"/> 1	Mycket vanligt
	<input type="checkbox"/> 2	Vanligt

**rangordnade i angelägenhetsgrad i förfrågningsunderlagen?**

<sub>3</sub> Ovanligt

<sub>3</sub> Mycket ovanligt

**Fråga 21. Anser ni att ni har någon möjlighet att bedöma**

<sub>1</sub> Ja

**om en offentlig upphandling där ni deltar sker enligt**

<sub>2</sub> Nej

**gällande regler och om ni blir rättvist behandlad?**

<sub>3</sub> Vet ej

**Fråga 22. Har ni någon gång vänt er till domstol för att klaga på en upphandling?**

Ja

Nej

Har begärt överprövning vid länsrätt

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

Har väckt skadeståndstalan vid tingsrätt

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

**Fråga 23. Har ni någon gång övervägt att klaga på en upphandling men avstått?**

Ja

Nej

Har övervägt men avstått från att begära överprövning vid länsrätt

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

Har övervägt men avstått från att väcka skadeståndstalan vid tingsrätt

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

**Fråga 24. Av vilket skäl skulle ni avstå från att begära överprövning eller skadestånd vid en upphandling som ni är övertygad om inte följer LOU?**

Avstår från att begära överprövning

Avstår från att begära skadestånd

Svårt att ta reda på hur man går tillväga

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

Förfarandet är krångligt

<sub>1</sub>

<sub>2</sub>

Svårt att bedöma möjligheterna att få rätt	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2
Kostnaderna för juridisk hjälp är för höga	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2
Ringa kontraktvärde	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2
Risken att "svartlistas" hos inköpare	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2
Andra skäl, nämligen.....	<input type="checkbox"/> 1	<input type="checkbox"/> 2

- Fråga 25. Vilka åtgärder anser ni bör vidtas för att inköpare i offentlig sektor bättre skall följa LOU?**
- 1 Inga åtgärder, de följer LOU
  - 1 Mer utbildning
  - 1 Mer granskning/kontroll från tillsynsmyndighet
  - 1 Tydligare sanktioner mot myndighet (motsv.) som ej följer LOU
  - 1 Annan åtgärd, nämligen.....

**Fråga 26. Ange på vilket sätt ni kommit i kontakt med Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och vilket betyg ni vill ge NOU:s prestation?**

Har aldrig kommit i kontakt med NOU  1

Har kommit i kontakt med NOU genom... NOU:s klagomåls- NOU-info annat sätt  
 rådgivning ärenden .....

NOU:s prestation är då.....

1       1       1       1

...mycket dålig       1       1       1       1

...dålig       2       2       2       2

...godkänd       3       3       3       3

...bra       4       4       4       4

...mycket bra       5       5       5       5

Vet ej       6       6       6       6

**Fråga 27. Ange på vilket sätt ni anser NOU:s verksamhet behöver förändras/förbättras.**

.....

.....

.....

.....

.....

.....



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

### *Remissvar*

- Slutbetänkande Informationssäkerhetspolitik – Organisatoriska konsekvenser (SOU 2005:71)
- Slutbetänkandet Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (SOU 2005:51)
- Det blågula glashuset, SOU 2005:56
- Delbetänkande Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik (SOU 2005:42)
- Rapportering av regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition m.m.
- Regeringsuppdrag att ta fram ett underlag till en handlingsplan om goda matvanor och ökad fysisk aktivitet
- Remissyttrande över SOU 2005:26 Mobil med Bil
- Konsekvenser för sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut
- Upphandlingsutredningens delbetänkande
- Skiljaktig mening
- Postmarknad i förändring (SOU 2005:5)
- Synpunkter på betänkandet Regeringens stabsmyndigheter (2005:32)
- Remissyttrande över SOU 2004:131 Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell
- Remissyttrande över Ds 2005:2 Kungörande i PoIT

- Remissyttrande över betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (Ds 2004:54)
- Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete (SOU 2004:75)
- Remissvar över Ds 2004:52, Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa
- Remissyttrande över SOU 2004:102 Ekonomisk brottslighet inom taxinäringen
- Yttrande över delbetänkandet Hållbara laster - konsumtion för en ljus framtid (SOU 2004:119)
- Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting (SOU 2004:107)
- Tillsynsutredningens slutbetänkande: Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (SOU 2004:100)
- Statskontorets rapport 2004:24 – Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken
- EG-kommissionens grönbok om försvarsupphandling
- Yttrande över Ds 2004:43 ”Byggtreprenadavdrag samt omvänd skattskyldighet (moms)”
- Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling
- Yttrande över över promemorian Ändringar i Arbetsgivarverkets instruktion (Ds 2004:33)
- Yttrande över Förtroendekommissionens betänkande Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47)
- Remissyttrande över promemorian Ledarhundar
- Yttrande över EG-kommissionens förslag till förordning om upprättande av ett frivilligt system med FLEGT-licenser för import av timmer till Europeiska unionen
- Yttrande över Promemoria om överlämnande av ansvaret för driften av sjukhus till privata entreprenörer



- Samhällets behov av betaltjänster (SOU 2004:52)
- Yttrande över Naturvårdsverkets rapport Giftfria och resurssnåla kretslopp - redovisning av regeringsuppdrag
- Yttrande över promemorian Nya EG-regler om förvaltningsberättelsens innehåll
- Naturvårdsverkets rapport Myndigheters miljöansvar- vidareutveckling av de särskilda sektorsansvaret
- Yttrande över EG-kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner
- Kommunal medverkan i landstingets sjuktransporter. Ds 2004:18
- Yttrande över promemorian Utkast till lagrådsremiss Ny ordning för utfärdande av rättsintyg
- Aktiebolag med begränsad vinstutdelning SOU 2003:98
- Kollektivtrafik med människan i centrum SOU 2003:67
- Internrevisionen i staten - förslag till en förstärkt internrevision, SOU 2003:93
- Ny ordning för utfärdande av rättsintyg, Ds 2003:3
- Upphandling vid Sveriges riksbank, Riksdagens revisorers rapport 2002/03:9
- ”Skärpning gubbar! Om konkurrensen, kvaliteten, kostnaderna och kompetensen i byggsektorn”, SOU 2002:115
- "Trygga medborgare – säker kommunikation. Förslag till gemensamt radiokommunikationssystem för skydd och säkerhet". (SOU 2003:10) från kommittén Radiokommunikation för effektiv ledning (RAKEL)
- Riktlinjer för en tillgänglig statsförvaltning
- Märk – värdig jämställdhet (SOU 2002:30)
- Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag (SOU 2002:14)

- [Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektorn](#) ( SOU 2001:117 och Ds 2001:17)
  - [Mera värde för pengarna](#) (SOU 2001:31)
  - ["Nationellt stöd vid upphandling av hjälpmedel"](#) Landstingsförbundets, Svenska Kommunförbundets och Socialdepartementets utredning. (november 2000)
  - [Principförslag från Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling till organisation, drift, kvalitetssäkring och finansiering av ett Internetbaserat verktyg för ekologiskt hållbar upphandling](#)
  - [IT-infrastruktur för stad och land](#) (SOU 2000:111)
  - [Alternativ finansiering genom partnerskap](#) (Ds 2000:65)
  - [Effektivare offentlig upphandling](#) (SOU 1999:139)  
+ Bilagor till NOU:s remissvar [Reservation](#), [Avvikande mening](#), [Protokoll från MBL förhandling](#)
  - [Invandrare som företagare](#) Betänkandet (SOU 1999:49)
  - [Kommunala finansförbund](#) (SOU 1998:72)
  - [Räkna med mångfald!](#) (SOU 1997:174) Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet
  - [Offentlig upphandling](#), Riksdagens revisorers Rapport 1997/98:3
  - [Branschsanering - och andra metoder mot ekobrott](#) (SOU 1997:111)
  - [Effektivare statlig inköpssamordning](#) (SOU 1997:130)
- 

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

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

*Uppdaterad 2005-12-12*

---

<b>Adress</b> <i>Vasagatan 44 111 20 Stockholm</i>	<b>Telefon</b> <i>08-454 44 40</i>	<b>Fax</b> <i>08-791 72 81</i>	<b>E-post</b> <i>registrator.nou@nou.se</i>
---	---------------------------------------	-----------------------------------	--

Charlotte Brunlid

DATUM  
2005-11-15  
ERT DATUM  
2005-10-10

DIARIENR  
2005/0211-22  
ER BETECKNING  
Fö2005/2204/CIV

1 (2)

Försvarsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Slutbetänkande Informationssäkerhetspolitik – Organisatoriska konsekvenser (SOU 2005:71)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Av de frågeställningar som remissinstanserna särskilt skall beakta i betänkandet berörs tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) endast av den del av frågan 1 b som rör utveckling av samverkan mellan privat och offentlig sektor.

I slutbetänkandet framgår inte hur samverkan mellan privat och offentlig sektor skall verkställas. Det går inte att utläsa om denna samverkan kommer att innebära att avtal med ekonomiska villkor sluts. NOU, som med stöd av 7 kap. 9 § LOU, utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen, önskar framhålla att avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan upphandlande enheter och en eller flera ekonomiska aktörer skall föregås av offentlig upphandling i enlighet med LOU.<sup>1</sup> NOU har tidigare, i yttrandet avseende Delbetänkande Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik (SOU 2005:42), påtalat vikten av en hög beställarkompetens då offentlig upphandling skall göras, se bilaga.

Utredningen lyfter fram Statskontorets möjlighet att ”påverka upphandlingen av till exempel utrustning och program genom sin uppgift att se till att villkoren för den offentliga förvaltningens inköp och användning av utrustning och tjänster på informationsområdet är så bra som möjligt.” (se sid. 58). Utredningen avstår, med anledning av att Statskontoret är föremål för omorganisation, från att lägga förslag som berör myndigheten (se sid. 91). NOU påtalade i ovan nämnda yttrande rörande delbetänkandet (SOU 2005:42), att frågor som rör tillämpningen av LOU bör handläggas av NOU, se bilaga.

---

<sup>1</sup> Se definitionen av *offentliga kontrakt* i direktiv 2004/18/EG, art. 1.2.a.

Charlotte Brunlid

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 15 november 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, 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. Charlotte Brunlid. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

**Bilaga**

NOU:s yttrande avseende Delbetänkande Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik (SOU 2005:42), dnr 2005/0141-22.

Jordbruksdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Slutbetänkandet Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (SOU 2005:51)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU är positiv till att insatser görs som medför en hållbar utveckling.

Utredningen har föreslagit att offentlig upphandling skall ske i ”bästa kvartilmodellen”. Bästa kvartilmodellen innebär, enligt utredningen, att ”man – baserat på en översikt av marknadens produkter - beskriver deras miljöprestanda och delar in dem i 25-procentklustrer”<sup>1</sup>. De produkter som har de bästa miljöegenskaperna identifieras i den övre kvartilen som rekommendationer att välja vid offentlig upphandling. Utredningen framför en förhoppning om att listan ständigt skall vara uppdaterad och därmed verka marknadsledande.

Inom offentlig upphandling görs köp av varor, tjänster och byggtreprenader för det behov som är aktuellt vid varje köptillfälle. Köp görs utifrån ett stort antal parametrar, där miljöegenskaper kan utgöra en faktor, men även andra, såsom andra kvalitativa egenskaper eller i budget medgiven kostnad, kan vara av vikt. Varje upphandling är unik. NOU anser att det av detta skäl är svårt att se hur bästa kvartilmodellen skall kunna tillämpas i praktiken. De krav som ställs i varje offentlig upphandling måste vara avvägda i det individuella ärendet.

Proportionalitetsprincipen, är en grundläggande EG-rättslig princip som ingår i regeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Principen skall iakttas vid all offentlig upphandling. Den innebär att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Dessutom måste kraven vara ägnade att leda till att den upphandlande enhetens syfte med att ställa dem uppnås. Det torde därmed vara lagstridigt att använda en modell som bygger

---

<sup>1</sup> Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (SOU 2005:51), sid. 35.

Charlotte Brunlid

på att enbart ett på förhand gjort urval av produkter kan väljas vid offentlig upphandling.

NOU önskar påpeka att Sveriges medlemskap i EU och därmed anslutning till GPA inom WTO medför att konkurrensutsättning vid offentlig upphandling sker på den internationella marknaden. Varor från andra medlemsstater i EU eller länder som omfattas av GPA får därmed inte diskrimineras. Enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) finns inte möjlighet att använda en "urvalslista" avseende olika varutyper.

NOU önskar framhålla risken att de föreslagna listorna kommer att bygga på beprövade lösningar och därmed inte följa den senaste utvecklingen på marknaden. Även om det omfattande och kostsamma arbete som skulle krävas för att uppdatera listorna gjordes, finns en risk att listorna skulle ligga steget efter marknaden. En effekt skulle därmed kunna bli att de leverantörer som är marknadsledande inom miljövänliga produkter inte skulle få tillbörliga fördelar vid offentlig upphandling.

NOU konstaterar att det i utredningen inte framgår gränsdragningar i styrningen mellan statlig verksamhet, kommunal verksamhet och vad som skall utföras av fristående bolag såsom Miljöstyrningsrådet AB. Det kommunala självstyret har inte beaktats. Det är även oklart i utredningen om tjänster inkluderas i bästa kvartilmodellen.

NOU stöder utredningens förslag att Miljöstyrningsrådet AB stärks i sin verksamhet. Finansieringsfrågor bör dock ges särskild uppmärksamhet. NOU menar att det vore olyckligt om tilltron till Miljöstyrningsrådet AB:s verksamhet rubbades genom att uppgifter, som varken ur ett rättsligt eller praktiskt perspektiv är möjliga att realisera, ålades organisationen. NOU önskar erinra om att statens köp från fristående juridiska personer skall göras i enlighet med LOU.

Utredningen föreslår att Konsumentverket skall stödja Miljöstyrningsrådet i deras föreslagna roll att dokumentera varor och tjänster i "bästa kvartilen".<sup>2</sup> Utan att godta bästa kvartilmodellen önskar NOU framhålla att frågor som rör tillämpningen av LOU bör handläggas av NOU.

Utredningen föreslår att 25 procent av de livsmedel som upphandlas och tillagas i stat, kommun och landsting år 2010 skall vara baserade på ekologiskt certifierad produktion. Vidare föreslås en premie för att främja 25-procentmålet. Utredningen uppger att en sådan premie kan utgöra certifieringskostnaden för dem som byter från konventionella livsmedel till

---

<sup>2</sup> A.a. sid. 44.

Charlotte Brunlid

KRAV-märkta.<sup>3</sup> NOU anser att det måste utredas huruvida en åtgärd som stödjer en särskild produkt på detta sätt utgör ett tillåtet statsstöd.

Utredningen anger att regeringen bör verka för att staten föregår med gott exempel avseende rättvisemärkta produkter och föreslår att all upphandling av kaffe, te och bananer senast år 2007 till riksdagen, Regeringskansliet, statliga verk och myndigheter bör utgöras av Rättvisemärkt/Fairtrade-produkter. Vidare föreslås att kommuner och landsting bör upphandla Rättvisemärkt/Fairtrade-produkter. Utredningen anger att det inte finns hinder mot att ställa krav på Rättvisemärkt/Fairtrade-produkter i vad utredningen benämner ”EU:s upphandlingsreglemente”.<sup>4</sup>

NOU önskar påpeka att de krav som ställs vid offentlig upphandling enligt EG-domstolens praxis i mål C-513/99 Concordia Bus Finland Ab mot Helsingin kaupunki m.fl. skall ha ett samband med föremålet för upphandlingen, kriterierna vara mätbara och inte lämna full valfrihet. Kraven får inte strida mot fördraget och särskilt inte mot icke-diskrimineringsprincipen. EG-domstolen har därefter i mål C-448/01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich fastslagit att en objektiv och enhetlig bedömning av anbudsgivare förutsätter att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna. NOU önskar även uppmärksamma regeringen om att Upphandlingsutredningen i förslaget till nya upphandlingsregler, (SOU 2005:22) skrivit in regeln i art. 53.1 direktiv 2004/18/EEG om att den upphandlande myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall göra bedömningen ”ur den upphandlande myndighetens synvinkel” samt att de kriterier som bedöms skall vara ”kopplade till föremålet för kontraktet”.<sup>5</sup>

Utredningen föreslår att regeringen bör initiera en nationell satsning på utbildning för mera S.M.A.R.T-mat i den offentliga sektorn.<sup>6</sup> NOU erinrade utredningen i yttrandet rörande delbetänkandet Hållbara laster – konsumtion för en ljus framtid (SOU 2004:119)<sup>7</sup>, om att det strider mot grundläggande bestämmelser i EG-rätten och därmed också LOU att kräva att kött skall vara svenskt (se bilaga 1). Relevanta kvalitetskrav får istället ställas på

---

<sup>3</sup> A.a. sid. 66-67.

<sup>4</sup> A.a. sid. 72-73.

<sup>5</sup> Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22), 14 kap. 1 § LOU.

<sup>6</sup> Bilen, Biffen, Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (SOU 2005:51), sid. 79-83.

<sup>7</sup> NOU:s dnr 2005/005-22.



Charlotte Brunlid

produkten. NOU har i en information från myndigheten skrivit om krav som kan ställas vid offentlig upphandling av kött (se bilaga 2).<sup>8</sup>

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, 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. Charlotte Brunlid. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

**Bilaga**

1. Yttrande över delbetänkandet Hållbara laster – konsumtion för en ljus framtid (SOU 2004:119), dnr 2005/005-22.
2. Information om upphandling av kött, dnr 2002/0147-28.

---

<sup>8</sup> NOU:s dnr 2002/0147-28.

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Betänkandet Det blågula glashuset SOU 2005:56**

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 av Justitiedepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerat betänkande. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i betänkandet som berör LOU, d.v.s. huvudsakligen det som anförs under 13.6.1 Antidiskrimineringsklausuler i statens offentliga upphandlingar.

NOU har tidigare på uppdrag av regeringen utformat en antidiskrimineringsklausul. NOU:s remissvar återspeglar därför den senaste versionen av NOU:s klausul.

### ***Sammanfattning***

**(1) NOU avstyrker från upphandlingsjuridisk synpunkt att alla statliga myndigheter i förordning åläggs införa en antidiskrimineringsklausul i alla upphandlingskontrakt. Om det ändå beslutas att en antidiskrimineringsklausul skall införas, anser NOU att klausulens lydelse skall utformas i enlighet med vad som anförs i detta remissvar. Klausulen som antagits i Stockholms stad kan inte användas som förebild. I betänkandet dras långtgående paralleller med det amerikanska systemet (jämför 12.2 med 13.6.1). NOU anser att Stockholm stads klausul är oförenlig med hur en motsvarande klausul används i USA. De amerikanska klausulerna avser en annan upphandlingsordning och gäller, vilket framgår även av utredningens betänkande endast vissa bolag, större kontrakt och endast sådana leveranser som inte är allmänt tillgängliga på marknaden. Kontrollen av efterlevnad ligger dessutom inte på de upphandlande myndigheterna utan på en för detta ändamål bildad och dimensionerad expertmyndighet (OFCCP).**

Johanna Persson

**(2) NOU delar inte utredningens uppfattning att en antidiskrimineringsklausul kan användas vid samtliga upphandlingskontrakt avseende varor och tjänster. En sådan skyldighet bör inte heller åläggas de upphandlande myndigheterna genom en förordning.**

**(3) NOU avstyrker förslaget om att en klausul skall utformas så att leverantören *i sin verksamhet* i Sverige skall följa vid varje tillfälle i Sverige gällande antidiskrimineringslagstiftning. En sådan klausulskrivning innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta strider mot proportionalitetsprincipen och är därmed inte förenligt med LOU. Därutöver är det olämpligt att en upphandlande enhet får en uppföljningsskyldighet som sträcker sig långt utöver det som regleras av avtalet.**

**(4) NOU delar utredningens uppfattning att leverantören under uppdragstiden kan åläggas skyldighet att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen och att tiden för redovisning skall i så fall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommit.**

**(5) NOU avstyrker utredningens förslag om att leverantör som använder underleverantör, i sitt kontrakt skall ålägga underleverantören den skyldighet som anges i klausulen, d.v.s. att leverantören skall svara gentemot den upphandlande enheten för underleverantörens brott mot antidiskrimineringslagarna i klausulen. NOU avstyrker också utredningens förslag om att leverantören genom en sådan skrivning i kontraktet skall tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder i enlighet med klausulen.**

**(6) NOU avstyrker utredningens förslag om att brott mot förpliktelserna i klausulen regelmässigt skall anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantörer, bryter mot klausulen. Om hävning skall ske måste bli föremål för en bedömning i varje enskilt fall.**

**(7) NOU instämmer i bedömningen att villkor rörande antidiskriminering, som inte är diskriminerande, kan tas in bland kontraktsvillkoren.**

Johanna Persson

### *NOU:s motivering*

I avsnittet 13.6.1 i betänkandet föreslår utredningen att en förordning antas som kräver att alla statliga upphandlingar skall innehålla en antidiskrimineringsklausul med syfte att motverka strukturell diskriminering på grund av faktorer som kön, etnicitet, religion, funktionshinder och sexuell läggning. Utredningen hävdar bl. a. att lagar mot diskriminering i kombination med kraven om främjande av jämlikhet i upphandlingar i flera andra länder, såsom USA, Kanada och Storbritannien har haft tydliga och positiva effekter på arbetsmarknaden. Vidare menar utredningen att det, med tanke på de stora ekonomiska värden som står på spel i offentliga upphandlingar i alla länder, är sannolikt att företagen är lyhörda för det offentligas krav i avtal. I synnerhet om det är tydligt att det offentliga inte har formulerat dessa endast för det symbolvärde som kan finnas.

**(1) NOU avstyrker från upphandlingsjuridisk synpunkt att alla statliga myndigheter i förordning åläggs införa en antidiskrimineringsklausul i alla upphandlingskontrakt. Om det ändå beslutas att en antidiskrimineringsklausul skall införas, anser NOU att klausulens lydelse skall utformas i enlighet med vad som anförs i detta remissvar. Klausulen som antagits i Stockholms stad kan inte användas som förebild. I betänkandet dras långtgående paralleller med det amerikanska systemet (jämför 12.2 med 13.6.1). NOU anser att Stockholm stads klausul är oförenlig med hur en motsvarande klausul används i USA. De amerikanska klausulerna avser en annan upphandlingsordning och gäller, vilket framgår även av utredningens betänkande endast vissa bolag, större kontrakt och endast sådana leveranser som inte är allmänt tillgängliga på marknaden. Kontrollen av efterlevnad ligger dessutom inte på de upphandlande myndigheterna utan på en för detta ändamål bildad och dimensionerad expertmyndighet (OFCCP).**

**(2) NOU delar inte utredningens uppfattning att en antidiskrimineringsklausul kan användas vid samtliga upphandlingskontrakt avseende varor och tjänster. En sådan skyldighet bör inte heller åläggas de upphandlande myndigheterna genom en förordning.**

NOU avstyrker att en förordning antas som kräver att alla statliga upphandlingskontrakt skall innehålla en antidiskrimineringsklausul och att

Johanna Persson

liknande klausul rekommenderas även kommuner och landsting. NOU anser att en upphandlande myndighet i varje enskilt fall måste kunna bestämma om en sådan klausul är påkallad eller lämplig i det aktuella kontraktet. Vid överväganden om en författningsreglering bör beaktas att regleringen kan omfatta alla kontrakt som sluts skriftligt av en myndighet, inklusive de med lågt värde och de som tilldelas med stöd av ett ramavtal. Vidare bör övervägas om eventuella överträdelser skall förenas med några sanktioner. Om så blir fallet bör det anges under vilka förutsättningar det utgör ett brott mot förordningen eller LOU att myndigheten inte inför eller inte följer upp en antidiskrimineringsklausul. Det bör anges även vem som får begära överprövning och om det ankommer på en länsrätt att pröva detta.

NOU anser vidare att en begränsning av användandet av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten är nödvändig med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets genomförande. NOU tolkar gemenskapsrätten så att antidiskrimineringsklausulen generellt sett inte kan omfatta varuupphandlingar, eftersom den berörda lagstiftningen, som leverantören enligt klausulen förpliktas att följa, endast gäller i Sverige och skulle kunna diskriminera varor lagligen tillverkade i andra länder. NOU anser att man inte kan ålägga en leverantör som inte är verksam i Sverige att följa svensk lag. Varorna är dessutom i de flesta fall tillverkade innan ett kontraktsförhållande uppstår och kan därför inte omfattas av en klausul om utförande under kontraktstiden. Om varor ska produceras på beställning i Sverige kan en klausul möjligen användas.

När det gäller utförande av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten i Sverige uppstår normalt inte detta problem. Tjänster och bygg- och anläggningsarbeten skiljer sig från varor såtillvida att de som regel produceras av leverantören i samband med utförandet, alltså i samma land där den upphandlande enheten finns. Om en tjänst utförs utanför Sveriges gränser skulle det kunna uppstå problem med att uppfylla de gemenskapsrättsliga principerna om klausulen används.

Anskaffning av varor tillsammans med tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten där varudelen utgör den värdemässigt största andelen, skall upphandlas enligt bestämmelserna om varuupphandlingar i LOU. I dessa upphandlingar kan särskilda kontraktsvillkor, som antidiskrimineringsklausuler, komma ifråga i den del kontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten. EG-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från år 2001 framhållit att det ”förefaller vara svårare att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i varukontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn

Johanna Persson

inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett ooberättigat handelshinder”.

Även om det skulle vara möjligt att ställa krav i varukontrakt med leverantörer som tillverkar varor i Sverige utan att det diskriminerar utländska leverantörer, skulle dock resultatet kunna bli att svenska leverantörer diskrimineras i förhållande till utländska. NOU anser sig inte kunna rekommendera en klausul med denna innebörd.<sup>1</sup>

Vid användning av en antidiskrimineringsklausul får proportionalitetsprincipen anses kräva att avtalsrelationen har en viss varaktighet och omfattning. Ju kortare kontraktsförhållanden och ju mindre värden det är fråga om desto större är risken att proportionalitetsprincipen träds för när. När det gäller korta kontraktsförhållanden och små värden är det mot bakgrund av de i många fall nästan obefintliga kontrollmöjligheterna på grund av praktiska svårigheter mycket tveksamt med antidiskrimineringsklausuler med långtgående krav.

NOU anser att en antidiskrimineringsklausul bör innefatta enbart uppdrag som utförs i Sverige, eftersom kravet i antidiskrimineringsklausulen avser tillämpningen av svensk lagstiftning. Denna utformning stämmer väl överens med det s.k. utstationeringsdirektivet.<sup>2</sup> Att ställa krav på att svensk lagstiftning skall följas i Sverige kan inte innebära att leverantörer från andra medlemsländer diskrimineras så länge ifrågavarande lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten. Så länge de svenska antidiskrimineringslagarna är förenliga med gemenskapsrätten är en klausul som innefattar enbart uppdrag som utförs i Sverige således varken direkt eller indirekt diskriminerande mot leverantörer från andra medlemsländer.

**(3) NOU avstyrker förslaget om att en klausul skall utformas så att leverantören i sin verksamhet i Sverige skall följa vid varje tillfälle i Sverige gällande antidiskrimineringslagstiftning. En sådan klausulskrivning innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta strider mot proportionalitetsprincipen och är därmed inte förenligt med LOU. Därutöver är det olämpligt att en upphandlande enhet får en uppföljningsskyldighet som sträcker sig långt utöver det som regleras av avtalet.**

---

<sup>1</sup> Bland de upphandlande myndigheter som använder klausuler som inte omfattar leverans av varor finns AMV och Regeringskansliet.

<sup>2</sup> Direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster innebär en skyldighet för medlemsländerna att säkerställa att tjänsteleverantörer som utstationerar sina arbetstagare i en annan medlemsstat följer vissa lagreglerade arbetsrättsliga miniminivåer som gäller i den medlemsstat där tjänsten utförs.

Johanna Persson

NOU anser istället att leverantören *vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden* i Sverige skall följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning.

En antidiskrimineringsklausul skall enligt proportionalitetsprincipen stå i proportion till det enskilda upphandlingskontraktet. Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen/uppdragsbeskrivningen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs skall vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Principen innebär bland annat att antidiskrimineringsklausulen endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet. Andra delar av leverantörens verksamhet kan inte inkluderas, eftersom de saknar direkt samband med beställningen och således inte har tillräcklig anknytning till kontraktet. Generellt gäller att ju svagare sambandet är mellan ett krav i en antidiskrimineringsklausul och det som upphandlas, desto större är risken för att kravet inte är lagligt.

Proportionalitetsprincipen innebär enligt NOU:s uppfattning vidare att kontrollåtgärderna och eventuella påföljder i en klausul endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

En mer långtgående klausul i avseendet att följa svensk lagstiftning och som omfattar inte endast det avtalade arbetet som leverantören utför i Sverige utan all dennes verksamhet, innebär enligt NOU att det är svårt att i det enskilda fallet påvisa att anknytning föreligger till det som skall upphandlas. En sådan anknytning krävs för att klausulen skall vara laglig. Därtill kommer att det kan vara svårt att följa upp och kontrollera efterlevnaden av de krav som uppställts. En klausul enligt vilken leverantören - med konsekvenser för kontraktet om så inte sker - skall följa antidiskrimineringslagarna inte endast vid utförandet av den aktuella tjänsten/entreprenaden utan *vid varje tillfälle* innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta är inte förenligt med LOU. En klausulskrivning med avsikten att leverantören - med konsekvenser för kontraktet om så inte sker - skall följa antidiskrimineringslagarna inte endast vid utförandet av den aktuella tjänsten/entreprenaden utan *vid varje tillfälle* innebär att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta är inte förenligt med LOU.

Johanna Persson

**(4) NOU delar utredningens uppfattning att leverantören under uppdragstiden kan åläggas skyldighet att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen och att tiden för redovisning skall i så fall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.**

NOU anser att det är nödvändigt att införandet av antidiskrimineringsklausuler kombineras med information och utbildning om deras tillämpning och uppföljning. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs såväl goda kunskaper om antidiskrimineringslagstiftningen som instrument, metoder och resurser att följa upp ställda krav.

Om det saknas möjligheter till uppföljning kan detta medföra att den upphandlande enheten bryter mot likabehandlingsprincipen och att konkurrensförhållandena på marknaden kan komma att rubbas. Den upphandlande enheten bör således kontrollera att leverantören lever upp till de förpliktelser han åtagit sig. Att anta ett anbud med lägre pris från en leverantör som inte genomför ett seriöst antidiskrimineringsarbete och som aldrig haft för avsikt att följa antidiskrimineringsklausulens bestämmelser, leder till en orättvis behandling av andra leverantörer.

NOU:s anser att eventuella sanktioner skall föregås av en skriftlig dialog mellan parterna. En sådan dialog kan inledas av den upphandlande enheten i samband med en misstanke om överträdelse av den berörda lagstiftningen eller vid uppföljning på enhetens eget initiativ. I den skriftliga dialogen kan den upphandlande enheten begära att leverantören redovisar vilka åtgärder den vidtagit för att uppfylla sina skyldigheter enligt lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, dvs. vilka åtgärder leverantören vidtagit för att motverka diskriminering, framför allt beträffande arbetsförhållanden, förebyggande av trakasserier och rekrytering.

Vidare kan den antagna leverantören avkrävas en redovisning av om han under kontraktstiden varit skyldig att betala skadestånd eller viten enligt någon av de i klausulen nämnda lagarna. Om så varit fallet kan den upphandlande enheten begära att leverantören uppger vilken bestämmelse han brutit mot och vilka åtgärder han vidtagit för att förseelsen skall upphöra/inte inträffa igen.



Johanna Persson

NOU anser att leverantören ikläder sig visst informationsansvar och en uppföljning som står i rimlig proportion till omfattningen och inriktningen av vad som upphandlats och underleverantörens koppling till detta.

**(5) NOU avstyrker utredningens förslag om att leverantör som använder underleverantör, i sitt kontrakt skall ålägga underleverantören den skyldighet som anges i klausulen, d.v.s. att leverantören skall svara gentemot den upphandlande enheten för underleverantörens brott mot antidiskrimineringslagarna i klausulen. NOU avstyrker också utredningens förslag om att leverantören genom en sådan skrivning i kontraktet skall tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder i enlighet med klausulen.**

NOU anser att ett avtal innehållande en antidiskrimineringsklausul enbart kan omfatta förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som tecknar avtalet, i fortsättningen benämnd huvudleverantören. NOU anser att huvudleverantören genom klausulen förbinder sig att göra vad han kan för att tjänsten eller byggtreprenaden genomförs med iakttagande av gällande antidiskrimineringslagstiftning. Leverantören kan alltså inte i avsikt att kringgå den skyldighet som klausulen medför, lägga ut kontraktet på en underentreprenör. En leverantör kan vidta åtgärder för att säkerställa att underleverantörerna är medvetna om de förutsättningar som gäller för kontraktets utförande, t.ex. genom att informera om klausulens krav. Leverantörens skyldighet att under uppdragstiden för den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits kan dock inte skapa någon rättighet eller skyldighet för huvudleverantören att från samtliga underleverantörer utkräva rapporter eller jämställdhetsplaner.

Om ett kontrakt läggs ut på en underleverantör som är exempelvis dotterbolag eller i annan beroendeställning till huvudleverantören, bör högre krav kunna ställas på att huvudleverantören tillser att underleverantören efterlever antidiskrimineringsreglerna.

Det har aldrig prövats rättsligt om en upphandlande enhet kan kräva att en huvudleverantör i sitt kontrakt med underleverantören inför villkor som motsvarar den klausul som finns i avtalet med den upphandlande enheten. Risk kan föreligga att proportionalitetsprincipen träds för när genom sådana villkor. Denna risk ökar ju svagare anknytning det som huvudleverantören köper från en underleverantör har till kontraktet.

Den upphandlande enheten skall utnyttja den befintliga konkurrensen på marknaden så som principen om icke-diskriminering förutsätter. Ett krav på omfattande kontroll av underleverantörer genom en

Johanna Persson

antidiskrimineringsklausul skulle kunna leda till att flera leverantörer inte klarar att leverera till upphandlande enheter. Kontrollens omfattning kommer givetvis att återspegla sig i anbudspriset och de egna uppföljningskostnaderna.

**(6) NOU avstyrker utredningens förslag om att brott mot förpliktelserna i klausulen regelmässigt skall anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantörer, bryter mot klausulen. Om hävning skall ske måste bli föremål för en bedömning i varje enskilt fall.**

NOU anser att det är först om den skriftliga redovisningen uteblir eller är uppenbart bristfällig som sanktioner kan komma ifråga.

NOU övervägde möjligheten att införa hävning som en påföljd i den av myndigheten utformade antidiskrimineringsklausulen. Hävning är ett kraftfullt instrument som klart tydliggör den upphandlande enhetens ståndpunkt för leverantören beträffande antidiskrimineringsfrågor. Hävning skall dock stå i proportion till överträdelsens karaktär. Dessutom är det en ingripande åtgärd för den upphandlande enheten, eftersom den normalt medför att enheten måste hitta en ny leverantör. Detta innebär i sin tur att en ny upphandling måste göras samt att enheten står utan leveranser tills ett nytt avtal kan börja gälla.

Att en klausul, såsom NOU:s, saknar en explicit hävningspåföljd innebär dock inte att hävning är utesluten vid överträdelser av de intressen som antidiskrimineringslagarna är ämnade att skydda. Innehåller avtalet en allmän hävningsklausul kan denna bli tillämplig vid tillräckligt allvarliga brott även mot avtalets antidiskrimineringsklausul, trots att avtalets klausul saknar sådan påföljd. Om inget särskilt avtalats får nämligen köplagens (1990:931) bestämmelser om hävning en analog tillämpning på de upphandlade tjänste- och entreprenadkontrakt som omfattas av NOU:s klausul.

Vid upphandling av parallella ramavtal skulle hävning som sanktion få långtgående konsekvenser. Vid tillämpningen av de nya reglerna om offentlig upphandling sker tilldelning av kontrakt vid varje tillfälle då ett ramavtal utnyttjas.<sup>3</sup> Hävning skulle innebära att om ett kontrakt inom ett

---

<sup>3</sup> I vart fall vid tilldelning av kontrakt för förnyad inbjudan. Se artikel 32 i direktiv 2004/18/EG samt kapitel 6 i förslag på kommande regler om offentlig upphandling, SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler.

Johanna Persson

ramavtal hävs så hävs även övriga kontrakt inom ramavtalet. Ramavtal är nämligen kontrakt som skall leda till att andra kontrakt tecknas på grundval av ramavtalen.

Hävning av ett avtal p.g.a. felaktig bedömning av en antidiskrimineringsituation kan leda till skadeståndsanspråk från den drabbade leverantören. NOU anser därför att hävningsklausuler i samband med antidiskrimineringsklausuler bör användas med försiktighet. En upphandlande enhet kan inte rimligen låta en leverantör, vars avtal har hävts p.g.a. överträdelse av en antidiskrimineringsklausul, sköta leveranserna tills den upphandlande enheten ett antal månader senare upphandlat ett nytt kontrakt. Särskilt under ett avtals sista år blir det tillkommande ekonomiska trycket som en eventuell hävningspåföljd skapar mest illusoriskt och inte särskilt verkningsfullt. Viten och uteslutningsmöjligheter får anses vara mer verksamma instrument. Eventuell uteslutning måste dock ske enligt gällande regler, d.v.s. bedömning av huruvida allvarligt fel i yrkesutövning då föreligger.

Vite kan användas i antidiskrimineringsklausuler, dels som ett påtryckningsmedel för att få leverantören att lämna begärd information (x i NOU:s klausul), dels som ett medel att få denne att rätta till överträdelser mot antidiskrimineringslagstiftningen (y och z i NOU:s klausul). Om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats av leverantören inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av antidiskrimineringslagarna, skall vite utgå.

Vitets storlek skall framgå av antidiskrimineringsklausulen. Den upphandlande enheten kan

- antingen i varje enskild upphandling göra en bedömning av vitets storlek som ett visst belopp/en viss procent utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning
- eller fastställa ett visst belopp/en viss procent att generellt gälla för alla dess upphandlingar där antidiskrimineringsklausuler används.

Nackdelen med att bestämma ett fast belopp att gälla för alla upphandlingar är naturligtvis att storleken på vitet kan bli försumbar för leverantörer i mycket stora upphandlingar. Stora upphandlingar kräver ofta stora leverantörer. Dessa kan då se vitet som ett pris värt att betala för att vinna upphandlingen. Det finns även en uppenbar risk att ett generellt fastställt belopp vid små upphandlingar resulterar i att vitets storlek kan bli lika stort eller större än värdet av själva upphandlingen. Detta är knappast rimligt. NOU anser därför att de upphandlande enheterna i första hand skall göra en bedömning i varje enskild upphandling av vitets storlek utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning.

Johanna Persson

I vissa upphandlingar kan det vara svårt för en upphandlande enhet att på förhand veta vad det totala kontraktsvärdet kommer att uppgå till. Detta gäller t.ex. vid upphandling av vissa ramavtal. NOU föreslår att en enhet som upphandlat ramavtal med alla villkor fastställda bestämmer vitet till ett fast belopp som anpassas i förhållande till ramavtalets uppskattade totala värde för leverantören. Vid upphandling av ramavtal där det skall ske förnyad konkurrensutsättning<sup>4</sup> kan det bli fallet, att en leverantör som finns med i ramavtalet inte vinner ett enda avrop eller endast ett mindre sådant. Här förefaller det rimligast att fastställa vitet till en viss procent av faktiskt avropat belopp.

Vikten av att ta ut avtalat vite av den som bryter mot en antidiskrimineringsklausul kan inte nog understrykas. De anbudsgivare vars kontrakt hade förkastats kan annars anses ha blivit förfördelade. Om sanktioner inte utnyttjas kan respekten för avtalade klausuler gå förlorad och resultera i oseriösa anbud vid efterföljande upphandlingar. NOU har i ett ärende<sup>5</sup> som bl.a. behandlade frågan om att inte begära ut ett förfallet vite, uttalat att det inte föreligger någon generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att på ett väsentligt sätt förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt. NOU anser att om en upphandlande enhet inte kräver ut avtalat vite när leverantören inte lever upp till klausulen vid genomförandet av kontraktet, förändrar enheten på ett väsentligt sätt villkoren i avtalet och gör sig därmed skyldig till brott mot likabehandlingsprincipen.

**(7) NOU instämmer i bedömningen att villkor rörande antidiskriminering, som inte är diskriminerande, kan tas in bland kontraktsvillkoren.**

Ett villkor får varken vara diskriminerande eller i övrigt strida mot gemenskapsrätten. En förutsättning för att kunna ta in en antidiskrimineringsklausul bland kontraktsvillkoren, åtminstone under tröskelvärdena, är att klausulen anges i förfrågningsunderlaget, såvida inte klausulen angetts i annons om upphandlingen. NOU delar utredningens uppfattning om att det för närvarande inte är lämpligt att en antidiskrimineringsklausul tas med på annat sätt än som kontraktsvillkor. Vidare delar NOU utredningens uppfattning om att det är positivt om upphandlande enheter utnyttjar möjligheten att välja att upphandla en vara

---

<sup>4</sup> Se förslag på kommande regler om offentlig upphandling, SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler

<sup>5</sup> NOU:s dnr 2000/0320-26 Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendeln AB:s avtal om pendeltågtrafik.

Johanna Persson

eller tjänst som motsvarar dess samhällsmål. I samband med att den upphandlande enheten identifierar sitt behov är det möjligt att besluta om hur behovet skall tillgodoses. LOU sätter inga gränser för vilken typ av varor, tjänster eller entreprenader den upphandlande enheten väljer att anskaffa så länge valet inte riskerar att leda till att vissa leverantörer otillbörligen gynnas eller missgynnas.

---

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 jur.kand. Johanna Persson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johanna Persson

Försvarsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Delbetänkande Säker information – förslag till informationssäkerhetspolitik (SOU 2005:42)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU har inte några synpunkter avseende innehållet i den föreslagna lagstiftningen. NOU framhåller följande rörande utredningen.

Utredningen menar att ökad beställarkompetens från statens sida vid upphandling av informationssäkerhet kan förväntas öka förutsättningarna för svensk IT-industri att leverera säkra produkter och system och därmed även stärka sin konkurrensförmåga på den internationella marknaden (se sid. 203-204). NOU instämmer i utredningens uppfattning att förbättrade kravspecifikationer från staten kan medföra köp av bättre produkter eller tjänster. Det bör dock påpekas att Sveriges medlemskap i EU och därmed anslutning till GPA inom WTO, medför att konkurrensutsättning vid offentlig upphandling sker på den internationella marknaden. Möjlighet att rikta köp eller särskilt tillse att den svenska marknaden stimuleras via den offentliga upphandlingen finns inte.

Utredningen uppger att myndigheter, näringsliv och andra aktörer som inte hanterar samhällskritisk infrastruktur ofta uppvisar brister i beställarkompetens för informationssäkerhet. Utredningen påpekar att det inte sällan förekommer att krav för funktionalitet för informationssäkerhet specificeras efter det att en upphandling är genomförd (se sid. 204 och 218). NOU önskar framhålla att ett sådant förfarande vid offentlig upphandling, utöver att det kan medföra betydande kostnad, strider mot lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Den offentliga verksamheten måste, enligt utredningen, ta tillvara den säkerhetskompetens och den snabba utveckling som sker inom det privata näringslivet. Behovet av leverantörskompetens bör tillgodoses genom det utbud som utvecklats på den privata marknaden. Utredningen menar att staten genom att ta tillvara den säkerhetskompetens och den snabba utveckling som sker inom det privata näringslivet kan anses ha ett ansvar att skapa förutsättningar för en hög kompetensnivå inom de företag som medverkat till att tillgodose samhällets behov av informationssäkerhet. Staten kan därmed, enligt utredningen, anses ha ett ansvar för att skapa

Charlotte Brunlid

förutsättningar för en hög kompetensnivå inom de företag som medverkar till att tillgodose samhällets behov av informationssäkerhet (se sid. 205 och 206).

NOU har inte anledning att bedöma huruvida behovet av informationssäkerhet bäst tillgodoses av den offentliga eller privata sektorn, men delar utredningens åsikt att outsourcing av verksamhet inom IT-området kommer att ställa höga krav på beställarkompetens, som i sin tur kräver en satsning på fortbildning i upphandlingsteknik inom området. Staten har, enligt utredningen, ett ansvar att utveckla beställarkompetensen inom informationssäkerhet. Utredningen föreslår att Statskontoret bör ha ett särskilt ansvar för att stimulera en ambitionshöjning i statens krav på säkra produkter och kvalitativa tjänster vid upphandling och att Statskontoret bör ha ett särskilt ansvar att kunna bistå myndigheter som lägger ut viktiga delar av IT-funktionen på lång entreprenadförvaltning (se sid. 205 och 234). NOU instämmer i att Statskontoret bör ha det ansvar som föreslås, men vill påpeka att frågor som rör tillämpningen av LOU bör handläggas av NOU.

Utredningen menar att tillgång till certifierade produkter enligt *Common Criteria* eller för tjänster enligt Ledningssystem för informationssäkerhet (LIS) skulle underlätta upphandlingen av informationssäkerhet (se sid. 204 och 218). NOU önskar avseende en utökad certifiering framhålla risken för att en certifiering ofta bygger på beprövade lösningar och således inte följer den senaste utvecklingen på marknaden. Standarder kan därmed inte ersätta kunskap om den produkt eller tjänst som skall köpas. Det är, enligt NOU, viktigt att en hög beställarkompetens upprätthålls även då certifiering införs inom en marknad.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 20 september 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Sköldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist 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

Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Rapportering av regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition m.m.**

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 tillstyrker den av Vägverket föreslagna miljöbilsdefinitionen som enligt målsättningen, skall vara teknikneutral och enkel att tillämpa. Transparensprincipen som är en av de grundläggande EG-rättsliga principerna som omfattar all offentlig upphandling, innebär att den offentliga upphandlingen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. NOU menar att marknadens aktörer genom tydlig reglering ges möjlighet att anpassa sin utveckling och produktion efter de kravnivåer som kommer att ställas vid statlig offentlig upphandling.

NOU delar Vägverkets uppfattning att de krav som skall ställas vid upphandling av miljöbilar skall vara relevanta i förhållande till den effekt de uppnår samt att de skall ställas på ett sådant sätt att de inte medför onödig begränsning av konkurrensen.

Det ankommer inte på NOU att bedöma huruvida de kravnivåer som uppställts i förslaget till Förordning om ändring i förordningen (2004:1364) om myndigheters inköp och leasing av miljöbilar är rimliga eller om de medför att enskilda fabrikat gynnas.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 20 september 2005 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Sköldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Charlotte



Charlotte Brunlid

Brunlid. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

Näringsdepartementet  
Enheten för transportpolitik  
103 33 STOCKHOLM

## **Konsekvenser för sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut**

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 av Näringsdepartementet inbjudits att lämna synpunkter på Sjöfartsverkets rapport Konsekvenser för sjöräddningen av riksdagens försvarsbeslut. NOU begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

## **Sjöfartsverkets överväganden och förslag**

Av rapporten framgår bl.a. att Sjöfartverket kommer att inleda arbetet med en upphandling av ytterligare civila helikopterresurser. Detta initiativ bygger på förutsättningen att överenskommelser om samfinansiering kan nås med Luftfartsverket, Försvarsmakten och andra intressenter. Sjöfartverket anser det vidare viktigt att lokaliseringen av erforderliga helikopterresurser kan övervägas i nära samråd med olika intressenter. Sjöfartsverket avser mot den bakgrunden att ta upp diskussioner med intresserade myndigheter om samutnyttjande, samfinansiering och lokalisering av helikopterresurser för sjö- och flygräddning för Försvarsmaktens, Polisens, Kustbevakningens, Räddningsverkets/Sveriges kommun- och landstingsförbunds samt sjukvårdshuvudmännens behov av helikopterkapacitet. Sjöfartsverket gör i det sammanhanget bedömningen att de resurser som statliga myndigheter upphandlar genom avtal inte med automatik kan utnyttjas av andra med åberopande av räddningstjänstlagstiftningen utan särskilda överenskommelser.

## **NOU:s synpunkter**

NOU delar Sjöfartsverkets bedömning att de avtal som statliga myndigheter upphandlar inte med automatik kan utnyttjas av andra intressenter

(upphandlande enheter). Av EG-domstolens praxis framgår att upphandlingsdirektiven, och således även LOU, är tillämpliga då en upphandlande enhet tilldelar kontrakt till en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet.<sup>1</sup> Transaktioner inom samma juridiska person omfattas således inte av LOU. När en upphandlande enhet ingår avtal avseende anskaffning av varor och/eller tjänster med någon part utanför den egna juridiska personen blir dock LOU tillämplig.<sup>2</sup> Detta innebär också att en upphandlande enhet som tillhör en viss juridisk person inte kan utnyttja ett avtal som upphandlats av en upphandlande enhet som tillhör en annan juridisk person.<sup>3</sup>

Av Sjöfartsverkets rapport framgår att det bland de intressenter, vilka har behov av helikopterresurser, finns upphandlande enheter som inte är statliga myndigheter, d.v.s. inte tillhör den juridiska personen staten. För att den av Sjöfartsverket föreslagna upphandlingen av civila helikopterresurser skall kunna utmyнна i avtal som kan utnyttjas även av dessa upphandlande enheter, är det därför enligt NOU:s mening nödvändigt att det redan av annonsen om upphandlingen och förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen görs även för dessa enheters räkning och att de, tillsammans med de statliga myndigheterna, blir parter i avtalet med den vinnande leverantören.

NOU har i övrigt inga synpunkter på Sjöfartsverkets rapport.

För kännedom bifogas en kopia av ett yttrande (dnr 2004/0120-29) rörande samordnad upphandling, vilket NOU avgett på begäran av Göteborgs tingsrätt. Framförallt avsnitt 4 i yttrandet kan vara av visst intresse vid den fortsatta handläggningen av ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva

---

<sup>1</sup> Mål C-107/98 Teckal Srl mot Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, REG 1999 sid. I-8121.

<sup>2</sup> Undantag från skyldigheten att genomföra upphandling i enlighet med direktiven gäller enligt EG-domstolen endast i de fall då den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som enheten utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

<sup>3</sup> Det sagda gäller under förutsättning att den enhet som upphandlat avtalet inte gjort det i egenskap av ombud för den upphandlande enhet som vill utnyttja avtalet.

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

**Bilaga:**

Kopia av NOU:s yttrande dnr 2004/0120-29

Christoffer Stavenow

ERT DATUM

ER BETECKNING

Socialdepartementet  
Enheten för sociala tjänster  
103 33 Stockholm

## Remissyttrande över SOU 2005:26 Mobil med Bil

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 ingenting att erinra mot den föreslagna modellen för hur upphandlingen av bilanpassningstjänster skall utformas.

NOU vill dock erinra om att om sådana regionala kompetenscenter för bilanpassning som föreslås inrättas inte utgör statliga myndigheter kan en upphandlingssituation mellan försäkringskassan och dessa regionala kompetenscentra uppkomma.

NOU vill även påminna om att ny lagstiftning på upphandlingsområdet föreslås införas från och med februari 2006 och att regelverket rörande ramavtal då är tänkt att förändras.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog ordförande kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, vice ordföranden chefsjuristen kommerserådet Bengt Agild, 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 och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Christoffer Stavenow. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Christoffer Stavenow

Charlotte Brunlid

DATUM  
2005-06-16  
ERT DATUM  
2005-04-11

DIARIENR  
2005/0078-22  
ER BETECKNING  
S2005/1274/FH

1 (2)

Socialdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Regeringsuppdrag att ta fram ett underlag till en handlingsplan om goda matvanor och ökad fysisk aktivitet**

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 begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Statens folkhälsoinstitut och Livsmedelsverket, som fått regeringens uppdrag att ta fram ett underlag till en handlingsplan om goda matvanor och ökad fysisk aktivitet, uppger att handlingsplaner ofta utgår från ett arenaperspektiv och att den vanligaste av dessa är skolan. Andra arenor som uppges vara framträdande är bl.a. hälso- och sjukvård, utbildning och närmiljö.

NOU vill härvid påpeka att offentlig verksamhet omfattas av LOU och att det därför är angeläget att god upphandlingskompetens knyts till utarbetandet av planen. Detta är särskilt relevant med tanke på att uppdragstagarna anger att insatserna i en handlingsplan bör utformas på ett sätt som medför att de kan omsättas i praktiken. (Sid. 59.)

Bestämmelserna i LOU skall tolkas mot bakgrund av EG-rättens grundläggande rättsprinciper. Det gäller särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

I underlaget till handlingsplan anges i insats 17 att "I all upphandling av måltidsverksamhet för patienter, personal och besökare på restauranger, kafeterior, automater och kiosker och motsvarande bör ställas krav på att hälsosamma mellanmål och nyckelhålmärkta måltider ska överväga i det totala utbudet." NOU önskar uppmärksamma upphandlande enheter på att,

Charlotte Brunlid

om krav ställs på hur t.ex. kafeteri verksamhet skall drivas i dess lokaler, sådana krav kan komma att medföra att verksamheten bör upphandlas enligt LOU. NOU har tidigare i NOU info 1996, sid. 54 f. (angående ärende 1996/0212-26) uppgett att ”[j]u 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.”

NOU anser att det bör förtydligas i formuleringen av insatserna att krav på viss märkning, såsom nyckelhålmärkt mat, inte kan ställas vid offentlig upphandling. Krav vid offentlig upphandling skall formuleras på ett sakligt sätt som inte otillbörligen gynnar eller missgynnar vissa leverantörer, utan medför att leverantörer behandlas lika och på ett icke-diskriminerande sätt. Om således exempelvis en viss mängd eller typ av fett kan anses godtagbar i en viss produktgrupp bör detta anges istället för hänvisning till nyckelhålmärkning.

I underlaget föreslås i insats 36 att kommuner och skolor bör anta en sponsringspolicy för livsmedel. NOU vill erinra kommuner och uppdragstagarna om att LOU kan bli tillämplig vid sponsring. NOU har i ärende 2003/0039-28, på uppdrag av regeringen, utrett under vilka förutsättningar LOU är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslut expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

Camilla Graf Morin

REMISSVAR

DATUM  
2005-06-16  
ERT DATUM  
2005-03-18

DIARIENR  
2005/0066-22  
ER BETECKNING  
Fi2005/1694

1 (28)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

**Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004  
Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22)**

**NOU:s huvudsakliga inställning till förslagen i betänkandet.**

NOU sätter stort värde i ambitionen att genomföra de nya direktiven till svensk rätt i så nära anslutning till direktiven som möjligt. NOU:s uppfattning är att utredningen efter den korta tid som stått till dess förfogande presenterat ett väl genomarbetat förslag till ny lagstiftning på upphandlingsområdet. Detta trots lagstiftningens komplexitet inte bara avseende innehåll utan även omfångsmässigt. Förutskickade förenklingar av lagstiftningen har tyvärr i stort sett uteblivit. Detta beror främst på upphandlingsdirektivens innehåll. NOU förespråkar vid några enstaka tillfällen av pedagogiska skäl och i syfte att uppnå förenklingar avvikelser från ordalydelsen eller turordningen i direktiven.

En stor nackdel vid bedömningen av föreliggande betänkande är att det inte är komplett i den meningen att kommande ändringar dels i dagens 6 och 7 kap. LOU och dels avseende de frivilliga delarna (i vad avser det nya förfarandet inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog, och de nya förfarandena elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem, som förekommer inom båda de nya direktiven) kan komma att påverka utformningen av eller förståelsen av de nu föreliggande förslagen.

Förslaget att upphandlingsreglerna tas in i två lagar, en som avser den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn och en som avser upphandling inom försörjningssektorerna, torde enligt NOU:s mening, avsevärt underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

NOU anser att lagstiftningen bör tillföras både en innehållsförteckning och ett register, så att alla de som kommer att tillämpa lagen, lättare kan få en uppfattning om dess innehåll och uppbyggnad.

Det är angeläget att det av propositionstexten framgår hur den svenska lagstiftningen täcker in beaktandesatserna, som är juridiskt bindande och som inleder bägge direktiven, om detta inte explicit framgår av lagarna.



Camilla Graf Morin

**NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. och 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar.**

**NOU ställer sig bakom förslaget att utmönstra affärsmässighetsbegreppet ur lagstiftningen på upphandlingsområdet. NOU:s ställningstagande härvidlag förutsätter dock att innehållet i beaktandesats (2) i 2004/18/EG kommer till uttryck i portalparagrafen. Vad avser lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är det viktigt att komma ihåg att de EG-rättsliga principerna endast indirekt är tillämpliga på de privata upphandlande enheterna, varför hänvisningen här endast bör omfatta de offentliga upphandlande enheterna.**

**Det bör klart framkomma att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna för offentliga upphandlande enheter, gäller vid upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession. Likaså bör klargöras hur bestämmelserna om rättsmedel skall tillämpas.**

**Beträffande förslagen om ramavtal och inköpscentraler anser NOU att det innan bestämmelserna träder ikraft bör klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid tecknandet av ramavtalet och vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet samt vid köp från eller via en inköpscentral.**

**I förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna måste definitionen av upphandlande myndighet klargöras. Definitionen av upphandlande enhet saknar nu den nödvändiga kopplingen till de olika verksamheterna som omfattas av reglerna. Även definitionerna av de olika verksamheterna måste anpassas, så att de inte skiljer sig från definitionerna i det nya försörjningsdirektivet.**

**NOU vill peka på problemet att Sverige behåller striktare regler för upphandlingar under än för de över tröskelvärdena vid upphandlingar inom försörjningssektorerna om man endast överför befintliga regler i den nuvarande lagens kapitel 6 till förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna.**

Camilla Graf Morin

## **Del I**

### **Allmänna synpunkter på förslagets struktur och uppbyggnad**

1. NOU sätter stort värde i ambitionen hos Upphandlingsutredningen 2004 att genomföra de nya direktiven till svensk rätt i så nära anslutning till direktiven som möjligt. NOU:s uppfattning är att utredningen efter den korta tid som stått till dess förfogande presenterat ett väl genomarbetat förslag till ny lagstiftning på upphandlingsområdet. Detta trots lagstiftningens komplexitet inte bara avseende innehåll utan även omfångsmässigt. Förutskickade förenklingar av lagstiftningen har tyvärr i stort sett uteblivit. Detta beror främst på upphandlingsdirektivens innehåll. NOU förespråkar vid några enstaka tillfällen nedan av pedagogiska skäl i syfte att uppnå förenklingar och i något fall att täcka in en beaktandesats från direktiven avvikelser från ordalydelsen eller turordningen i direktiven.

En så nära överensstämmelse som möjligt mellan den svenska lagen och bestämmelserna i direktiven bör, enligt NOU:s uppfattning, annars eftersträvas. Överensstämmelsen bör präglade inte bara det sakliga innehållet utan även turordningen och strukturen av bestämmelserna. NOU vidhåller uppfattningen som har framförts tidigare att upphandlingsdirektiven bör införlivas i stort sett ordagrant i svensk rätt.

En likartad införlivning underlättar kommande jämförelser av lagstiftningen mellan olika medlemsstater och viljan att säkerställa att leverantörerna blir behandlade på ett likartat sätt. Möjligheten att följa praxis från EG-domstolen underlättas också avsevärt om den svenska lagen i stort sett överensstämmer med direktiven.

2. En stor nackdel vid bedömningen av föreliggande betänkande är att det inte är komplett i den meningen att kommande ändringar dels i dagens 6 och 7 kap. LOU och dels avseende de frivilliga delarna (i vad avser det nya förfarandet inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog, och de nya förfarandena elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem, som förekommer inom båda de nya direktiven) kan komma att påverka utformningen eller förståelsen av de nu föreliggande förslagen. NOU förutser många juridiskt svårhanterliga situationer när föreliggande förslag till ändringar i upphandlingslagstiftningen trätt ikraft den 1 februari 2006 samtidigt som övriga delar enligt tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen 2004 inte träder ikraft förrän betydligt senare. De upphandlande myndigheterna liksom leverantörerna tvingas leva i extra stor osäkerhet och behovet av NOU:s tolkningar kommer sannolikt att öka avsevärt.

3. Förslaget att upphandlingsreglerna tas in i två lagar, en som avser den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn och en som avser upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i fortsättningen kallad lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Camilla Graf Morin

(LUFSS), torde enligt NOU:s mening, avsevärt underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

4. Förslaget som beträffande t.ex. direktiv 2004/18/EG innehåller 18 kapitel och 211 paragrafer är svårt att orientera sig i. Det är därför angeläget att propositionstexten innehåller en innehållsförteckning för bägge lagarna, så att de som kommer att tillämpa lagen lättare kan få en uppfattning om dess innehåll och uppbyggnad. En innehållsförteckning som efter förebild från direktiven med rubriker och underrubriker skulle avsevärt förbättra möjligheterna att orientera sig i lagstiftningen och underlätta tillämpningen av densamma. Även ett register skulle underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

5. Det är angeläget att det av propositionstexten framgår hur den svenska lagstiftningen täcker in beaktandesatserna, som är juridiskt bindande, och som inleder bägge direktiven, om detta inte explicit framgår av lagarna. Sverige har åtagit sig att genomföra direktiven till svensk rätt och direktiven består dels av artiklar och dels av beaktandesatser. Även om beaktandesatserna ofta inte är lika stringenta till sitt innehåll som artiklarna i direktiven, fyller de en viktig funktion i att underlätta förståelsen för innehållet i direktiven. NOU ser en stor fördel med att försöka inkludera de viktigaste beaktandesatserna i den kommande lagstiftningen.

Sålunda bör beaktandesats (2) i 2004/18/EG arbetas in i LOU:s portalparagraf, se vidare nedan i del II beträffande 1 kap. 5 § i lagförslaget.

I 2004/18/EG anges vidare i beaktandesats (8) att en upphandlande myndighet får söka eller godta råd, som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen. Att hänvisa till förslagets 1 kap. 5 § i dess föreslagna utformning räcker inte, eftersom direktivet endast hänvisar till principen om icke-diskriminering och likabehandling. Andra exempel på beaktandesatser som bör inarbetas i lagtexten är (10) i direktiv 2004/18/EG och (25) i direktiv 2004/17/EG.

EG-domstolen hänvisar i sina domar ofta till upphandlingsdirektivens beaktandesatser, vilket påvisar den juridiska tyngden av dessa.

6. NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. och 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt och förvirrande att delvis göra ändringar i nu gällande bestämmelser som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande som skall avlämnas redan innan detta lagförslag träder i kraft. Kommentarer till framlagda förslag i nytt 17 kap. och 18 kap. görs emellertid nedan.

Camilla Graf Morin

7. Föreliggande lagförslag innehåller några bestämmelser som medför särbehandling av leverantörer från medlemsstater alternativt EES-stater. NOU vill uppmärksamma att sådana bestämmelser kan komma i konflikt med upphandlingsavtalet inom WTO (GPA) och kan avvika från Sveriges tidigare inställning beträffande frihandel. Bestämmelser som avses är t.ex. 1 kap. 6 § och 16 kap. 3 § i lagen för den klassiska sektorn beträffande rätten att få delta i ett upphandlingsförfarande (artikel 4.1 och 66) och 1 kap. 9 § och 8 kap. 4 § LUFSS samt 8 kap. 10 § avseende klassiska sektorn beträffande erkända organ (11 kap. 11 § LUFSS). Utredningen har valt att inte beröra frågor om GPA, vilket medför att reglerna som likställer fördragsslutande stater med medlemsstater inte berörs (beaktandesats (7) eller artikel 5 i klassiska direktivet). Det är vidare oklart om den föreslagna kursändringen är medveten eller har uppkommit oavsiktligt vid en direktivnära överföring av reglerna.

NOU saknar en analys av förslagets konsekvenser i detta hänseende. Uttryckssättet i nämnda paragrafer ovan kan jämföras med 13 kap. 3 § i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn, där utredningen valt en lösning som bortser från nationalitet på leverantören. Det anges att myndigheten får begära att en leverantör visar att han är "registrerad i det land där han bedriver verksamhet" och motsvarande artikel i direktivet (46) anger i "den medlemsstat där han är etablerad". En jämförelse kan också göras med 13 kap. 12 § 2 stycket sista meningen i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn avseende kvalitetssäkringsstandarder, där det anges att den upphandlande myndigheten skall även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder.

8. Bemyndiganden att ge ut föreskrifter ges i flera kapitel i författningsförslaget avseende rätten att ge ut olika föreskrifter. I lagförslaget för den klassiska sektorn finns sådan reglering i t.ex. 8 kap. 21 § avseende vad som förstås med tekniska specifikationer, 9 kap. 9 § avseende annonsering, 11 kap. 3 § tredje stycket avseende krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och ansökningar, 11 kap. 13 § avseende innehållet i ett protokoll över upphandling och 12 kap. 4 § beträffande bevis.

Det är angeläget att dessa förordningar utarbetas och hinner träda ikraft senast den 1 februari 2006 d.v.s. samtidigt med de övriga bestämmelserna.

9. Den föreslagna upphandlingslagstiftningen har inte samlat de bestämmelser som anger vad ett förfrågningsunderlag skall innehålla. I kap. 8 med rubriken "Förfrågningsunderlag m.m." saknas ett par av de obligatoriska och mest betydelsefulla inslagen i ett förfrågningsunderlag, nämligen vilken utvärderingsgrund som kommer att användas vid utvärderingen av anbud samt eventuella utvärderingskriterier. Utvärderingsgrunderna är placerade ganska sent i lagförslagen, t.ex. beträffande den klassiska sektorn i 14 kap. 2 § tredje stycket där det anges

Camilla Graf Morin

att den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Lagstiftningen saknar också en bestämmelse som åskådliggör upphandlingsförfarandets gång, så att det framkommer vilka moment som ingår och i vilken turordning dessa inträffar. NOU föreslår att 13 kap. 1 § beträffande lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn förtydligas i enlighet med motsvarigheten i direktivet (artikel 44). Artikel 44 återfinns dessutom under rubriken "upphandlingsförfarandets gång", vilket tydligare passar för den som vill ha en översiktlig uppfattning om de moment som ingår i en upphandling än den i förslaget för 13 kap. 1 § som lyder: "Kontroll av leverantörers lämplighet".

I artikeln anges att kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 (som innehåller bestämmelser om tilldelningsgrunderna) och 55 (som innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud) och med beaktande av artikel 24 (alternativa anbud), efter det att lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet samt i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

## **Del II**

### **Synpunkter på förslaget till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och där så särskilt anges synpunkter även på förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna**

Hänvisningarna som görs nedan avser författningsförslaget beträffande lagen om offentlig upphandling för den klassiska sektorn och artiklar i direktiv 2004/18/EG. Där synpunkten är lika relevant för förslaget inom försörjningssektorerna hänvisas till LUFSS och aktuell bestämmelse i direktiv 2004/17/EG.

#### **1 kap. 5 §, artikel 2**

NOU ställer sig bakom förslaget att utmönstra affärsmässighetsbegreppet ur lagstiftningen på upphandlingsområdet. NOU:s ställningstagande härvidlag förutsätter dock att innehållet i beaktandesats (2) i 2004/18/EG kommer till uttryck i portalparagrafen. Paragrafen i den nya upphandlingslagstiftningen bör i likhet med beaktandesatsen således även hänvisa till t.ex. principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen. Ett utelämnande av dessa principer i kombination med att affärsmässighetsbegreppet föreslås utgå, riskerar att medföra att dessa principer inte får genomslag i de upphandlingar som kommer att genomföras enligt den framtida lagstiftningen. Beaktandesats (2) öppnar även för beaktande av ytterligare

Camilla Graf Morin

principer genom att den före uppräknigen av principerna anger t.ex. vilket även den svenska paragrafen bör göra.

Om affärsmässighetsbegreppet tas bort ur kommande upphandlingslagstiftning anser NOU att ett förtydligande behövs i kommentaren till 1 kap. 5 § avseende jävsförhållanden vid offentlig upphandling. I 11 § förvaltningslagen finns bestämmelser om olika situationer som utgör jäv. Ett förtydligande beträffande jävsförhållanden är angeläget dels för att personal som arbetar med upphandling ofta utsätts för erbjudanden av olika slag och dels eftersom inte samtliga upphandlande myndigheter/enheter omfattas av reglerna i förvaltningslagen. EG-domstolen uttryckte nyligen sin uppfattning beträffande möjligheten för en leverantör som medverkat vid förstudier eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget att delta i upphandlingen i en dom<sup>1</sup>. Domen har refererats i *NOU info mars -05* sid. 14 ff.

Det ligger ett värde i att även framgent behålla beteckningen 1 kap. 4 § som principparagraf också beträffande lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn.

Förslagets 1 kap. 5 § anger att ”tilldelning av offentliga kontrakt skall...”. NOU anser att det finns en risk att tillämpningsområdet för paragrafen uppfattas för snävt och anses endast omfatta överväganden som görs vid den egentliga tilldelningen och inte hela processen inklusive formuleringar av t.ex. de tekniska specifikationerna vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Direktivet använder sig av begreppet ”tilldelning av kontrakt” ibland för att beteckna hela upphandlingsprocessen och ibland endast för beslutet om leverantör och själva kontraktstilldelningen. Sannolikheten är stor, med nuvarande förslag, att det kommer att uppfattas på det snävare sättet och inte i normalfallet anses omfatta hela upphandlingsprocessen. I vart fall bör lagens mest betydelsefulla paragraf uttryckas på ett sådant sätt att missförstånd med vad lagstiftaren menar undviks i så hög utsträckning som möjligt. 14 kap. i lagförslaget benämns Kontraktstilldelning, vilket ytterligare talar för att byta ut begreppet tilldelning av offentliga kontrakt till något som tydligare anger att det är hela upphandlingsprocessen som avses.

Som exempel på den snävare innebörden kan nämnas att tidsfrist i 17 kap. 25 § räknas från ”kontraktet tilldelats”, det vill säga från tilldelningsbeslutet.

Om begreppet upphandling ska bibehålls i kommande lagstiftning kan övervägas om rubriken före 1 kap. 5 § i stället kan vara ”Principer för offentlig upphandling” och inledningen av lagrummet blir ”En offentlig upphandling skall göras ...”. I lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kan motsvarande rubrik lyda ”Principer för upphandling” och inledningen ”En upphandling skall göras...”.

---

<sup>1</sup> Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État belge*.

Camilla Graf Morin

**1 kap. 8 §, artikel 19 och 1 kap. 11 § LUFSS, artikel 28, beträffande ”Reserverade kontrakt”**

Medlemsstater ges en rätt enligt artikeln att undanta vissa kontrakt. Enligt förslaget överlåtes rätten till upphandlande myndigheter/enheter. NOU saknar en analys av förslagets konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter.

**1 kap. 9 §, artikel 3 beträffande ”Beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätt”**

NOU anser det var oklart vad förslaget innebär för lagens tillämpning i övrigt, t.ex. vad gäller bestämmelserna om överprövning och skadestånd, d.v.s. om en leverantör får begära överprövning eller skadestånd och i så fall från vem.

**2 kap., artikel 1 beträffande föreslagna definitioner**

Alla definitioner som ges i lagstiftningen bör samlas i det föreslagna 2 kap. som har rubriken Definitioner. Detta bör gälla även de definitioner som endast avser upphandling enligt 17 kap. (Upphandling som inte omfattas av direktivet). Författningsförslaget 3 kap. 5 andra stycket som definierar begreppet tjänstekoncession och 9 kap. 4 § tredje stycket beträffande begreppet upphandlarprofil (9 kap. 4-5, 11-13) bör t.ex. flyttas till 2 kap. Principen bör vara att om ett begrepp i lagtexten används mer än en gång, skall definitionen placeras i 2 kap. annars är det lättare för tillämparen att den placeras i sitt sammanhang. NOU anser ändå att begreppet tjänstekoncession skall placeras i 2 kap. eftersom begreppet är så viktigt.

**2 kap. 2 och 3 §§, artikel 1.2 a** - definitionerna av upphandling (saknar motsvarighet i direktivet) och offentligt kontrakt. Definitionerna bör skrivas ihop för att få en sammanhängande definition.

Definitionen i **2 kap. 10 §, artikel 1.8** av anbudssökande lyder:

”Med anbudssökande avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande.”

Även vid genomförandet av en urvalsupphandling förekommer anbudssökande och andra paragrafer i lagen anger olika rättigheter för dessa, t.ex. i 11 kap. 8 § att rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning, 11 kap. 9 § beträffande underrättelse om beslut till anbudsgivare och anbudssökande. Definitionen skall således även omfatta anbudssökande vid urvalsupphandling.

**2 kap. 17 §, artikel 1.11 d**

Definitionen av förhandlat förfarande anger att myndigheten inbjuder utvalda leverantör att lämna anbud och förhandlar med en eller flera. Lydelsen passar mindre väl vid övergång från öppen eller selektiv upphandling, eftersom det då inte begärs in nya anbud. Definitionen i direktivet att myndigheten vänder sig till utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem är att föredra.

Camilla Graf Morin

**2 kap. 18 §, artikel 1.11 e, 2 kap. 15 § LUFS, artikel 1.10**

Av definitionen av begreppet projekttävling i direktivet framkommer att det är fråga om ett förfarande, dels därför att ordet förfarande används och dels därför att definitionen ges tillsammans med övriga definitioner av förfarandena.

**2 kap. 19 §, artikel 1.12, 2 kap. 16 § LUFS, artikel 1.11**

Förslaget till definition av vad som avses med begreppet skriftlig överensstämmer med ordalydelsen i direktivet. Det framkommer inte tydligt om definitionen av skriftlig stämmer helt överens med vad som normalt avses i svensk lagstiftning med begreppet. Övervägas kan om texten för tydlighetens skull annars skall ändras till "Med skriftlig avses i denna lag...", trots att det i 2 kap. 1 § anges att det i detta kapitel finns definitioner av vissa begrepp som används i denna lag.

**2 kap. 20 §, artikel 1.13, 2 kap. 17 § LUFS, artikel 1.12**

Definition av elektroniska medel, se kommentaren ovan avseende 2 kap. 19 §.

**Rubriken till 3 kap.** i förslaget benämns "Undantag från lagens tillämpningsområde" och det är inte korrekt eftersom 17 kap. skall gälla för viss upphandling som inte omfattas av direktivets bestämmelser. Rubriken avseende 5 kap. LUFS benämns på samma sätt.

Rubriken före 1 kap. 1 § är "Lagens tillämpningsområde" och 3 kap. benämns "Undantag från lagens tillämpningsområde". NOU anser att undantagen bör komma direkt efter tillämpningsområdet och dessutom ha samma nivå på rubrik.

**3 kap. 3 § andra stycket, artikel 15 a, 5 kap. 5 § andra stycket LUFS, artikel 22 a**

Bestämmelsen anger att vissa undantagna avtal skall skickas till kommissionen. Skyldigheten att tillställa kommissionen vissa avtal åvilar medlemsstaten och torde inte behövas i upphandlingslagstiftningen.

Rubriken före **3 kap. 4 §** som lyder "Förvärv av fastighet m.m." bör benämnas på ett annat sätt, eftersom rubriken inte på ett tillfredsställande sätt täcker innehållet. Övervägas bör om rubriken "Undantagna kontrakt och tjänstekoncessioner" passar bättre alternativt att tjänstekoncessioner placeras under en egen rubrik. Rubriken före 5 kap. 11 § LUFS benämns på samma sätt.

**3 kap. 4 § första stycket, artikel 16**

Inledningen av paragrafen bör i likhet med direktivet ange att undantaget endast avser tjänstekontrakt.



Camilla Graf Morin

Mot bakgrund av de problem med exploateringsavtal och liknande som funnits under de senare åren (bl.a. NOU:s dnr 2004/0041-26), bör ett förtydligande göras av att det endast är anskaffning av befintliga byggnader som undantas från lagens tillämpningsområde. Utredningen har utslutit uttrycket "befintliga byggnader" i 1 stycket 1 punkten, men tagit med det i 2 stycket, vilket inte löser tolkningsproblemet.

**3 kap. 5 §, artikel 17, 5 kap. 1 § LUFSS, artikel 18** beträffande tjänstekoncessioner

Beträffande utredningens förslag avseende tjänstekoncessioner har NOU uppfattningen att förfarandet bör regleras ytterligare. NOU hänvisar till yttrandet över EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (Dnr 2004/0143-22). Ett förslag angående upphandling av tjänstekoncessioner kan förväntas från kommissionen.

Utredningens förslag innebär att en upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession undantas från lagens tillämpningsområde förutom 1 kap. 9 § som innebär att principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet skall iakttas. NOU anser beträffande tjänstekoncessioner att förhållandet till principparagraferna 1 kap. 5 § respektive 1 kap. 4 § och rättsmedlen är oklar. Det bör klart framkomma att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling gäller vid upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession, likaså bör klargöras hur bestämmelserna om rättsmedel skall tillämpas.

EG-domstolen har i ett mål<sup>2</sup> avseende ett avtal som inte omfattades av procedurdirektivet inom försörjningssektorn uppgivit följande: "Det skall härvid anmärkas att trots att sådana avtal på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet."

Denna princip förutsätter enligt domstolen bland annat att "det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas". Domstolen uppger vidare att "[d]enna 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.

---

<sup>2</sup> C-324/98, p. 60 och del av punkt 2 samt punkt 3 i domslutet, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH och Telekom Austria AG, tidigare Post & Telekom Austria AG, REG. s. I-10745.

Camilla Graf Morin

**4 kap. 2 §, artikel 8**

Lagrummet riktar sig till upphandlande myndigheter som inte själva genomför en upphandling utan delvis finansierar en upphandling som genomförs av någon annan. Lagrummet har placerats i förslaget under rubriken "Tröskelvärden", vilket inte är särskilt informativt för läsaren. I direktivet finns motsvarande bestämmelse under rubriken "Tillämpningsområde" med underrubrik "Kontrakt som subventioneras med mer än 50 % av upphandlande myndigheter", vilket underlättar förståelsen av bestämmelsen betydligt. NOU föreslår att bestämmelsen flyttas till bestämmelserna beträffande lagens tillämpningsområde.

Ansvarsfrågan vid tillämpning av paragrafen är oklar och NOU anser att det bör tydliggöras hur rättsmedlen är avsedda att fungera.

**4 kap. 7 §, artikel 9.5 - Delkontrakt**

Sådana delkontrakt som avses i paragrafen och som understiger tröskelvärdet skall enligt den nuvarande svenska lagstiftningen upphandlas i enlighet med bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena i 6 kap. LOU. Se bland annat *Sammanställning NOU info 1996* sid. 36-38, *NOU info -98*, sid. 3. Det är oklart om avsikten med utredningens förslag är att ändra tillämpningsområdet. Om så inte är fallet skall en hänvisning i enlighet härmed ske till 17 kap.

NOU ser inga särskilda skäl till att undanta dessa delupphandlingar från bestämmelserna motsvarande dagens 6 kap. LOU.

Det förefaller som om direktivets bestämmelser om att det inte är tillämpligt i många fall angivits i det svenska lagförslaget som att den svenska lagen inte skall vara tillämplig, såsom exemplet ovan med delkontrakt. Se även kommentar ovan beträffande rubriken till 3 kap. NOU vill här endast erinra om den hittillsvarande svenska tekniken att ibland reglera viss från direktivet undantagen upphandling genom bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena.

Före **4 kap. 8 §** bör rubriken vara "Varukontrakt".

**4 kap. 11 §, artikel 9.9**

Sista stycket i paragrafen som anger hur ett ramavtal skall beräknas berör inte endast tjänstekontrakt som rubriken anger. Bestämmelsen bör lämpligen placeras på annat ställe t.ex. efter 4 § i samma kapitel.

**5 kap.**

Kapitlet bör benämnas "Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande", eftersom det ger mer information om innehållet i bestämmelserna. Skulle kapitlets rubrik finnas kvar så bör den ändras till "Upphandlingsförfaranden".

Camilla Graf Morin

### **5 kap 1 - 3 §§**

Begreppen förhandlat upphandlingsförfarande och förhandlat förfarande används i förslaget beträffande samma förfarande. I syfte att förenkla användningen och tillämpningen av lagen förespråkar NOU det kortare begreppet. Väljs det bör definitionerna och benämningen i lagförslaget anpassas därefter. 5 kap. 1 och 2 §§ om användningen av öppet, selektivt och förhandlat förfarande bör skrivas ihop.

### **5 kap. 3 § 2 p., artikel 30.1 b - Förhandlat förfarande med föregående annonsering**

Utredningen har här ersatt direktivets uttryckssätt ”i undantagsfall” som bättre markerar bestämmelsens karaktär av kvalificerat undantag med ”på grund av särskilda omständigheter”. Övriga undantagsbestämmelser i direktivet och i samma paragraf innehåller inte rekvisitet i undantagsfall, vilket markerar att denna punkt avser ett kvalificerat undantag.

### **5 kap. 3 – 5 §§, artikel 30**

Bestämmelserna i nämnda paragrafer bör utformas mer i enlighet med direktivens bestämmelser. Paragraferna innehåller undantagsbestämmelser och eftersom Sverige inte kan skapa egna sådana bör en ordalydelse väljas som ligger så nära direktivets som möjligt.

### **5 kap. 3 § 3 p., artikel 30.1 c**

Den svenska lagen bör exemplifiera vilken typ av tjänster som lagstiftaren har i åtanke, t.ex. finansiella och intellektuella tjänster. Motsvarigheten i direktivet anger mer tydligt vilka tjänster som är tänkta att omfattas.

### **5 kap. 8 § andra stycket, artikel 31.2 b.**

I paragrafen anges att kompletterande leveranser och återkommande kontrakt av samma slag får löpa under längre tid än tre år endast om det finns *särskilda skäl*. NOU anser att direktivets ordval *som regel* inte får överstige tre år bör användas.

Kommentar och hänvisning i en sådan till artikel 31.2 b saknas.

### **5 kap. 10 §, artikel 31.3**

En hänvisning i 16 kap. bör göras till 5 kap. 10 § som anger möjligheten att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det är fråga om tilldelning av tjänstekontrakt som följer på en projekttävling. Ett alternativ är att bestämmelsen i 5 kap. 10 § flyttas till 16 kap. som bara handlar om projekttävlingar på tjänsteområdet.

### **5 kap. 11 §, artikel 44.2 - Selektion vid selektiv och förhandlad upphandling**

NOU anser att bestämmelsen något tydliggör hur selektion av intresserade leverantörer skall gå till vid selektiv och förhandlad upphandling. Enligt förslaget skall det i annonsen anges de miniminivåer som kan ha fastställts i

Camilla Graf Morin

fråga om deltagarnas ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Både i direktivet och i det svenska lagförslaget anges beträffande miniminivåerna att den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Denna formulering tydliggör att den upphandlande myndigheten kan ange en kapacitetsribba och att inte bara den eller de som bäst klarar ribban skall väljas ut vid urvalet. Motsvarande klarläggande skulle underlätta urvalet av anbudssökande vid urvalsupphandling.

**6 kap. artikel 1.2.5, artikel 9.9 och artikel 32 - Ramavtal**

I betänkandet anges (sid. 276) ”En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan bestämma vad myndigheten kan behöva. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. För att tillgodose de enskilda önskemål som kan framföras måste en upphandlande myndighet, om den ingått ett ramavtal som täcker vad som efterfrågas, kunna avvika från vad som annars kan framstå som det bästa anbudet, och i stället anskaffa den vara eller tjänst som efterfrågas.”

Det bör tydligt anges i propositionstexten att en avvikelse från vad som kan framstå som det bästa anbudet endast kan accepteras om det slutliga avgörandet av behovet ligger utanför enhetens kontroll och att detta tydligt beskrivs både i förfrågningsunderlaget och i ramavtalet. Beskrivningen i propositionstexten av denna möjlighet att avvika bör inte kunna uppfattas som en avvikelse från LOU:s bestämmelser.

På sid. 276-277 i betänkandet pekar utredningen på problem som även av NOU uppfattas som svårlösliga vid användning av ramavtal.

Författningsförslaget beträffande ramavtal är enligt NOU:s uppfattning inte helt tillfredställande. Kommentarer lämnas nedan. Det bör vidare klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid tecknandet av ramavtalet och tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet, innan bestämmelserna träder ikraft.

**6 kap. 1 §, artikel 32.1**

Bestämmelsen som lyder ”En upphandlande myndighet får sluta ramavtal” kan tas bort. Motsvarigheten i direktivet ger medlemsstaterna en rätt att införa bestämmelser om ramavtal i den nationella lagstiftningen. Upphandlingsutredningen har nu föreslagit att Sverige skall införa sådana bestämmelser och ett särskilt lagrum om detta för upphandlande myndigheter fyller ingen funktion. Skrivningen kan uppfattas så att möjlighet att sluta ett ramavtal införs först genom ifrågavarande lags ikraftträdande.

Camilla Graf Morin

**6 kap. 2 §, artikel 32.2**

Artikel som bestämmelsen bygger på hänvisar endast till artikel 53 om tilldelningsgrunder och således inte till någon bestämmelse om onormalt låga anbud (artikel 55), varför paragrafen endast bör hänvisa till 14 kap. 1-2 §§.

**6 kap. 4 §, artikel 32.2 fjärde stycket**

I 6 kap. 4 § anges att "ett ramavtal får endast om det finns särskilda skäl löpa under längre tid än fyra år." Den valda formuleringen återspeglar inte till fullo direktivets formulering "ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet."

Särskilda skäl är ett lägre krav än "vederbörligen styrkta undantagsfall" (den engelska språkversionen av direktivet talar om "exceptional cases"). Det framgår inte heller av lagförslaget att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att rätt till undantag från fyraårsregeln föreligger. Det framgår inte heller av utredningens förslag att undantag från fyraårsregeln normalt endast kan beviljas på grund av skäl som sammanhänger med föremålet för upphandlingen (jfr kommissionens exempel att utförandet av leverantörens åtaganden kräver investeringar med en avskrivningstid som är längre än fyra år). Den upphandlande myndighetens uppfattning om vad som vore praktiskt, önskvärt etc. kan således normalt inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om undantag från fyraårsregeln kan medges.

**6 kap. 5 §, artikel 32.2 femte stycket**

Kommentaren till förbudet att använda ramavtal "på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids" bör ange att varje enskild situation kommer att bedömas utifrån rådande omständigheter och vägas mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

**6 kap. 8 § andra stycket, artikel 32.4**

6 kap. 8 § andra stycket som motsvarar artikel 32.4.d) avser en situation där inte alla villkor är fastställda i ramavtalet och passar således inte ihop med första stycket i paragrafen som handlar om ramavtal där alla villkor är fastställda i ramavtalet. NOU föreslår att 6 kap. 8 § andra stycket stryks, eftersom bestämmelsen återfinns i föreslagen 6 kap. 9 § 4 p.

**7 kap. artikel 11 - Inköpscentraler**

NOU konstaterar att förslaget beträffande användningen av inköpscentraler inte ger mycket information om hur anskaffning från eller via dessa skall gå till. Utredningen anger "De frågor som osäkerheten ger upphov till kräver noggrannare analyser än som varit möjliga inom ramen för detta betänkande". Frågor som åsyftas är hur en upphandlande myndighet kan ta reda på om inköpscentralen har följt LOU vid sin upphandling, vilka effekter det får för myndigheten om det visar sig att inköpscentralen inte har gjort det och hur en felaktig upphandling skall angripas.

Camilla Graf Morin

Dessa frågor är centrala för bedömningen av vem som ansvarar för upphandlingens genomförande. NOU anser därför att lagstiftningen tydligare bör reglera förfarandet innan LOU öppnar möjligheten att göra anskaffningar från eller via dessa. Det bör således bland annat klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid upphandlande myndigheters köp från eller via inköpscentraler innan bestämmelserna om dessa träder ikraft.

**8 kap. 2 §, artikel 23.3 a - Tekniska specifikationer**

I tredje stycket anges att varje hänvisning som avses i första stycket 5 punkten skall följas av orden "eller likvärdigt". I direktivet synes denna skyldighet att lägga till orden "eller likvärdigt" inte begränsa sig endast till 5 punkten utan skall avse alla punkter i lagrummet.

**8 kap. 2-5 §§, artikel 23.3 och 4**

I direktivet anges att de tekniska specifikationerna *skall* vara utformade på något av följande sätt och sedan görs en hänvisning till punkterna a-d. I förslaget till 8 kap. 3-5 §§ som motsvarar punkterna artikel 23.3. b-d anges att de tekniska specifikationerna *får* utformas på angivet sätt.

**8 kap. 7 §, artikel 23.4**

NOU anser att artikel 23.4 andra stycket avseende lämpligt sätt att visa att föreslagna lösningar på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven i den tekniska specifikationen bör tas in i den svenska lagen. Som lämpligt sätt anges tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 8 §, artikel 23.5**

NOU anser att artikel 23.5 tredje stycket avseende lämpligt sätt att visa att föremålet för upphandlingen uppfyller den upphandlande myndighetens prestanda- eller funktionskrav bör tas in i den svenska lagen. Som lämpligt sätt anges tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 9 §, artikel 23.6 - Miljömärken**

Paragrafens lydelse på sid. 295 f. i betänkandet stämmer inte överens med lydelsen av samma paragraf i författningsförslaget sid. 33. Orden i punkt 1 "utarbetats på grundval av vetenskapliga rön" skall i författningsförslaget flyttas ner sist i punkt 2.

NOU anser att lagtexten för tydlighetens skull bör nämna det som direktivet anger som exempel på bevismedel; teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 10 §, artikel 23.7 - Erkända organ**

En direktivnära förklaring ges i 8 kap. 10 § av begreppet "erkänt organ". Förklaringen börjar "Med erkända organ avses i detta kapitel...".

Utredningen har dock i det svenska lagförslaget utelämnat de tre ställen i artikeln som nämner begreppet erkänt organ. Artikel 23.4 andra stycket,

Camilla Graf Morin

23.5 tredje stycket och 23.6 andra stycket. Den svenska lagen nämner således inte begreppet erkända organ annat än i förklaringen i 8 kap. 10 §.

Förslaget innebär att upphandlande myndigheter skall godta intyg från erkända organ som är etablerade i andra medlemsstater. Fråga är om inte Sverige med hänsyn till bland annat åtagandet inom GPA bör utsträcka skyldigheten att godta intyg från organ till att gälla stater som anslutit sig till GPA.

**8 kap. 14 §, artikel 27 - Information om arbetsvillkor m.m.**

Rubriken bör i den svenska lagen räkna upp alla fyra aktuella områden - beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor - såsom direktivet gör.

Den artikel som den svenska lagen skall införa nämner inte bara anbudsgivare utan också anbudssökande som mottagare för uppgiften om vilka organ som kan lämna relevanta uppgifter om skyldigheter avseende beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor. Tillägg bör göras i 8 kap. 14 §, första och andra styckena.

**8 kap. 16 §, artikel 39 - Tillhandahållande av förfrågningsunderlag**

Paragrafen föreskriver att upphandlande myndigheter skall lämna ut förfrågningsunderlaget och andra kompletterande handlingar senast 6 dagar efter det att begäran har tagits emot förutsatt att den gjorts i god tid före fastställd sista dag för mottagande av anbud. Kommentaren bör här påminna om skyldigheten för de myndigheter som lyder under offentlighetsprincipen att en begärd handling skall lämnas ut skyndsamt, vilket normalt torde innebära inom ett par dagar.

**9 kap. 2 §, artikel 35.1 första stycket a-c - Förhandsannonsering**

Utredningen anger i kommentaren till 9 kap. 2 § att fråga är, när det gäller förhandsannonsering, om värdet av kontrakten skall läggas samman med värdet av ramavtalen eller om en beräkning skall göras för kontrakten och en annan för ramavtalen. Utredningen fastnar för tolkningen att det inte är det sammanlagda värdet av kontrakt och ramavtal som avgör om gränsvärdet uppnås eller inte. Grunden för deras uppfattning uppges vara att det i direktivet står "kontrakt eller ramavtal".

NOU har motsatt uppfattning och anser att det är det sammanlagda värdet av kommande kontrakt och ramavtal som är avgörande för skyldigheten att förhandsannonsera. Denna uppfattning grundar sig på syftet med förhandsannonsering, d.v.s. att tidigt varsko marknaden och potentiella leverantörer om kommande upphandlingar och eventuellt nya marknadsmöjligheter.

**9 kap. 6 §, artikel 35.1 femte och sjätte styckena**

Rubriken till lagrummet benämns "Begränsning av skyldigheten att förhandsannonsera" och även paragrafen talar om skyldigheten att

Camilla Graf Morin

förhandsannonsera. Det kan knappast anses vara en skyldighet att förhandsannonsera, eftersom det endast är en förutsättning för att kunna tillgodoräkna sig kortare tidsfrist.

**9 kap. 8 §, artikel 35.4 femte stycket**

Det bör framgå av kommentaren till paragrafen att lagrummet inte inskränker skyldigheten för berörda upphandlande myndigheter att lämna ut handlingar enligt offentlighetsprincipen.

**10 kap. 8 § första stycket, artikel 38.8**

Bestämmelsen reglerar förkortade tidsfrister för *anbudsansökningar* på grund av tidsbrist vid selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Lagrummet hänvisar felaktigt till 10 kap. 2 § som reglerar *anbudstid* vid öppen upphandling. 10 kap. 8 § första stycket avser tidsfrist beträffande mottagande av *anbudsansökningar* och hänvisar felaktigt till 3 § som reglerar tidsfrist för mottagande av *anbud*.

**11 kap. 1 §, artikel 42**

Artikel 42 punkt 1 anger att all kommunikation och allt informationsutbyte som avses i denna avdelning (det vill säga avdelning II som motsvarar artikel 4-55) får efter den upphandlande myndighetens eget val ske per post, etc. medan det i det svenska lagförslaget anges *enligt denna lag*. Konsekvensen blir t.ex. att kommunikation och informationsutbyte beträffande koncessioner avseende byggtreprenader (avdelning III i direktivet) och beträffande projekttävlingar på tjänsteområdet (avdelning IV i direktivet) också omfattas. Kapitel 16 beträffande projekttävlingar på tjänsteområdet innehåller dessutom egna regler om kommunikation och information. (Se 16 kap. 10 §, artikel 71).

**11 kap. 5 §, artikel 42.6 b**

Det svenska förslaget talar om bekräftelse av en muntlig ansökan om att få lämna anbud men direktivet behandlar bekräftelse vid ansökan per telefon. NOU anser att en mer direktivnära formulering är att föredra.

Kommentaren anger att paragrafen motsvarar artikel 42.6 b och c i direktivet som handlar om överföring av *anbudsansökningar* medan det svenska förslaget även handlar om bekräftelse av *anbud*.

**11 kap. 7 § (ej motsvarighet i direktivet) - Öppning av anbud**

Utredningen föreslår att möjligheten att öppna inkomna anbud allteftersom tas bort. I författningsförslaget anges sålunda att anbudena skall öppnas samtidigt.

NOU, som i tidigare remissyttranden framfört nämnda förslag, har inget att erinra mot förslaget men anser att samma krav på förrättning som anges i första stycket med tillhörande formkrav och möjlighet för en av handelskammaren utsedd person att närvara bör gälla för samtliga upphandlingsförfaranden (utom direktupphandling).



Camilla Graf Morin

Anledningen till att avstå från en förrättning har varit att det är opraktiskt när anbudena öppnas allteftersom. NOU anser således att 11 kap. 7 § andra stycke kan strykas.

NOU föreslår beträffande lagrummet att ordet förrättning utgår ur lagstiftningen. (11 kap. 7§ och 17 kap. 14 § i lagförslaget avseende upphandling inom den klassiska sektorn, 14 kap. 7 § och 19 kap. 14 § i lagförslaget avseende upphandling inom försörjningssektorerna). Enligt NOU:s erfarenhet uppfattas benämningen förrättning ofta som onödigt byråkratisk och samma resultat skulle uppnås även om ordet stryks ur lagstiftningen. (...efter anbudstidens utgång, öppnas av minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten/enheten...)

**11 kap. 8 §, artikel 51**

Det synes som om förslaget tredje stycke delvis konsumeras av det andra stycket. Dessutom finns inte begränsningen med från andra stycket att förtydligandet och kompletteringen får ske endast om det kan göras utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

Enligt artikel 51 får upphandlande myndigheter anmoda leverantörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certifikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45-50. 11 kap. 8 § hänvisar till 12 kap. och 13 kap. 3 §. Många av de lagrum som motsvarar artiklarna 45-50 finns i övriga paragrafer i kap. 13 t.ex. 4 §, 9 §, 12§ och 13 §.

Kommentaren anger att det saknas motsvarighet i direktivet men NOU vill erinra om ovan nämnda artikel 51 som handlar om kompletteringar och upplysningar. Kommentaren bör vidare för tydlighetens skull upplysa om att bestämmelsen motsvarar de uttalanden av rådet och kommissionen som ligger sist i de numera upphävda direktiven 89/440/EEG avseende upphandling av byggtreprenader inom den klassiska sektorn och 90/531/EEG avseende upphandling inom försörjningssektorn.

**11 kap. 9 §, artikel 41.1 - Underrättelse om beslut**

Enligt NOU:s uppfattning bör det av lagtexten uttryckligen framgå i likhet med artikeln att paragrafen innebär att information skall lämnas även beträffande ett beslut att avbryta en upphandling.

**11 kap. 10 §, artikel 6, artikel 35 p. 4 sista stycket, artikel 41p.3 - Beslut att inte lämna ut information**

I gällande 1 kap. 11 § LOU anges att en annons om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse eller motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Bestämmelserna om sekretess vid upphandling finns annars i sekretesslagen och förslaget till 11 kap. 10 § innebär ytterligare ett frångående av principen att sekretessreglerna hör hemma i sekretesslagen och inte i

Camilla Graf Morin

upphandlingslagstiftningen. Samma iakttagelse kan nämnas beträffande föreslagen bestämmelse i 9 kap. 8 §.

Bestämmelsen i 11 kap. 10 § innehåller delvis andra skäl för hemlighållande av information än de som framgår av 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. För att ingen konflikt mellan å ena sidan den aktuella paragrafen och å andra sidan offentlighetsprincipen och sekretesslagen skall uppstå bör den föreslagna bestämmelsen synkroniseras med sekretesslagens bestämmelser.

De konsekvenser som paragrafens bestämmelse ger upphov till för upphandlande myndigheter som inte lyder under offentlighetsprincipen bör uppmärksammas. Eftersom bestämmelsen ger upphandlande myndigheter möjlighet att, med åberopande av vissa angivna grunder, inskränka den information om tilldelningsbeslutet som annars skulle ha lämnats, kan man föreställa sig att det kommer att uppkomma fall då den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna har olika uppfattning om paragrafens tillämplighet. Möjligheten att få ett beslut om hemlighållande överprövat i domstol bör tydliggöras. I praktiken blir det fråga om att domstolen får göra ett slags sekretessprövning, dock inte enligt sekretesslagen utan enligt den aktuella paragrafen. En nackdel med att ta in bestämmelser i skilda lagstiftningar om att upphandlande myndigheter inte behöver lämna ut information om upphandlingar är att överprövning av besluten i vissa fall kommer att prövas av länsrätt i första instans och endast efter prövningstillstånd i kammarrätt medan ett sekretessbeslut enligt sekretesslagen prövas direkt i kammarrätt.

**11 kap. 12 §**, ej motsvarighet i direktivet

Bestämmelsen behandlar anbudsgivares bundenhet. Det kan ifrågasättas om bestämmelsen hör hemma i ett kapitel med rubriken Kommunikation, information och dokumentation.

**11 kap. 13 §**, *artikel 43* - Protokollens innehåll

Om 1 kap. 24 § LOU beträffande förvaring av handlingar upphävs i enlighet med förslaget, är det angeläget att den föreslagna förordningen träder ikraft samtidigt med lagändringarna. NOU vill också rikta uppmärksamhet på Riksarkivets föreskrifter och allmänna råd om gallring och återlämnande av handlingar vid offentlig upphandling (RA-FS 2004:2 som trädde ikraft den 1 november 2004, (se *NOU info juni -04* sid. 18f.). Riksarkivets föreskrifter RA-FS 2004:2 gäller för vissa upphandlande myndigheter.

**12 kap. 1 §**, *artikel 45.1* – Omständigheter som skall medföra uteslutning av leverantörer

En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör om myndigheten får kännedom om de förhållanden som avses i lagrummet. Kommentaren bör därför relativt tydligt återge de förhållanden som avses, eftersom det föreligger obligatorisk uteslutning av leverantör om vetskap erhålles om

Camilla Graf Morin

avsedda förhållanden. Kommentaren bör även upplysa om var gemenskapsrättsakterna som lagrummet hänvisar till återges.

### **13 kap. 4-6 §§**

Kommentarerna anger motsvarande artikel i direktivet och anger vidare att motsvarighet saknas i LOU. Information saknas om att uppgifterna finns i förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling.

### **13 kap. 12 och 13 §§, artikel 49 och 50**

Hänvisning görs i 13 kap. 12 § 2 st. avseende godkännande av intyg beträffande kvalitetssäkringsstandarder till organ som är etablerade i *andra EES-stater*. 13 kap. 13 § 2 st. hänvisar på motsvarande sätt beträffande standarder för miljöledning till *andra medlemsstater*. Motsvarigheten i direktivet uttrycks på samma sätt i bägge fallen (andra medlemsstater).

### **14 kap. 2 §, artikel 53**

Det anges i direktivet att de olika tilldelningskriterierna skall viktas inbördes för att ange hur tilldelning av kontrakt kommer att ske vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I lagförslaget anges att den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterierna kommer att ges vid utvärderingen. Om detta inte är möjligt skall de anges i fallande prioritetsordning. NOU har den uppfattningen att förslaget kan uppfattas ha en annan och eventuellt en något vagare innebörd. En paragraf som är så central som denna bör, enligt NOU:s uppfattning, överensstämma med motsvarigheten i direktivet. En fördel med att ha samma ordval som i direktivet är att Sverige lättare kan följa och ta till sig kommande uttalanden från EG-domstolen beträffande bestämmelsen.

### **14 kap. 4 §, artikel 55.3**

NOU ställer sig frågande till varför den upphandlande myndigheten ”skall” samråda med anbudsgivaren, när myndigheten sedan ”får” välja att förkasta anbudet. Det är ju en sak att myndigheten inte får förkasta anbudet utan att först ha samrått med anbudsgivaren, men varför finns det en skyldighet att samråda även i de fall då myndigheten inte har för avsikt att förkasta anbudet, oavsett om det förekommer statligt stöd eller ej? NOU föredrar en mer direktivnära formulering.

### **15 kap. 9 §, artikel 63.2, 5 kap. 6 § LUFSS, artikel 23.2**

NOU anser att begreppet företag som förekommer i förslaget till lagstiftning t.ex. i 15 kap. 9 § och 5 kap. 6 § LUFSS bör definieras antingen i lagtexten eller i förarbetena till lagstiftningen.

### **15 kap. 11 §, artikel 65**

Hänvisningar saknas i kommentaren till 15 kap. 11 till artikel 38.5, 38.6 och 38.7 som ger rätt under vissa förhållanden att förlänga och förkorta tidsfristerna.

Camilla Graf Morin

**17 kap.** Upphandling som inte omfattas av direktivet (*Ej motsvarighet i direktivet*)

NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt och förvirrande att delvis göra ändringar i nu gällande bestämmelser som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande som skall avlämnas redan innan detta lagförslag träder i kraft. Kommentarer till framlagda förslag i nytt 17 kap. görs emellertid nedan.

NOU anser dessutom beträffande förslaget 17 kap. att det bör innehålla så få hänvisningar till bestämmelser avseende upphandling över tröskelvärdena som möjligt. I strävan att förenkla tillämpningen av kapitel 17 bör paragraferna i stället upprepa sådant som anges på annat ställe i lagen och som skall gälla även för detta kapitel. T.ex. bör den grundläggande bestämmelsen i 17 kap. 20 § om grunder för tilldelning av kontrakt inte hänvisa till 14 kap. 1 § andra stycket utan det som anges i andra stycket bör istället upprepas i paragrafen.

Rubriken på 17 kap. som avser upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU föreslås ändras till "Upphandling som inte omfattas av direktivet". NOU anser att rubriken bör omformuleras. Nuvarande 6 kap. LOU benämns "Upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap., m.m.". Den rubriken är lite missvisande, eftersom uttrycket m.m. som innefattar t.ex. upphandling av alla B-tjänster utgör värdemässigt en stor andel av upphandlingen i Sverige. Nuvarande rubrik i LOU är dock bättre än utredningens förslag.

Se kommentaren till 5 kap. 11 § ovan som avser selektering vid selektiv och förhandlad upphandling. NOU anser att motsvarande klargörande bör göras beträffande selektering vid urvalsupphandling.

**17 kap. 2 § andra stycket**

Lagrummet hänvisar bland annat till 8 kap. 6 § som behandlar uppgifter om tillverkning och ursprung m.m., trots att motsvarande bestämmelse finns intagen i 17 kap. 8 §.

**17 kap. 10 §**

17 kap. 10 § hänvisar till 11 kap. 1 § första och andra styckena, 2–3 §§ och 5-6 §§ men inte till 11 kap. 4 §. Om handlingar, intyg m.m. inte finns elektroniskt, skall även dessa skickas inom tiden. En hänvisning bör således ske även till 11 kap. 4 §.

**17 kap. 14 §**

Utredningen föreslår att möjligheten att öppna inkomna anbud allteftersom tas bort. I författningsförslaget anges sålunda att anbuden skall öppnas samtidigt. Det anges i andra stycket att vid förenklat förfarande och

Camilla Graf Morin

urvalsförfarande som angetts innefatta förhandling, får försändelserna öppnas och anbuden förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbuden skall öppnas samtidigt.

NOU, som i tidigare remissyttranden framfört nämnda förslag, har inget att erinra mot förslaget men anser att samma krav på förrättning som anges i första stycket med tillhörande formkrav och möjlighet för en av handelskammaren utsedd person att närvara bör gälla för samtliga upphandlingsförfaranden (utom direktupphandling).

Anledningen till att avstå från en förrättning har varit att det är opraktiskt när anbuden öppnas allteftersom. NOU anser således att 17 kap. 14 § andra stycke kan strykas. NOU föreslår beträffande 17 kap. 14 § att ordet förrättning utgår ur lagstiftningen. Motivering till förslaget återfinns ovan under 11 kap. 7 §.

Kravet enligt andra stycket att den upphandlande myndigheten skall ha angivit att förfarandet innefattar förhandling stämmer inte väl med formuleringen att det av förfrågningsunderlaget skall framgå att ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. (17 kap. 8 §.)

#### **17 kap. 16 §**

Samma grunder för uteslutning på grund av ekonomiska och andra förhållanden föreslås gälla som i gällande lagstiftning (6 kap. 9 § LOU) för upphandling enligt 17 kap. med det tillägg som anges nedan.

Hänvisning görs bland annat till 12 kap. 2 § där det föreskrivs att om en leverantör är en juridisk person får den uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i 12 kap. 2 första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. NOU får här hänvisa till uppfattningen beträffande bestämmelserna i nuvarande 6 kap. LOU att dessa bör hållas oförändrade i nuvarande situation, eftersom en allmän översyn pågår.

#### **17 kap. 20 §**

Vid upphandling enligt 17 kap. och tillämpning av utvärderingsgrunden det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet föreslås följande. Den upphandlande myndigheten skall ange antingen vilken relativ betydelse de olika utvärderingskriterierna kommer att ges vid anbudsutvärderingen eller ange dem i fallande prioritetsordning. Här finns således en skillnad jämfört med det som föreslås gälla för all annan upphandling. Vid upphandling över tröskelvärdena föreslås huvudregeln vara att en inbördes viktning skall ske och endast om myndigheten kan visa att detta inte är möjligt får de anges i fallande prioritetsordning. NOU anser inte att den föreslagna ändringen skall göras innan utredningen redovisat samtliga förslag beträffande gällande 6 kap. LOU.

Camilla Graf Morin

### **18 kap.**

NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt att göra redaktionella ändringar i paragrafer (föreslagen 18 kap. 1 §) som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande. NOU anser att nya begrepp såsom ”felaktig upphandling” i 18 kap. kan anstå till kommande översyn av reglerna i nuvarande 7 kap.

### **Nedan angiven artikel och bilaga saknas i förslaget:**

Artikel 34 beträffande upphandling av byggtreprenader som avser socialt betingade bostadsprojekt. Denna bestämmelse bör införas i den nya lagen. Vissa bilagor till direktiv 2004/18/EG saknas i förslaget. T.ex. bilagan avseende krav på utrustning för elektronisk mottagning av anbud, anbudsansökningar eller ritningar och planer i projekttävlingar (bilaga X).

## **Del III**

### **Synpunkter på förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna**

Denna del av remissyttrandet innehåller synpunkter på de specifika frågeställningar som rör upphandling inom försörjningssektorerna. Synpunkterna omfattar endast de bestämmelser som inte återfinns i den föreslagna lagstiftningen för den klassiska sektorn.

#### *Allmänna synpunkter*

Genomgående i lagförslaget använder utredningen ordet ”myndighet” växelvis med orden ”upphandlande myndighet”, trots att betydelsen förefaller vara densamma. NOU anser att det sistnämnda borde användas i hela lagstiftningen, för att uppnå konsekvens. Se t.ex. i 16 kap. 2 §, där det anges att en upphandlande enhet som inte är en myndighet får utesluta en leverantör etc. NOU anser att det där rätteligen borde stå ”upphandlande myndighet” istället för myndighet.

#### *Synpunkter på bestämmelserna*

### **1 kap. 4 §**

Bestämmelsen i 4 § omnämner några av de grundläggande EG-rättsliga principer vilka lyfts fram i direktivet, dvs. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens. Det är viktigt att notera att de grundläggande EG-rättsliga principerna endast indirekt omfattar privata upphandlande enheters upphandling, eftersom privata enheter inte omfattas av EG-fördraget. I det fall regeringen överväger att ändra paragrafen, kan det i så fall bli nödvändigt att utforma en särskild paragraf just för dessa privata enheter.

Camilla Graf Morin

### **2 kap. 8 – 18 §§**

I kommentaren till 8-18 §§ hänvisar utredningen genomgående till fel paragrafer i förslaget till ny lag för den klassiska sektorn.

### **3 kap. 1 §**

Definitionen av upphandlande enheter i 1 § saknar kopplingen till att en organisation måste utföra en viss verksamhet för att anses vara en upphandlande enhet enligt reglerna för försörjningssektorerna. 1 § borde därför kompletteras enligt följande ”Upphandlande enheter är upphandlande myndigheter och sådana företag som avses i 4 §, vilka bedriver någon av de verksamheter som anges i 4 kap.”.

### **3 kap. 1 – 2 §§**

Ordet ”myndighet” i 1 § och den första gången det används i 2 § torde betyda ”upphandlande myndighet”, varför detta borde framgå. Därigenom får lagen även en definition av upphandlande myndighet, vilken saknas.

### **4 kap. 4 §**

I kommentaren till 4 § anger utredningen att bestämmelsen inte har motsvarighet i nuvarande LOU. Detta är felaktigt, då bestämmelsen motsvaras av 4 kap. 2 § LOU.

### **4 kap. 5 §**

Utredningen har föreslagit en annan ordalydelse av bestämmelsen i 5 § andra stycket än den som återfinns i direktivet. Eftersom utredning skriver att den inte avsett någon ändring i sak, föreslår NOU att regeringen använder ordalydelsen i direktivet.

NOU vill upplysningsvis informera om att direktiv 93/38/EEG endast omfattar *drift av nät* i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter, inte tillhandahållande av detsamma. EU-rådet missade helt enkelt att ta med ordet ”tillhandahållande av nät” i det förra direktivet. I det nya direktivet har detta korrigerats och därför införs nu regeln att även tillhandahållande av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter omfattas av direktivreglerna. Skillnaden klargörs tydligast om man ser till den skillnad på verksamhet som bedrivs av å ena sidan Statens Järnvägar AB och å andra sidan Banverket.

### **4 kap. 6 §**

Bestämmelsen i 6 § andra stycket är inte konsekvent i förhållande till resterande lagtext. Utredningen skriver att tillhandahållande av andra tjänster endast omfattas av lagen, om den upphandlande enheten även bedriver postverksamhet, vilket överensstämmer med direktivtexten. Sedan stadgas emellertid att en ytterligare förutsättning för att lagen skall vara tillämplig är, att verksamheten inte av Europeiska gemenskapernas kommission enligt artikel 30 i direktiv 93/38/EEG förklarats undantagen. Denna förutsättning gäller dock för all verksamhet inom försörjningssektorerna, varför det förefaller märkligt att särskilt peka ut

Camilla Graf Morin

postverksamhet som en sektor som kan undantas. NOU förslår därför att paragrafen skrivs om utan påpekandet om artikel 30.

#### **4 kap. 7 - 8 §§**

I 7 och 8 §§ anger utredningen de postverksamheter som omfattas av lagens bestämmelser. Utredningens förslag överensstämmer dock inte till fullo med direktivtexten. Det anges ingen meningsfull anledning till att texterna skiljer sig åt. NOU noterar särskilt att utredningen valt att inte ange att posttjänster omfattar ”monopoliserande posttjänster”, med hänvisning till att något monopol inte gäller i Sverige. Definitionen i artikel 6, 2 § b) i direktiv 2004/17/EG skiljer dock på ”monopoliserande posttjänster”, vilka omfattas av eller får omfattas av monopol och ”andra posttjänster”, med vilket avses posttjänster som inte får omfattas av monopol. Att inte införa den i direktivet angivna definitionen av posttjänster kan få effekt på tillämpningen av regelsystemet, ifall Sverige väljer att införa någon typ av monopol. NOU kan inte se någon anledning till att avvika från ordalydelsen i direktivet och föreslår därför att regeringen inför definitionerna avseende de olika typerna av posttjänster som anges där.

#### **4 kap. 9 §**

I 9 § anges de verksamheter avseende utvinnande av kol och olja m.m. samt tillhandahållande av flygplatser, hamnar m.m. vilka omfattas av lagen. Utredningen har valt att byta ut begreppet ”geografiskt område” mot begreppet ”mark- eller vattenområden”. Utredningen skriver att ändringen inte innebär någon saklig avvikelse från direktivets bestämmelser. NOU anser att det är lämpligast att följa ordalydelsen i direktivet, och föreslår att regeringen byter ut ordalydelsen i paragrafen, även om dagens LOU innehåller den text som utredningen föreslår.

Även i 9 § 2 p. har utredningen valt att byta ut ord, i detta fall har orden ”till havs eller på inre vattenvägar” bytts ut mot orden ”till sjöss”. Utredningen anger att någon distinktion inte är nödvändig avseende skillnaden mellan inre och yttre vattenvägar och anger därför endast orden ”till sjöss”. Även här anser NOU att det är lämpligare att använda det uttryck som anges i direktivet, dvs. ”till havs eller på inre vattenvägar”. Det finns nämligen en risk att orden ”till sjöss” kan uppfattas olika av olika leverantörer, särskilt vid översättningar av de svenska reglerna.

#### **5 kap. 1 §**

I 1 § 1 st. hänvisas felaktigt till 3 kap. Hänvisningen skall avse 4 kap. Samma felaktiga hänvisning återkommer i 3 § 1 st. 1 p., 6 § 2 p. och 8 § 1 p.

#### **5 kap. 4 §**

I 4 § hänvisas felaktigt till 20 och 21 kapitlen, det skall hänvisas till 19 och 20 kapitlen. I kommentaren till 4 § hänvisas felaktigt till 3 kap. 4 § i den föreslagna lagen för den klassiska sektorn, men borde rätteligen hänvisa till 3 kap. 2 § i den lagen.



Camilla Graf Morin

### **5 kap. 7 §**

Utredningen har valt att skriva om 7 § 1 st. Innebörden blir då en annan än den som framkommer i direktivets artikel 23 3 p. a-c). För det första talar direktivet om leverans, medan den föreslagna paragrafen talar om tilldelning av kontrakt. Kontrakt skall enligt 2 kap. 3 § i den föreslagna lagen vara skriftliga och egenhändigt undertecknade. Det skulle kunna innebära att om det anknutna företaget levererat på annat sätt, t.ex. genom muntliga avtal, skall värdet av dessa inte räknas in. NOU anser inte att den svenska lagen bör öppna för sådana oklarheter. För det andra innehåller artikeln i direktivet orden "sådana tjänster" (resp. varor och byggtreprenader). Det innebär att endast *liknande* varor, tjänster och byggtreprenader skall räknas in i volymen när den upphandlande enheten kontrollerar huruvida gränsen på 80 procent uppnåtts. NOU har här tidigare utgått ifrån att de upphandlande enheterna tillämpar samma metod som vid beslut huruvida förhandsannonsering skulle ske eller ej, dvs. de första fyra siffrorna i CPV-koden. Ordet "sådana" bör därför läggas till.

### **5 kap. 11 §**

I kommentaren till 11 § hänvisas felaktigt till 3 kap. 6 § i lagförslaget till den klassiska sektorn. Hänvisningen skall avse 3 kap. 4 §.

### **6 kap. 4 §**

Rubriken till 4 § - "Kontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid" blir missvisande, eftersom paragrafen endast behandlar varuupphandlingar. Att den endast behandlar varor borde framgå av rubriken.

### **7 kap. 2 §**

I 2 § 12 p. talas om vinnare av projekttävlingar. I det fall kontraktet enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, behöver den upphandlande enheten inte använda de upphandlingsförfaranden som anges i lagen. Utredningen har brutit ut bestämmelsen om att i de fall mer än en vinnare utsetts, samtliga skall inbjudas att delta i förhandlingar. Den sistnämnda bestämmelsen återfinns i 3 § i samma kapitel. NOU föreslår att bestämmelsen i 3 § flyttas till 2 § 12 p., vilket vore mer logiskt.

### **8 kap. 2 §**

I 2 § hänvisas till 5 kap. 14 §, och det stadgas att reglerna i kapitel 8 inte skall tillämpas på projekttävlingar som är undantagna enligt den bestämmelsen. NOU anser att detta framkommer redan av andra bestämmelser, varför en hänvisning här förefaller vara onödig. I kommentaren till 2 § hänvisas felaktigt till 7 kapitlet, rätteligen är det 8 kapitlet som avses.

### **9 kap. 2 §**

2 § förefaller endast upprepa den bestämmelse som redan återfinns i 7 kap. 2 § 9 p. NOU föreslår därför att bestämmelsen tas bort.

Camilla Graf Morin

**15 kap.**

Genom nuvarande LOU infördes möjligheten för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna att inrätta vad som kommit att kallas för prekvalificeringssystem. I 15 kap. i lagförslaget kallas motsvarande för kvalificeringssystem. Eftersom det finns en del olika kvalificeringar och även olika listor som upphandlande enheter m.m. kan inrätta, föreslår NOU att de system som avses skall benämnas prekvalificeringssystem. Detta för att underlätta för alla parter att förstå vad som avses.

**17 kap. 4 §**

I 4 § anges att en upphandlande enhet skall samråda med en anbudsgivare, om enheten finner att dennes anbud är onormalt lågt p.g.a. att den fått statligt stöd. Bestämmelsen stämmer inte helt överens med ordalydelsen i direktivet och blir ologisk, i det att det enligt direktivet endast är i de fall enheten tänker förkasta anbudet på grund av det statliga stödet som den måste samråda med anbudsgivaren. NOU föreslår därför att paragrafen ändras på detta sätt till en mer direktivnära lydelse.

**19 kap.**

NOU vill peka på problemet att Sverige behåller striktare regler för upphandlingar under än för de över tröskelvärdena vid upphandlingar inom försörjningssektorerna om man endast överföra befintliga regler i den nuvarande lagens kapitel 6 till förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna.

**19 kap. 13 §**

I 13 § är hänvisningen till 6,7 och 8 §§ felaktig, det borde rätteligen hänvisas till 5, 6, och 8 §§.

**20 kap. 9 §**

I 9 § borde rätteligen anges att NOU även utövar tillsyn över upphandlingen inom försörjningssektorerna. Den nuvarande lydelse nämner endast den ”offentliga upphandlingen”, vilken inte regleras i förevarande lagförslag.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke,

Camilla Graf Morin

upphandlingschefen Lisbeth Johnson 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 avseende del I-II och jur.kand. Andrea Sundstrand avseende del III. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Avvikande mening beträffande NOU:s uppfattning i vad avser utformningen av 1 kap. 5 § i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn och motsvarande bestämmelse i lagförslaget om upphandling inom försörjningssektorerna har lämnats av ledamöterna Dan Holke, Hans Ekman och Eva Sveman, se bilaga.

#### NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Andrea Sundstrand

#### **Bilaga**

Avvikande mening från ledamöterna Dan Holke, Hans Ekman och Eva Sveman

#### **För kännedom**

Upphandlingsutredningen 2004

## **Bilaga**

### **Skiljaktig mening av Hans Ekman, Dan Holke och Eva Sveman**

Vi ställer oss bakom betänkangets utformning av 1 kap 5 § i lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och motsvarande bestämmelse i lag om upphandling inom försörjningssektorerna. Vi menar i likhet med majoriteten att lagtexten bör ansluta till direktivtexten i så hög grad som möjligt. Den aktuella texten återfinns i artikel 2 respektive artikel 10 i direktiven. Direktivtexterna är resultatet av ömtåliga politiska kompromisser som resulterat i en överenskommelse på EU-nivå. Vi menar att man bör undvika att avvika från denna överenskommelse. Direktiven och de föreslagna lagtexterna anger uttryckligen när principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet skall iakttas i anslutning till aktuella bestämmelser. Vi menar att det inte är möjligt att med säkerhet bedöma vilka effekter det skulle få att göra avsteg från texten i direktiven och föra in dessa två principer i respektive lags portalparagraf.

Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Postmarknad i förändring (SOU 2005:5)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse daterad den 14 februari 2005 av Näringsdepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerad promemoria. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i promemorian som berör lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

#### *Upphandling av samhällsomfattande posttjänst*

Utredningen föreslår att en samhällsomfattande posttjänst i framtiden skall upphandlas om det är särskilt påkallat med hänsyn till kostnaderna för att tillhandahålla denna. Utredningen bedömer dock inte att någon sådan upphandling för närvarande är aktuell, och lämnar inte heller förslag på något genomförande av en sådan upphandling.

Däremot hänvisar utredningen<sup>1</sup> till att framtida upphandlingar av posttjänster kan innehålla förhandlingar. NOU vill endast påpeka att upphandling av posttjänster över tröskelvärdena är upphandling av s.k. A-tjänster och förhandlingar därmed som huvudregel inte är tillåtna.

NOU har i övrigt inga påpekanden avseende innehållet i promemorian.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 11 maj 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och

---

<sup>1</sup> Se andra stycket, sid. 369 i promemorian.

förbundsjuristen 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

Finansdepartementet

### **Synpunkter på betänkandet Regeringens stabsmyndigheter (2005:32)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) lämnar endast synpunkter som har samband med den offentliga upphandlingen.

#### **Sammanfattande synpunkter:**

NOU anser att

- Riksrevisionens kommande rapport om den statliga inköpssamordningen bör avvaktas innan beslut fattas om hur denna bör vara organiserad
- att ett helhetsgrepp bör tas om inköpssamordningen innan beslut fattas om hur den bör vara organiserad
- övervägandet görs att överföra uppgiften att övergripande samordna den statliga inköpsverksamheten till den nya förvaltningspolitiska myndigheten i stället för till Ekonomistyrningsverket
- det inte är självklart att det praktiska upphandlingsarbetet på IKT-området bör föras till någon av stabsmyndigheterna, t.ex. såsom utredningen föreslagit till Ekonomistyrningsverket.

NOU har inte tillhört de myndigheter som utredningen kontaktat i sitt utredningsarbete. NOU:s uppgifter, bl.a. att verka för en effektivare offentlig upphandling, har inte berörts i betänkandet. NOU har tidigare i remissvar m.m. rörande organiserandet av den statliga inköpssamordningen framhållit vikten av dels

- att en ingående, oberoende utredning genomförs som närmare belyser ramavtalsproblematiken och dels
- att uppgiften att bedöma behovet och lämpligheten av samordning inom statsförvaltningen, liksom formerna för den, är tydligt åtskild från det praktiska upphandlingsarbetet. Risk finns annars för att myndighetstänkandet tar över koncerntänkandet.

Margareta Hentze

NOU anser det angeläget att Riksrevisionens rapport över den pågående granskningen av den statliga inköpssamordningen avvaktas, innan slutlig ställning tas till hur verksamheten bör organiseras. Den roll Verket för Höskoleservice har bör i sammanhanget också analyseras. Helt nya organisatoriska lösningar är kanske lämpliga med tanke på den elektroniska utveckling som de nya (föregående år fastställda) direktiven på upphandlingsområdet anteciperar. Statskontoret bör därför bibehålla sina samordnande uppgifter på upphandlingsområdet tills ett helhetsgrepp tagits om den statliga inköpssamordningen, som dessutom relativt nyligen bytt huvudman (från Kammarkollegiet).

Av betänkandet framgår att utredningen övervägt att särskilja uppgiften att övergripande samordna den statliga inköpsverksamheten ifrån den praktiska inköpssamordningsuppgiften inom IKT-området. NOU instämmer här i utredningens uppfattning att *den senare* verksamheten inte bör föras till den nya förvaltningspolitiska myndigheten. Utredningen har dock, såvitt framgår, inte övervägt lämpligheten av att föra uppgiften att övergripande samordna den statliga inköpsverksamheten dit, trots att den nya myndigheten, enligt utredningens eget ordval (s. 22) bör verka t.ex. genom att "främja ett koncerntänkande i förvaltningen och skapa incitament som inte kan räknas hem i de egna verksamheterna". Enligt NOU:s uppfattning bör inköpssamordningen vara ett uttryck just för detta.

NOU anser inte att de redovisade argumenten är särskilt starka för förslaget att hänföra uppgiften att övergripande samordna den statliga upphandlingen just till Ekonomistyrningsverket (ESV). ESV har hittills inte arbetat med övergripande upphandlingsfrågor, trots sina besparings- och effektivitetsuppgifter. Synergieffekten med transaktionsdatabasen är rimligen begränsad.

Förslaget att den nya förvaltningspolitiska myndigheten skall ansvara för utvecklingen av den elektroniska förvaltningen är ett starkt motiv till att föra även den övergripande inköpssamordningsuppgiften dit. Utvecklingen av e-förvaltningen ger sannolikt impulser och incitament till samordning på upphandlingsområdet. De tänkbara synergieffekterna mellan arbetet med den allmänna utvecklingen av e-förvaltningen och det pågående utvecklingsarbetet beträffande elektronisk handel på upphandlingsområdet som till mycket stor del rör inköpssamordning är sannolikt mycket stora. Sannolikt är dessa synergieffekter numera viktigare än att den centrala funktionen för den statliga inköpssamordningen kopplas till en "ramavtalsansvarig" myndighet med upphandlingserfarenhet. Viss sådan kompetens bör kunna knytas till den nya myndigheten utan att mer resurser totalt sett ska behöva krävas.



Margareta Hentze

Förutom att bedöma behovet och lämpligheten av att det tecknas ramavtal samt formerna för dessa, skulle den nya myndigheten kunna bedöma vilka andra, alternativa, åtgärder som kan vara angelägna för att, inom ramen för den offentliga upphandlingen, nå de förvaltningspolitiska målen. Det skulle exempelvis kunna handla om

- behovet av styrning av myndigheternas upphandling för ökad enhetlighet eller för andra av regeringen ev. beslutade syften, såsom hänsyn till miljö, jämställdhet, mångfald, små och medelstora företag, design, innovationer, svensk arbetsrätt osv.),
- behovet av konsultstöd i olika former och avseenden inom statsförvaltningen,
- behovet av informationsinsatser på området osv.

Ansvar för utvecklingen av e-förvaltningen skulle, i kombination med ett övergripande ansvar för inköpssamordningen, ge den nya myndigheten en tyngd på upphandlingsområdet som området förtjänar. NOU har i ett flertal sammanhang framhållit behovet av t.ex. ökad information generellt. NOU:s egna informationsinsatser har dock p.g.a. bristande resurser måst begränsas till i huvudsak tolkningen av lagstiftningen och har inte kunnat täcka andra behov.

NOU har vid flera tillfällen hävdats att den övergripande inköpssamordningen bör vara anslagsfinansierad<sup>1</sup>. NOU anser vidare, i den mån avgiftsfinansiering skall gälla, att den nya förvaltningspolitiska myndigheten har bättre förutsättningar än en ramavtalstecknande myndighet att bedöma om kostnaderna och därmed avgiftsuttaget för den avgiftsfinansierade inköpssamordningen är rimliga/rimligt sett från ett koncernperspektiv.

NOU anser det slutligen inte självklart att det praktiska upphandlingsarbetet på IKT-området bör föras till någon av stabsmyndigheterna, dvs. såsom utredningen föreslagit till ESV. Detta arbete kan inte anses vara en stabsuppgift. Övrig praktisk inköpssamordning är fördelad på en mängd andra myndigheter med jämförbar kompetens och administrativa resurser. NOU anser att även dessa myndigheters förutsättningar att genomföra samordningen inom IKT-området bör övervägas innan beslut fattas om vem som ska handha uppgiften.

---

<sup>1</sup> se t.ex. NOU:s yttrande till Justitiedepartementet över promemorian 2002-02-05 Förslag till ändringar rörande den statliga inköpssamordningen

Margareta Hentze

Beslut om utformningen av detta remissyttrande har fattats av kanslichefen Margareta Hentze i samråd med chefsjuristen Michael Slavicek. Den korta tid som stått till buds för att lämna synpunkter har inte medgett ett nämndbeslut, som är det gängse förfarandet för remissyttranden från NOU.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Kristian Pedersen

DATUM  
2005-04-12  
ERT DATUM  
2005-02-16

DIARIENR  
2005/0039-22  
ER BETECKNING  
Ju2005/531/L1

1 (1)

Justitiedepartementet  
Enheten för fastighetsrätt och  
associationsrätt  
103 33 STOCKHOLM

## Remissyttrande över Ds 2005:2 Kungörande i PoIT

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 begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Eftersom avtal enligt NOU:s bedömning kan slutas mellan Bolagsverket och Svenska Akademien utan konkurrensutsättning oavsett om LOU är tillämplig eller inte, avstår NOU från att ta ställning i denna senare fråga.

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. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kristian Pedersen

DATUM  
2005-04-12  
ERT DATUM  
2005-02-04

DIARIENR  
2005/0028-22  
ER BETECKNING  
N2004/10314/NL

1 (3)

Näringsdepartementet  
Näringslivsenheten  
103 33 STOCKHOLM

## **Remissyttrande över SOU 2004:131 Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell**

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 begränsar sitt remissyttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

### **Kort om uteslutning av leverantörer**

Vid öppen upphandling och förenklad upphandling är huvudregeln att alla leverantörer har rätt att delta. På motsvarande sätt har alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud vid selektiv upphandling, förhandlad upphandling och urvalsupphandling. Av 1 kap. 17 § 1 st. LOU framgår dock att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om vissa förutsättningar (uteslutningsgrunder) är för handen. Så är bl.a. fallet om leverantören är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom, eller om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta (punkterna 3 och 4 i ovan nämnda lagrum). Tillämpningsområdet för dessa två uteslutningsgrunder är till viss del överlappande, eftersom ett brott avseende yrkesutövningen i flertalet fall även torde utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Bevisbördan för att leverantören på ett allvarligt sätt brustit i sin yrkesutövning åvilar den upphandlande enheten.

### **LOU och en kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen och artikel 81 i EG-fördraget**

NOU anser att en effektiv och långsiktigt trovärdig offentlig upphandling, utöver tydliga upphandlingsregler med effektiva sanktioner mot dem som

Kristian Pedersen

åsidosätter reglerna, är beroende av väl fungerande marknader med rättvis och effektiv konkurrens mellan olika leverantörer. Detta förutsätter såväl tydliga och effektiva konkurrensregler, som en effektiv övervakning och lagföring av överträdelse av konkurrensreglerna. NOU anser det särskilt betydelsefullt att regelsystemet utformas så att anbudskarteller kan avslöjas och beivras. Det kan dock, enligt NOU:s mening, ifrågasättas om en kriminalisering av den typ som utredningen haft i uppdrag att föreslå är en effektiv metod för att uppnå detta.

NOU noterar att utredningen i betänkandets konsekvensanalys (kapitel 10 Konsekvenser av förslagen) pekar på flera negativa konsekvenser av en kriminalisering av överträdelse av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen (KL) och artikel 81 i EG-fördraget. Bland dessa nämns bl.a. att effekten av det svenska programmet för eftergift och nedsättning av konkurrens-skadeavgift (det s.k. leniencyssystemet) till stor del kommer att gå förlorad om en kriminalisering genomförs, och att Sveriges möjligheter att få del av uppgifter inom nätverkssamarbetet med EG-kommissionen och de andra medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kommer att begränsas. NOU noterar också att sakkunnige Nils Wahl och experten Ylva Qvarnström i särskilda yttranden framför kritik av sådan dignitet att det närmast får uppfattas som att de avstyrker utredningens förslag. Nils Wahl anser t.ex. att det "... vore förödande för konkurrensövervakningen i Sverige om Utredningens förslag kom att genomföras." Även experten Anders Stenlund betonar i sitt särskilda yttrande de problem som skulle uppstå om en kriminalisering genomfördes. NOU noterar även att utredningens sekreterare advokaten Per Karlsson i en artikel i Dagens Industri den 21 februari 2005 ställt sig tveksam till en kriminalisering och uttryckt att en sådan till och med skulle kunna visa sig vara kontraproduktiv.

NOU vill mot denna bakgrund anföra följande. En kriminalisering av överträdelse av bestämmelserna i 6 § KL och artikel 81 i EG-fördraget skulle inte heller tillföra den offentliga upphandlingen några väsentliga fördelar. En upphandlande enhet som vill utesluta en leverantör från en upphandling för att denne överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget kan enligt NOU:s mening redan idag göra detta, eftersom en sådan överträdelse får anses utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 1 kap. 17 § 1 st. 4 p. LOU. Detta torde för övrigt inte endast gälla överträdelse av 6 § KL eller artikel 81 i EG-fördraget utan även överträdelse av andra konkurrensrättsliga bestämmelser såsom förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 19 § KL och artikel 82 i EG-fördraget. En kriminalisering skulle därför i praktiken inte innebära utökade möjligheter för upphandlande enheter att utesluta leverantörer som överträtt bestämmelserna i KL eller EG-fördraget. Att avvakta en lagakraftvunnen

Kristian Pedersen

dom för uteslutning enligt 1 kap. 17 § 1 st. 3 p. LOU innebär oftast att en uteslutning kan ske först långt efter den begångna överträdelsen.

NOU kan inte heller se att en kriminalisering som den föreslagna skulle gagna den offentliga upphandlingen i något annat avseende. NOU anser tvärtom att de försämrade möjligheter att upptäcka anbudskarteller, vilka kan befaras bli en följd av att det s.k. leniencyssystemet sätts ur spel, på sikt kan komma att påverka den offentliga upphandlingen negativt.

Mot bakgrund av de problem som den föreslagna kriminaliseringen skulle medföra och då den inte skulle innebära några fördelar för den offentliga upphandlingen avstyrker NOU utredningens förslag till kriminalisering av överträdelser av bestämmelserna i 6 § konkurrenslagen och artikel 81 i EG-fördraget.

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. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Utrikesdepartementet  
103 39 STOCKHOLM

**Remissyttrande över betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (Ds 2004:54)**

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 begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

*Sammanfattning av NOU:s yttrande*

NOU anser att frågan om det uppstår ett upphandlingskontrakt mellan staten genom Migrationsverket och en "avtalskommun" kan bli föremål för en slutlig bedömning först när den slutliga utformningen fastslagits. NOU anser att en offentligrättslig reglering i förordningen utesluter att ett kontrakt enligt LOU föreligger. Frågan om en offentligrättslig reglering föreligger eller ej kan inte avgöras förrän lagförslaget och förslag till förordning presenteras.

I enlighet med betänkandet är en avtalskommun en kommun som staten genom Migrationsverket tecknar avtal med om att anordna boenden för asylsökande ensamkommande barn. I betänkandet avsnitt "6.4.2 Offentlig upphandling" föreslås att ersättningen till en avtalskommun liksom kraven på den tjänst kommunen skall tillhandahålla bör läggas fast i offentligrättslig reglering. I förslaget hänvisas till begreppet samverkansavtal samt regleringen inom sjukvården och lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik.

**Tillämpning av LOU**

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under

Johanna Persson

dessa tröskelvärden samt för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster (begreppet B-tjänster förklaras nedan), oavsett värde, styrs av EG-fördragets grundläggande principer och utformades på grundval av tidigare gällande svenska regler.<sup>1</sup> För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU.

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 förhandsavgörande<sup>2</sup> konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden. Detsamma gäller upphandling av tjänster enligt bilaga B till LOU oavsett värde. Till dessa s.k. B-tjänster hör även bilagans grupp 25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst. Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler, som anses komma till uttryck i 1 kap. 4 § LOU, även vid upphandlingar enligt lagens 6 kap. Angående B-tjänster över tröskelvärdena tillkommer dessutom kravet på efterannonsering av tilldelade kontrakt och regler om hänvisning till tekniska specifikationer m.m.

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 1 kap. 5 § LOU som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling 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.<sup>3</sup> Av tjänstedirektivet framgår att begreppet leverantör även kan omfatta offentliga organ.<sup>4</sup> Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t. ex. enligt lagar, andra författningar eller anställningsavtal skall inte omfattas.

---

<sup>1</sup> Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

<sup>2</sup> Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även dom i mål C-324/98, p. 62.

<sup>3</sup> 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 det samma.

<sup>4</sup> Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (c).



Johanna Persson

### **NOU:s bedömning**

NOU:s uppfattning, som det givits uttryck för i ett tidigare remissyttrande,<sup>5</sup> är att det kan förefalla motstridigt att samverkansavtal ges en legaldefinition av "avtal" samtidigt som det inte anges att det omfattas av LOU. Det kan således inte anses uteslutet att ett samverkansavtal skulle kunna falla inom definitionen av ett upphandlingskontrakt. EG-domstolen har konstaterat att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra vad som är ett avtal.<sup>6</sup> Emellertid följer det av EG-domstolens avgörande i Scala-målet<sup>7</sup> att alla avtal som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde skall upphandlas, även om de i den nationella rätten kategoriseras på annat sätt. Det är inte beteckningen i sig som är viktig utan innebörden i funktionella termer. Avgörande i avseendet om LOU är tillämplig eller inte är således om den aktuella situationen avser tilldelning av kontrakt med motprestation eller om det är en bidragssituation / anslutning till en lagstadgad taxeersättning. Bidrag, gåvor och liknande transaktioner utan krav på motprestation är undantagna den direkta tillämpningen av LOU. En anslutning till taxeersättning som innebär att alla villkor är fastställda samt att ingen motprestation åligger kommunerna anses inte vara tilldelning av kontrakt enligt LOU. Istället är det reglerna om statsstöd som blir tillämpliga på en sådan situation. NOU anser, i likhet med ovan skrivning angående samverkansavtal, att begreppet "avtalskommun" är motstridigt och bör undvikas eftersom det innehåller ordet "avtal" trots att det enligt Utrikesdepartementets förslag inte skall anses omfattas av LOU. NOU:s uppfattning är att om förslaget om avtalskommuner enligt betänkandet läggs fast i offentligtgrättslig reglering kan det inte anses föreligga ett kontrakt enligt LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktorn Börje Hed. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Johanna Persson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

---

<sup>5</sup> NOU:s dnr 2000/0193-29, NOU:s synpunkter angående betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård (SOU 1999:149).

<sup>6</sup> EG-domstolens dom den 18 november 1999 mål C-107/98 Teckal Srl mot Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Domstolen anger att det enligt direktivet är tillräckligt att konstatera att ett avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person.

<sup>7</sup> EG-domstolens dom C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi.

Johanna Persson

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johanna Persson

Magnus Nilsson

DATUM  
2005-03-15  
ERT DATUM  
2004-12-17

DIARIENR  
2004/0279-22  
ER BETECKNING  
UD2004/67713/ERS

1 (1)

Utrikesdepartementet

103 39 STOCKHOLM

### **Remissvar över Ds 2004:52, Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa**

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

NOU avstår från att lämna synpunkter på ovan rubricerad promemoria.

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, teknologie doktor Börje Hed och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av ek.kand. Magnus Nilsson.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Insyn och sekretess i statliga företag i internationellt samarbete (SOU 2004:75)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som inte har upptagits som remissinstans beträffande rubricerade betänkande, avger på eget initiativ synpunkter på de förslag som nu lämnas.

NOU tillstyrker förslaget att tryckfrihetsförordningens regler om rätten att ta del av allmänna handlingar skall gälla även handlingar hos aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag och stiftelser där staten har ett rättsligt bestämmande inflytande. NOU instämmer även i förslaget att sådana företag skall jämföras med myndigheter vid tillämpningen av sekretesslagen.

NOU är också positiv till förslaget att sekretesstiden för handlingar som anger villkor i slutet avtal förlängs för statliga företag som omfattas av förslaget, i likhet med vad som redan gäller för kommunala företag, från två till fem år efter det att avtal slöts.

NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). De organisationer som skall följa LOU kallas upphandlande enheter. Termen omfattar såväl myndigheter som vissa bolag, stiftelser och föreningar som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

NOU har i en skrivelse till regeringen påtalat behovet av en översyn av sekretessreglerna i samband med offentlig upphandling (dnr 2000/0134-29). NOU framförde i skrivelsen särskilt att sådana upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och sekretesslagen – främst statliga och vissa privata bolag – intar en särställning i förhållande till övriga upphandlande enheter. NOU framförde vidare att ”De statliga bolagen omfattas inte av bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet. En leverantör kan därför i regel inte ta reda på sina konkurrenters identitet och har svårt att kontrollera huruvida de uppfyllde kriterierna som i förfrågningsunderlaget uppställts för det kvalitativa urvalet och tilldelningen av kontrakt. Reglerna i sekretesslagen bör tillgodose behovet av information i samband med upphandling, överprövning och skadestånd.”

Camilla Graf Morin

Sedan NOU:s skrivelse överlämnades har ändringar skett i LOU (prop. 2001/2002:142, SFS 2002:594) i syfte att förbättra möjligheterna för leverantörer att ansöka om överprövning av en upphandlande enhets beslut att en viss leverantör skall tilldelas kontraktet, det så kallade tilldelningsbeslutet. En upphandlande enhet har ålagts en skyldighet att på eget initiativ lämna upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslutet och att lämna ut sådan information till varje leverantör som så begär. Dessa ändringar i LOU trädde i kraft den 1 juli 2002. Denna lagändring har avsevärt förbättrat möjligheten att få ut information om en upphandling som ett statligt bolag har genomfört.

Den information som upphandlande enheter är skyldiga att utge enligt 1 kap. 27 och 28 §§ LOU är emellertid inte lika omfattande som den information som kan erhållas med hjälp av offentlighetsprincipen. Rätten att få ut information enligt offentlighetsprincipen är inte heller begränsad till potentiella leverantörer.

NOU tillstyrker därför förslaget att tryckfrihetsförordningens regler om rätten att ta del av allmänna handlingar skall gälla även handlingar hos aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag och stiftelser där staten har ett rättsligt bestämmande inflytande. NOU ser fördelar med att det nu presenterade förslaget beträffande statliga företag utformas så, att det får samma täckning som definitionen av upphandlande enheter i LOU. NOU instämmer även i förslaget att sådana företag skall jämföras med myndigheter vid tillämpningen av sekretesslagen. NOU är också positiv till förslaget att sekretesstiden för handlingar som anger villkor i slutet avtal förlängs för statliga företag som omfattas av förslaget, i likhet med vad som redan gäller för kommunala företag, från två till fem år efter det att avtal slöts.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 mars 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Jordbruksdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över delbetänkandet Hållbara laster - konsumtion för en ljus framtid (SOU 2004:119)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Utredningen föreslår att regeringen aktivt bör verka för att upphandling och beredning av måltider i stat, kommun och landsting baseras på riktlinjerna i FSM. Enligt dessa riktlinjer bör i princip allt nöt/lamm som äts vara svenskt och inget importkött skall ingå. NOU vill här erinra om att en upphandlande enhet inte kan kräva att köttet skall vara svenskt eftersom detta strider mot grundläggande bestämmelser i EG-rätten och därmed också mot LOU. Vid upphandlingsförfarandet får dock en upphandlande enhet ställa relevanta kvalitetskrav på produkten. Ursprungsmärkningen kan i vissa situationer användas som bevis för att köttet uppfyller ställda kvalitetskrav.

I delbetänkandet föreslås att regeringen genom regleringsbrev bör tillse att myndigheter och offentliga bolag vid upphandling av energieffektiva varor bör ha som mål att välja produkter som motsvarar den bästa kvartilen i marknadens utbud. NOU har redan tidigare föreslagit att "statliga myndigheter åläggs att vid varje upphandling överväga att ställa krav med hänsynstagande till miljön". Se bl.a. NOU:s svar till Miljövårdberedningens delbetänkande Integrering av miljöhänsyn inom den statliga förvaltningen (SOU 1996:112).<sup>1</sup>

Avseende förslaget om att de offentliga upphandlingsreglerna bör förenklas för att underlätta lösningar för lokal service på landsbygden vill NOU framhålla att redan nu gällande regler ger möjlighet att ställa miljökrav så länge det är förenligt med EG-rättens grundläggande rättsprinciper.

---

<sup>1</sup> NOU:s dnr 1996/0021-22

NOU vill även informera om att det pågår en utredning om hur de nya EG-direktiven om offentlig upphandling<sup>2</sup>, skall genomföras i svensk rätt<sup>3</sup>. Utredningen skall redovisa de delar av uppdraget som är obligatoriska att genomföra månadsskiftet februari/mars 2005 för att lagen skall träda i kraft 1 februari, 2006. Övriga delar av uppdraget kommer att redovisas december 2005. Ett tilläggsdirektiv avseende ändringar av 6 och 7 kap. LOU förväntas komma under våren.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 februari 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktorn Börje Hed, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Linda Dahlström. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström

---

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3696/03 (MAP 23 CODEC 1760) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3695/03 (MAP 22 CODEC 1759) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>3</sup> Kommittédirektiv 2004:47 Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Camilla Graf Morin

DATUM  
2005-02-17  
ERT DATUM  
2004-11-22

DIARIENR  
2004/0268-22  
ER BETECKNING  
Fi2004/5094

1 (4)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Betänkandet Att granska och pröva ansvar i kommuner och landsting (SOU 2004:107)**

### *Sammanfattning av NOU:s yttrande*

NOU välkomnar de förslag som framförs i betänkandet och som avser stärka revisorns ställning. Om förslagen genomförs skulle detta komma den kommunala revisionen på upphandlingsområdet tillgodo.

NOU ser – under vissa förutsättningar - fördelar med förslaget att den kommunala kompetensen vidgas genom att kommuner och landsting får sluta avtal om att tillhandahålla sakkunnigt biträde till varandras revisorer, i syfte att stödja samverkan och samarbete i revisionen. Avtalet skall, såsom utredningen konstaterar, givetvis föregås av en upphandling enligt LOU.

NOU saknar en analys och ett resonemang i betänkandet beträffande möjligheterna till och vikten av att den kommunala revisionen och privata leverantörer vid anbudsgivningen tävlar på samma villkor.

Beträffande möjligheten att ställa krav på certifiering vid upphandling av revisionstjänster instämmer NOU i utredningens uppfattning att motsvarande resonemang som förs på upphandlingsområdet beträffande miljömärkning kan tillämpas, vilket innebär att kraven måste vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och LOU.

NOU kan inte uttala sig om huruvida de kriterier som ingår i SKYREV:s certifiering av sakkunniga biträden generellt kan användas som krav på leverantören.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till frågor som har nära anknytning till NOU:s ansvarsområde. NOU har tidigare under arbetets gång framfört synpunkter direkt till företrädare för utredningen.



Camilla Graf Morin

NOU välkomnar de förslag som framförs i betänkandet och som avser stärka revisorns ställning genom förslag om revisorns oberoende, tydlighet i fullmäktiges ansvarsprövning samt ökad kunskap, förstärkt dialog och ett utvecklat samarbete mellan fullmäktige och revisionen. Om förslagen genomförs skulle detta komma den kommunala revisionen på upphandlingsområdet tillgodo. Revisionen är den viktigaste kontrollfunktionen inom området offentlig upphandling.

Tillsynsmyndighetens granskande verksamhet kan aldrig vara tillräcklig för detta kontrollbehov. NOU anser det vara bra att förslagen även omfattar revisorer i bolag och stiftelser, som ju normalt också är upphandlande enheter och skall följa LOU vid sin upphandling.

Verksamheten vid NOU, som omfattar verksamhetsgrenarna tillsyn, information och utveckling, planeras utifrån ett anslag på drygt 8 miljoner kr. Endast ett mindre antal av de upphandlande enheterna som omfattas av NOU:s tillsyn kan därför nås av nämndens tillsynsinsatser. Kontrollen av att kommunerna följer bland annat upphandlingsbestämmelserna ligger på den egna revisionen. Som ett komplement till revisionens granskning på upphandlingsområdet finns NOU:s tillsynsinsatser. NOU lämnar också stöd vid tolkning av LOU:s bestämmelser.

NOU:s förhoppning är att den förstärkning som föreslagits av Internrevisionsutredningen<sup>1</sup> avseende den statliga internrevisionen och de åtgärder som nu föreslås i aktuellt betänkande kommer att stärka granskningen på upphandlingsområdet inom hela den offentliga förvaltningen.

En av de allvarligaste överträdelserna av LOU är att upphandlande enheter i strid med upphandlingsbestämmelserna genomför en upphandling utan annonsering och utan att utnyttja konkurrens. Det är svårt att med stöd av LOU:s rättsmedel komma till rätta med ett sådant förfarande. NOU anser därför att revisionen bland annat här har en särskilt viktig uppgift.

NOU ser – under vissa förutsättningar – fördelar med förslaget om en ny paragraf i kommunallagen som innebär att den kommunala kompetensen vidgas genom att kommuner och landsting får sluta avtal om att tillhandahålla sakkunnigt biträde till varandras revisorer, i syfte att stödja samverkan och samarbete i revisionen. NOU utgångspunkt är att samarbete upphandlande enheter emellan är av godo, givetvis under förutsättning att det sker inom LOU:s gränser. Avtalet skall, såsom utredningen konstaterar, givetvis föregås av en upphandling enligt LOU.

---

<sup>1</sup> Betänkandet internrevision vid statliga myndigheter SOU 2003:93.

Camilla Graf Morin

Förslaget om ökade möjligheter för kommuner och landsting att stödja varandra och samverka i revisionen torde medföra att särskild sakkunskap om revision av upphandlingsverksamhet lättare kan byggas upp och finnas tillgänglig. En stärkt revision på upphandlingsområdet skapar även förutsättningar för en ökad beställarkompetens hos kommuner och landsting beträffande revisionstjänster.

NOU saknar en analys och ett resonemang i betänkandet beträffande möjligheterna till och vikten av att den kommunala revisionen och privata leverantörer vid anbudsgivningen tävlar på samma villkor. Nyttan av en upphandling i konkurrens påverkas i högsta grad av att marknadsaktörerna tävlar på samma villkor, att de har samma information, tidsfrister m.m..

NOU instämmer i uppfattningen att det är komplicerat att upphandla revisionstjänster och att det är tidskrävande. Inga konkreta förslag lämnas emellertid utan utredningen nöjer sig med att konstatera att de förtroendevalda som regel behöver stöd i upphandlingsarbetet och att det är angeläget att fullmäktige särskilt uppmärksammar revisorernas behov av sådant stöd i upphandlingsarbetet samt även annat administrativt stöd. Enligt NOU:s uppfattning finns en påtaglig risk för att det upphandlingsstöd utredningen anser att de förtroendevalda behöver för att upphandla inte kommer att finnas tillgängligt i önskvärd utsträckning. Upphandlingsfunktionen hos upphandlande enheter förefaller emellanåt vara sparsamt bemannad.

Beträffande möjligheten att ställa krav på certifiering vid upphandling av revisionstjänster instämmer NOU i utredningens uppfattning att motsvarande resonemang som förs på upphandlingsområdet beträffande miljömärkning kan tillämpas, vilket innebär att kraven måste vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och LOU.

NOU kan inte uttala sig om huruvida de kriterier som ingår i SKYREV:s certifiering av sakkunniga biträden generellt kan användas som krav på leverantören. I syfte att tydligt ange vilka kompetens- och erfarenhetskrav en upphandlande enhet efterfrågar i en upphandling kan det vara lämpligt att använda SKYREV:s kriterier som utgångspunkt. En grundläggande aspekt vid uppställande av krav på kompetens m.m. vid en offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering och proportionalitet. Kraven får inte ställas högre än vad som är motiverat utifrån behovet hos den upphandlande enheten inför den aktuella upphandlingen. Vidare är det inte tillåtet att direkt eller indirekt diskriminera en tänkbar leverantör.

Camilla Graf Morin

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 februari 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson 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. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

**För kännedom**

Konkurrensverket, 103 85 STOCKHOLM  
Sveriges Kommuner och Landsting, 118 82 STOCKHOLM  
Svenskt Näringsliv, 114 82 STOCKHOLM

Kristian Pedersen

DATUM  
2005-02-17  
ERT DATUM  
2004-11-29

DIARIENR  
2004/0267-22  
ER BETECKNING  
N/2004/8643/TP

1 (1)

Näringsdepartementet  
Enheten för transportpolitik  
103 33 STOCKHOLM

## **Remissyttrande över SOU 2004:102 Ekonomisk brottslighet inom taxinäringen**

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 inga synpunkter på förslagen i rubricerade betänkande.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 februari 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, 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.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Camilla Graf Morin

DATUM  
2005-02-17  
ERT DATUM  
2004-11-10

DIARIENR  
2004/0259-22  
ER BETECKNING  
Fi2004/4803

1 (5)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Tillsynsutredningens slutbetänkande: Tillsyn. Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn (SOU 2004:100)**

Nämndens för offentlig upphandling (NOU) yttrande koncentreras till de förslag som läggs fram avseende en allmän tillsynslag.

### ***Sammanfattning av NOU:s inställning till förslagen***

Den föreslagna tillsynslagen förefaller inte medföra några uppenbara fördelar för nämndens tillsynsverksamhet. Detta kan vara ett utslag av att nämndens verksamhet är svår att jämföra med annan tillsynsverksamhet. Strävan efter enhetliga begrepp och definitioner för statlig tillsyn är vällovlig, men det förefaller som de skilda tillsynsmyndigheterna har så olika förutsättningar att det är svårt att hitta en gemensam begreppsflora som är tydlig och enkel att använda.

I den föreslagna tillsynslagen finns en gemensam katalog med ingripandemöjligheter ”som i princip alla tillsynsorgan bör kunna få möjlighet att använda vid sin tillsyn”. NOU konstaterar att de ingripanden som föreslås, förutom möjligen ”anmärkning”, inte passar särskilt väl på tillsynen över den offentliga upphandlingen.

### **Utgångspunkter för yttrandet**

NOU vill inledningsvis hänvisa till sitt yttrande (2002/0066-22) över Tillsynsutredningens delbetänkande: Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag (SOU 2002:14) där en presentation lämnats av NOU och en redogörelse görs för de erfarenheter som myndigheten har gjort under sina verksamhetsår.

NOU vill lägga till några förutsättningar som är utmärkande för nämndens tillsynsverksamhet och som försvårar NOU:s strävan att bedriva en effektiv tillsynsverksamhet. Dessa förutsättningar är:

Camilla Graf Morin

*Myndighetens storlek i kombination med ett stort och heterogent tillsynsområde*

NOU har tillsyn över hela den offentliga upphandlingen som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Det innebär att tillsynen innefattar alla statliga myndigheter, alla kommuner, alla landsting, de flesta kommunala och landstingsägda bolag, vissa statliga bolag samt vissa privata företag verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna. Det är inte enbart så att antalet organisationer, s.k. upphandlande enheter, är mycket stort, utan deras verksamhet bedrivs under skilda förutsättningar och styrs av olika lagstiftningar. Enligt beräkningar kan antalet upphandlande enheter uppgå till ca 10 000 stycken. Eftersom det inte finns någon förteckning över de organisationer som NOU skall utöva tillsyn över, har NOU hittills sett det som angeläget att i tillsynsprojekt klargöra vilka organisationer som omfattas av upphandlingslagstiftningen och därmed även av NOU:s tillsyn<sup>1</sup>.

Viss upphandlingsverksamhet är dessutom ofta starkt decentraliserad vilket innebär att upphandling genomförs på ett stort antal ställen inom en och samma upphandlande enhet, vilket i sin tur gör tillsynsområdet än mer spritt.

Eftersom tillsynsmetoden måste anpassas till aktuella förutsättningar för varje insats innebär det vida och heterogena arbetsfältet att ett omfattande antal varianter av tillsynsmetodik kan behöva användas.

*Upphandlingslagstiftningens komplexitet*

Det synes som om många typer av tillsynsverksamhet går ut på att mäta eller prova att en viss vara eller installation uppfyller vissa specifika krav. En sådan tillsyn kan beskrivas och bedrivs enligt förhållandevis lätt uppställda villkor. Utfallet torde i dessa fall kunna utmynna i ett mätbart svar som kan överföras till ett godkänt eller icke godkänt.

NOU:s tillsyn däremot kan inte lätt beskrivas utan en granskning ser olika ut från gång till gång. Upphandlingslagstiftningen är komplex och tämligen detaljerad men öppnar ändå för en mängd olika tolkningar. Olika uppfattningar om vad som är i tillåtet enligt LOU förekommer ofta och att utarbeta generella tillsynsmetoder som normalt skulle kunna användas vid granskning av upphandlande enheter låter sig knappast göras.

---

<sup>1</sup> Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag (dnr 1998/0248-29), Statliga bolags tillämpning av LOU (dnr 1999/0234-28), Regeringsuppdrag (1998-06-17) om statliga bolags tillämpning av LOU (dnr 1998/0172-28).

Camilla Graf Morin

EG-domstolen kan komma fram till utslag som innebär att de svenska bestämmelserna är felaktiga eller har genomfört EG:s upphandlingsdirektiv felaktigt.

#### *Bristen på sanktioner*

När olika uppfattningar råder om hur LOU skall tolkas så har bristen på effektiva sanktioner för NOU försvårat en effektiv tillsyn. NOU har vid olika tolkningar, t.ex. i kartläggningen av vilka organisationer som omfattas av LOU (Se not 1), inte kunnat uppnå ett resultat med granskningen i de fall den granskade organisationen inte själv blivit eller velat bli övertygad om NOU:s uppfattning att LOU gäller för deras upphandling.

NOU har i skrivelser till regeringen påpekat vikten av att kunna fastställa eller genom någon annan få fastställt vilka som omfattas av regelverket.

### **Nedan lämnas kommentarer till utredningens förslag**

#### *Förslag till tillsynslag*

Den föreslagna tillsynslagen förefaller inte medföra några uppenbara fördelar för nämndens tillsynsverksamhet. Detta kan vara ett utslag av att nämndens verksamhet är svår att jämföra med annan tillsynsverksamhet. Strävan efter enhetliga begrepp och definitioner för statlig tillsyn är vällovlig, men det förefaller som de skilda tillsynsmyndigheterna har så olika förutsättningar att det är svårt att hitta en gemensam begreppsflora som är tydlig och enkel att använda.

#### *Förslag till definition av begreppet tillsyn*

Utredningen föreslår i sin definition av begreppet tillsyn att verksamheten förutom granskning också kan omfatta beslut om åtgärder som syftar till att vid behov åstadkomma *rättelse* av den objektansvarige. NOU:s tillsynsverksamhet avseende enskilda upphandlingsärenden kan i princip aldrig syfta till att en upptäckt överträdelse skall repareras. Om NOU vid en tillsynsinsats upptäcker en överträdelse av LOU har upphandlingen i de allra flesta fall avslutats med ett civilrättsligt bindande avtal. NOU kan, så länge nuvarande sanktionsmöjligheter råder som begränsar sig till leverantörer, i dessa fall endast konstatera att en överträdelse skett och att rutiner bör utarbetas så att ett sådant fel inte upprepas.

En granskning av upphandlande enheters interna riktlinjer, upphandlingspolicies och andra styrande generella dokument kan medföra att de rättas

Camilla Graf Morin

eller ändras efter att eventuella felaktigheter har iakttagits vid granskningsinsatsen. NOU:s påpekanden begränsas emellertid av den kommunala självstyrelsen.

Utredningen tar fasta på att tillsyn består av två moment, nämligen granskning och ingripande. Granskning innebär att ett tillsynsorgan övervakar tillsynsobjekt inom sitt tillsynsområde genom *återkommande inspektioner* hos objektet eller i andra former, t.ex. genom granskning av ingivna handlingar.

NOU:s storlek och anslag medger inte en tillsynsverksamhet där upphandlande enheter upplever ett realistiskt hot att tillsynsmyndigheten skall anmäla sig och genomföra en granskning. Att återkomma till en upphandlande enhet efter en granskning uppfattas sannolikt och med viss rätt som tämligen uteslutet, i vart fall om en viss spridning eftersträvas bland vilka upphandlande enheter som ska bli föremål för en tillsynsinsats. I klagomålsärenden från leverantörer som NOU handlägger och där en överträdelse av LOU har förekommit, återkommer NOU normalt till den upphandlande enheten efter en viss tid för att enheten skall redovisa de åtgärder som har vidtagits på grundval av granskningen.

#### *Förslag till ingripandemöjligheter*

I den föreslagna tillsynslagen finns en gemensam katalog med ingripandemöjligheter ”som i princip alla tillsynsorgan bör kunna få möjlighet att använda vid sin tillsyn”. NOU konstaterar att de ingripanden som föreslås, förutom möjligen ”anmärkning”, inte passar särskilt väl på tillsynen över den offentliga upphandlingen. Anledningen till att de andra inte passar är beträffande ”åtgärdsföreläggande” och ”rättelse” att syftet med dem är att åstadkomma rättelse vid avvikelser från vad som gäller för den tillsynspliktiga verksamheten. Om ett civilrättsligt bindande avtal ingåtts efter en konstaterad otillåten direktupphandling kan inte tillsynsmyndigheten, ej heller en domstol eller en konkurrent till den leverantör som erhållit kontraktet ålägga den upphandlande enheten att bryta kontraktet och genomföra en ny upphandling i enlighet med lagstiftningen.

Ingripandet ”återkallelse” lämpar sig inte heller för NOU:s verksamhet. Återkallelse föreslås kunna ske av tillstånd eller liknande för en tillståndspliktig verksamhet vid ett allvarligt åsidosättande av vad som gäller för den tillståndspliktiga verksamheten. Det är inte heller aktuellt för NOU att tillgripa ingripandet ”förbud” att fortsätta en tillståndspliktig verksamhet.

I förslaget anges att ”anmärkning” skall kunna bli aktuellt vid mindre allvarliga överträdelser och NOU konstaterar härvidlag att om övriga



Camilla Graf Morin

föreslagna ingripanden inte passar in på NOU:s verksamhet krävs något annat och stängare ingripande för allvarliga överträdelser.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 februari 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson 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. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Andrea Sundstrand  
08-454 44 50

DATUM  
2005-01-21  
ERT DATUM  
2004-10-01

DIARIENR  
2004/0213-22  
ER BETECKNING  
Fi2004/4361

1 (4)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Statskontorets rapport 2004:24 – Bättre konkurrens med kommunala bussbolag? En utvärdering av försökslagen inom busslinjetrafiken**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse daterad den 1 oktober 2004 av Finansdepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerad rapport. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i rapporten som berör lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

NOU, som inte har tillsyn över konkurrensen på den svenska marknaden, yttrar sig inte över huruvida den rubricerade försökslagen bör permanentas, utvidgas eller avskaffas.

För det fall lagen skulle permanentas, vill dock NOU uppmärksamma regeringen på att det är av stor vikt att de bolag som är verksamma på de aktuella marknaderna tillåts tävla på lika villkor. Av Statskontorets rapport framgår att det inte är möjligt att konstatera att så skett vad avser de bolag som tillämpat försökslagen.

NOU anser att de åtgärder Statskontoret föreslår vad gäller redovisning och uppföljning i det fall lagen förlängs eller permanentas är en nödvändig förutsättning för att säkerställa att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids då offentlighetsliga organ lämnar anbud i ett förfarande för offentlig upphandling.

#### **Omfattningen av LOU**

LOU och de bakomliggande direktiven syftar inte till att öka konkurrensen mellan aktörer på den ekonomiska marknaden i sig. Sådana hänsyn omfattas av reglerna i konkurrenslagen (1993:20), över vilken Konkurrensverket har tillsyn. I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandlande enheter vid offentlig upphandling skall utnyttja *befintlig* konkurrens, men alltså inte verka för en ökad sådan. Det arbetet faller istället på Konkurrensverket.

Andrea Sundstrand

I Statskontorets rapport anges inte att undantaget i försökslagen för kommunala bussbolag från självkostnadsprincipen och lokaliseringsprincipen i kommunallagen (1991:900) innebär att trafikhuvudmännen vid upphandling av olika typer av busstransporter skall göra något avsteg från LOU. Då kommunalägda bolags möjligheter att konkurrera med privata bolag på en annan marknad än sin egen inte i sig påverkar tillämpningen av lagstiftningen om offentlig upphandling, har NOU från upphandlingssynpunkt inget att erinra mot att försökslagen permanentas.

### Lika villkor?

LOU och de EG-direktiv om offentlig upphandling som lagen bygger på<sup>1</sup> syftar dels till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat, dels till att undanröja risken för såväl att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som att en upphandlande enhet låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska<sup>2</sup>.

NOU vill här uppmärksamma regeringen på att det nya direktivet om offentlig upphandling för den klassiska sektorn särskilt betonar att i de fall ett offentligt organ lämnar ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling, bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids.<sup>3</sup>

Av Statskontorets rapport framgår att de fyra bussbolag som tillämpat försökslagen inte följt reglerna i lagen vad avser särredovisning av den konkurrensutsatta verksamheten. Det är därför inte möjligt vare sig för kommunerna själva eller för utomstående att kontrollera huruvida korssubventioneringar eller otillåtna statsstöd har förekommit. Detta är naturligtvis extra allvarligt när de kommunala bolagen konkurrerar med privata bolag. Bara risken för att tveksamheter kan uppstå vad gäller frågan om offentligt understödda bolag konkurrerar ut privata med stöd av olagliga ekonomiska bidrag skadar den upphandlande enhet som genomför en upphandling i form av minskat förtroende med färre anbud i upphandlingen som följd och en ökad risk för överprövning av upphandlingsförfarandet.

---

<sup>1</sup> Direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, respektive offentlig upphandling av varor, offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, på vilka LOU bygger. Dessa direktiv har den 30 april 2004 ersatts av 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 av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna.

<sup>2</sup> Se bl.a. de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini mot ANAS*, dom av den 27 november 2001, punkt 36 eller mål C-380/98 *The Queen och H.M. Treasury ex parte The University of Cambridge* (2000), REG I-8035, punkterna 16 – 17.

<sup>3</sup> P. 4 i ingressen till av 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.

Andrea Sundstrand

NOU anser att införandet av de åtgärder Statskontoret föreslår vad gäller redovisning och uppföljning i det fall lagen förlängs eller permanentas är en nödvändig förutsättning för att säkerställa att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids då offentligrättsliga organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling. Det "smörgåsbord" som Statskontoret dukar upp avseende vilka åtgärder de upphandlande enheterna kan vidta för att öka konkurrensen är tillämpligt vid all upphandling av kapitalintensiv verksamhet.

NOU vill även betona att det i EG-rätten hävdas att varje åtgärd, oavsett om den är avtalsgrundad eller ensidig, varigenom en offentlig enhet anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer, framför allt när det gäller etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget). Vad som sagts gäller bl.a. principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande<sup>4</sup>.

### **Övriga synpunkter**

#### *Dålig uppföljning*

I rapporten konstaterar Statskontoret på ett flertal ställen att uppföljningen av ingångna avtal varit bristfällig. NOU vill ta tillfället i akt och påpeka att uppföljning av ingångna avtal är av mycket stor betydelse. De upphandlande enheterna kan dra slutsatser av sitt agerande inför nästa upphandling och kontrollera att det som upphandlats verkligen är det som behövs och som åsyftats i förfrågningsunderlaget. På samma gång säkerställs att den antagne leverantören lever upp till de krav han sagt sig kunna uppfylla. Särskilt allvarligt är om en upphandlande enhet inte upptäcker eller åtgärdar de fall när en anbudsgivare sagt sig kunna uppfylla vissa långtgående krav, vilka det senare visar sig att han i praktiken inte uppfyller. Sådana långtgående krav kan ha inneburit att andra anbudsgivare förlorat upphandlingsförfarandet eller helt avstått från att lämna anbud. Det är inte heller avsikten att en myndighet skall betala för bättre kvalitet än den som levereras eller nöja sig med sämre prestationer än de som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och avtalats i kontraktet.

#### *Oproportionella krav*

På några ställen i rapporten framkommer att vissa trafikhuvudmän ställer mycket långtgående krav på t.ex. färg och utrustning på de bussar som ska användas i trafiken. På ett annat ställe anges att trafikhuvudmännen reglerar hur vinsten för anbudsgivaren ska fördelas. Statskontoret påpekar att detta är ett problem för de mindre anbudsgivarna.

---

<sup>4</sup> Se Europeiska kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, sid. 5.

Andrea Sundstrand

Varje krav i en offentlig upphandling har ett pris och innebär en extra kostnad för kommuninnevånarna. Mest allvarligt är ändå att de upphandlande enheterna genom att ställa alltför långtgående krav försvarar för små och medelstora bolag att lämna anbud. Sådana krav kan även innebära att de upphandlande enheterna bryter mot proportionalitetsprincipen.

#### *Kompetensen hos de upphandlande enheterna*

Statskontoret påpekar vikten av hög kompetens hos de upphandlande enheterna. NOU delar Statskontorets syn. Utbildning i regelverket för de personer som genomför offentliga upphandlingar är viktig. Samtidigt, vilket framgår av rapporten, är det också betydelsefullt att dessa personer känner till och förstår den marknad på vilken upphandlingarna sker. Det i rapporten redovisade ökade informationsutbudet och gemensamma dialogen mellan parterna ser NOU som en bra utveckling av den offentliga upphandlingen, så länge detta sker inom ramen för tillåten teknisk dialog, före det att en upphandling påbörjats samt att dialogen sker på objektiva grunder utan att någon av leverantörerna ges otillbörliga fördelar.

I det nya direktivet för den klassiska sektorn återfinns en ny upphandlingsform, konkurrenspräglad dialog, vilken möjliggör en diskussion mellan parterna även efter det att upphandlingen påbörjats, men inte efter det att anbuden lämnats in. Denna nya upphandlingsform, vilken förväntas införas i LOU, kan vara till hjälp för att förtydliga den upphandlande enhetens behov och anbudsgivarens möjligheter att uppfylla dessa, till nytta för bägge parter.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 januari 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, 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 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

Camilla Graf Morin

DATUM  
2004-12-15  
ERT DATUM  
2004-11-28

DIARIENR  
2004/0249-29  
ER BETECKNING  
Fi2004/4841

1 (7)

Gunilla Hulting  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## EG-kommissionens grönbok om försvarsupphandling

### Sammanfattning

NOU förordar en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag från bestämmelserna kan göras och motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär. En undantagsbestämmelse skall tolkas restriktivt vare sig den grundar sig på EG:s upphandlingsdirektiv eller bygger på den svenska nationella rätten.

NOU anser att det kan vara lämpligt att förtydliga den nu gällande lagstiftningen med ett tolkningsmeddelande, främst på grund av grönbokens uppgifter om den starka knytningen till leverantörer i det land där upphandlingen äger rum. NOU anser att särregleringar inom området i form av ett separat direktiv, ytterligare förfaranden eller särskilda urvalskriterier inte skall införas med mindre än att berörda parter kan se stora fördelar med detta. Upphandlingslagstiftningen är redan i dagsläget omfattande och komplex.

Fungerande rättsmedel bör vara tillgängliga för en leverantör som anser sig vara förfördelad beträffande ett beslut om att ett undantag är tillämpligt. Det är viktigt att det finns möjlighet att pröva skälen till beslut om undantag för en viss upphandling, från de annars gällande bestämmelserna. En metod att få viss information om hur många upphandlingar som undantas upphandlingsbestämmelserna och till vilka värden som dessa uppgår till, är att upphandlande enheter som beviljats undantag åläggs att i efterhand uppge viss information om dessa upphandlingar.

Huruvida bruket av kompensation (s.k. motköp) vid anskaffning av försvarsutrustning är förenligt med upphandlingsbestämmelserna och under vilka förutsättningar bör klargöras.

Camilla Graf Morin

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har av Finansdepartementet anmodats yttra sig över rubricerad grönbok.

Vissa av de ställda frågorna synes kräva sådan praktisk upphandlingserfarenhet på området att NOU valt att avstå från att besvara dem. Det kan vidare konstateras att vissa frågor lättare skulle kunna besvaras med kännedom om den totala omfattningen av beslutade undantag i Sverige, men NOU som inte automatiskt fått del av de beslut om undantag som fattats av regeringen har inte sådan överblick.

För att underlätta orienteringen i NOU:s yttrande återges nedan EG-kommissionens frågor. Dessa har markerats med kursiverad text.

### **NOU:s yttrande**

Inledningsvis vill NOU framföra att öppenhet i den svenska lagstiftningen beträffande försvarsupphandlingar skulle ge utomeuropeiska leverantörer samma möjlighet att delta i en upphandling och på samma villkor som nationella och europeiska leverantörer. Samma rättsmedel står också till buds för alla leverantörer, oavsett nationalitet.

*1. Är det lämpligt/nödvändigt/tillräckligt att förtydliga den rättsliga ramen på det sätt som beskrivs ovan?*

NOU anser att det kan vara lämpligt att förtydliga den nu gällande lagstiftningen med ett tolkningsmeddelande, främst på grund av grönbokens uppgifter om den starka knytningen till leverantörer i det land där upphandlingen äger rum, även om ett sådant meddelande inte är rättsligt bindande i sig, utan endast de principer och bestämmelser som förklaras i meddelandet är det.

Tilldelning av kontrakt sker enligt grönboken vid europeiska försvarsupphandlingar i mycket stor utsträckning till företag i det land där den upphandlande enheten befinner sig. NOU kan inte uttala sig om möjligheten som finns på försvarsområdet att undanta vissa upphandlingar överutnyttjas, eller om det är så att dessa upphandlingar på ett korrekt sätt har undantagits den utländska marknaden just på grund av sin speciella karaktär.

Upphandling inom försvarsområdet utmärks av vissa särdrag, som gör det angeläget att vissa upphandlingar kan ske utan den öppenhet som annars anses vara så väsentlig vid offentlig upphandling. Föreligger inte särskilda omständigheter för att undvika den gängse öppenheten, är det viktigt att upphandlingsbestämmelserna följs med bland annat annonsering och konkurrensutnyttjande. Samma skäl som åberopas för att all upphandling normalt skall annonseras och ske i enlighet med de grundläggande

Camilla Graf Morin

upphandlingsprinciperna, kan åberopas för den försvarsupphandling som inte utmärks av de särdrag som gör det angeläget att särbehandla dessa.

Det är viktigt att det finns möjlighet att pröva skälen till beslut om undantag för en viss upphandling, från de annars gällande bestämmelserna. Olika uppfattningar kan t.ex. förekomma beträffande innebörden av rekvisitet i 1 kap. 3 § 2 stycket 1 punkten LOU att upphandlingen ”omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar men hänsyn till rikets säkerhet”. Det kan även vara oklart om en upphandling av varor som upptas i förteckningen över krigsmateriel skall användas även för civilt ändamål och således upphandlas enligt 2 kap. LOU om värdet överstiger tröskelvärdet.

Fungerande rättsmedel bör vara tillgängliga för en leverantör som anser sig vara förfördelad beträffande ett beslut om att ett undantag är tillämpligt. Av naturliga skäl kan det vara svårt på försvarsområdet för utomstående att följa tillämpningen av bestämmelsen som berättigar till undantag. Finns inte möjlighet till insyn och kontroll är det svårt att bedöma om ett undantag utnyttjas i överkant. Beträffande upphandlingsdirektiven gäller enligt EG-domstolen att den som åberopar en undantagsregel har bevisbörda för att förutsättningar för att tillämpa undantaget är för handen.

Det är också viktigt att kunna följa tillämpningen av bestämmelserna genom att, åtminstone i efterhand, få en uppfattning om till vilka belopp den undantagna upphandlingen uppgår till. En metod att få viss information om hur många upphandlingar som undantas upphandlingsbestämmelserna och till vilka värden som dessa uppgår till, är att upphandlande enheter som beviljats undantag åläggs att i efterhand uppge viss information om dessa upphandlingar. Jämför den statistiska rapport som medlemsstaterna varje år skall redovisa till kommissionen för att bedöma resultatet av tillämpningen av upphandlingsdirektiven. En likadan ordning fanns inskriven i GATT-ÖS.

I Sverige tillämpas 6 kap. LOU oavsett värde på kontraktet när förutsättningar finns för undantaget för försvarsupphandlingar. Regeringen kan sedan besluta om ytterligare undantag antingen i ett enskilt fall eller delegera beslut om undantag till myndigheten själv (Se skrivelse från Regeringskansliet, Finansdepartementet 2004-01-26 beträffande Försvarsupphandling – Kommissionens arbetsdokument CC/2003/33).

I ett fall har regeringen i en förordning bemyndigat en myndighet, Försvarets materielverk (FMV), att besluta om undantag för egen del. Bemyndigandet återfinns i förordning (2001:870) om försvarsupphandling. I förordningens 4 § anges att FMV skall redovisa de undantag från LOU som myndigheten har beslutat om med stöd av förordningen. I årsredovisningen anges för varje år det totala antalet undantagna upphandlingar och den totala summan för dessa. Informationen indikerar endast på mycket grov nivå



Camilla Graf Morin

tillämpningen av undantaget. Däremot har en leverantör knappast någon nytta av uppgiften, eftersom upphandlingarna inte är knutna till något område eller typ av utrustning.

*2. Finns det andra delar av gemenskapssystemet på det här området som skulle behöva klarläggas?*

Alla grundläggande definitioner och avgörande frågor bör förklaras så tydligt som möjligt, för att underlätta för bland annat berörda upphandlande enheter. Frågor som avses här är t.ex. vad som avses med "väsentliga säkerhetsintressen" i artikel 296 i EU-fördraget och vad som avses med krigsmateriel. Vidare kan ett förtydligande av vilka upphandlande enheter (upphandlande myndigheter på försvarsområdet) som kan åberopa ett undantag underlätta tillämpningen av bestämmelserna.

Huruvida bruket av kompensation (s.k. motköp) vid anskaffning av försvarsutrustning är förenligt med upphandlingsbestämmelserna och under vilka förutsättningar bör klargöras, se nedan fråga 11.

Den förteckning av försvarsmateriel från 1958 som artikel 296 i EU-fördraget hänvisar till bör, så länge den tillämpas, hållas uppdaterad.

Den kontroll som anses föreligga enligt rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) beträffande undantagen försvarsupphandling bör utvecklas. Behovet av insyn genom den årliga statistikinsamlingen kan även övervägas.

*3. Är bestämmelserna i de befintliga direktiven lämpliga eller olämpliga med hänsyn till försvarsupphandlingarnas särdrag? Precisera varför?*

NOU förordar en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag från bestämmelserna kan göras och motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär.

I Sverige gäller i dagsläget att om en upphandling är undantagen från de bestämmelser som införlivar EG:s upphandlingsdirektiv, på grund av att upphandlingen omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller avser upphandling av försvarsprodukter eller -tjänster som inte har civil användning, skall den nationella regleringen i 6 kap. LOU tillämpas oavsett upphandlingens värde. I 6 kap. 17 § LOU regleras sedan ytterligare undantag beträffande sådana upphandlingar från t.ex. kravet på annonsering.

Camilla Graf Morin

*4. Är ett specifikt direktiv lämpligt/nödvändigt för att upprätta en europeisk försvarsmaterielsmarknad och stärka den industriella och tekniska basen för EU:s försvar?*

Som ovan framförts förordar NOU en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag kan motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär.

Utifrån NOU:s utgångspunkt finns det endast skäl att överväga särskilda bestämmelser på försvarsområdet som är anpassade till denna sektors särdrag, om det framstår som klarlagt att den nuvarande regleringen överutnyttjas och ett nytt anpassat direktiv framstår som en möjlig väg att komma tillrätta med dessa överträdelser. NOU anser att den minst ingripande lösningen förordas i första hand. Ett separat direktiv för försvarsupphandling skulle ytterligare tynga upphandlingsområdet, vars lagstiftning redan är komplex och omfattande.

*5. Vad anser ni om att tillämpa ett sådant direktiv på anskaffningar som görs av andra organ, som t.ex. Europeiska försvarsbyrån?*

Samma regler bör gälla för Europeiska kommissionen och dess olika organ som för samtliga medlemsstater. Det är angeläget att inte bara att samma regler gäller, utan också att reglerna tillämpas så lika som möjligt av kommissionen och i de olika medlemsstaterna. Det kan vara svårt att upprätthålla en korrekt tillämpning av bestämmelserna i en medlemsstat, om vetskap finns att avvikelser sker i andra medlemsstater.

*6. Förfaranden: Är ett förhandlat förfarande efter publicering lämpligt med hänsyn till försvarsupphandlingarnas särdrag? I vilka situationer bör man kunna tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående publicering?*

NOU kan inte uttala sig om vilka olika argument på försvarsområdet som kan motivera undantag från bestämmelserna. Här kan konstateras att intresset av och fördelarna med att offentliggöra en förestående upphandling i Europeiska unionens tidning (EUT) får vägas mot de skäl som kan åberopas av en medlemsstat för ett undantag t.ex. på grund av sekretess. Vilken ekonomisk fördel som kan förväntas genom att den upphandlande enheten uppsöker konkurrens beror på hur marknaden ser ut för den aktuella typen av vara eller tjänst.

Camilla Graf Morin

*7. Tillämpningsområde: Hur kan man bäst definiera tillämpningsområdet? Ska det vara en allmän definition, och hur ska den i så fall se ut? En ny förteckning, och vad ska den i så fall innehålla? En kombination av en definition och en förteckning?*

Strävan bör vara att tillämpningsområdet anges så tydligt som möjligt, så att det i princip inte råder någon oklarhet om vilka upphandlande enheter som omfattas och vilka typer av kontrakt som avses. Skall förteckningen från 1958 användas eller någon annan förteckning skall den uppdateras med jämna mellanrum, så att innehållet är aktuellt.

Antingen tillämpas bestämmelserna motsvarande EG:s upphandlingsdirektiv eller så är undantaget tillämpligt, varvid det nationella 6 kap. LOU blir tillämpligt i Sverige.

*8. Undantag: Är det lämpligt/nödvändigt att definiera en varukategori som uttryckligen undantas från direktivet?*

Se svaret närmast ovan.

*9. Offentliggörande: Är det lämpligt att ha ett centraliserat system för offentliggöranden? Om ja, hur ska det se ut?*

NOU kan se stora fördelar men också vissa nackdelar med att utarbeta ett centraliserat system på EU-nivå i form av en bulletin för offentliggöranden. Frågan bör besvaras av mer direkt berörda parter.

En öppenhet genom annonsering bör så långt som möjligt ske enligt samma förutsättningar i alla medlemsstater.

*10. Urvalskriterier: Utöver de kriterier som redan föreskrivs i direktiven om upphandling, vilka ytterligare kriterier bör tas med för att beakta försvarrets särskilda ställning? Sekretess, tryggad försörjning etc...? Hur ska de definieras?*

Enligt NOU:s uppfattning bör det inte införas ytterligare urvalskriterier med mindre än att berörda parter kan peka på stora fördelar med detta. NOU åberopar här samma skäl som tidigare uppgivits mot ett separat direktiv på området; att lagstiftningen på upphandlingsområdet redan är komplex och omfattande.

*11. Hur bör sedvanan med att begära kompensationer hanteras?*

NOU ifrågasätter sedvanan med kompensationer men saknar praktisk erfarenhet. NOU anser att det bör framgå av ett tolkningsmeddelande vad som gäller för en sådan kompensation. Ett beslut av en upphandlande enhet

Camilla Graf Morin

som innebär ett löfte om att köpa en viss utrustning eller vissa varor skall normalt föregås av en upphandling. Förekommer ett erbjudande om ett motköp av en upphandlande enhet skall det således likställas med en vanlig upphandling. Skall vissa anskaffningar behandlas annorlunda skall detta framgå av lagstiftningen.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 december 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnsson, sektionschefen Hans Ekman och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze 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

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

### **Departementspromemorian "Byggentreprenadavdrag samt omvänd skattskyldighet (moms)" (Ds 2004:43)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anser att det är viktigt att det vidtas åtgärder som främjar konkurrens och motverkar konkurrensbegränsande beteende, användandet av svart arbetskraft och anbudskarteller inom bygg- och anläggningssektorn. NOU tillstyrker i huvudsak promemorians förslag.

NOU förutsätter att systemet kan göras smidigt att administrera för de upphandlande enheterna. Det är vidare angeläget att hanteringen är så snabb och rättssäker att den inte på ett negativt sätt påverkar företagens möjligheter att lämna anbud och i rimlig tid erhålla full betalning för utfört arbete.

NOU föreslår också att definitionen av "byggverksamhet" samordnas med definitionen av byggentreprenad i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Den kommande lagstiftningen på upphandlingsområdet kommer sannolikt att innebära att det införs möjligheter att göra anskaffningar genom inköpscentraler. Flera mindre byggentreprenader kan vidare bygga på avrop från ett ramavtal. Den som tilldelar kontraktet och den som utbetalar ersättningen behöver i sådana fall inte vara samma juridiska person. Det är viktigt att definitionerna i den nya lagen inte leder till några tveksamheter om vem som är "den uppdragsgivare som betalar ut ersättning för utförande av uppdrag".

Michael Slavicek

## Bakgrund och överväganden

Byggkommissionen (SOU 2002:115) lämnade flera olika förslag till förändringar av bygg- och anläggningsbranschen för att öka konkurrensen, minska kostnaderna och höja kvaliteten och kompetensen.

NOU har i ett remissyttrande, beslutat vid nämndsammanträde den 23 april 2003 (NOU:s dnr 2003/0016-22), delat Byggkommissionens uppfattning att det är viktigt att åtgärder vidtas mot ekonomisk brottslighet och anbudskarteller inom byggsektorn.

I Ds 2004:43 behandlas två av Byggkommissionens många förslag, nämligen förslaget om ett s.k. entreprenadavdragssystem och förslaget om omvänd skattskyldighet för mervärdesskatt. Promemorian föreslår att ett entreprenadavdragssystem införs för att förhindra användandet av svart arbetskraft i byggsektorn. Vidare föreslås att uppdragsgivaren ska vara skyldig att betala in moms, s.k. omvänd skattskyldighet, för att förhindra undandragandet av mervärdesskatt inom byggsektorn. Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2006.

Den föreslagna ordningen kommer att medföra ytterligare administrativa belastningar och därmed ökade kostnader för upphandlande enheter. Flera av dessa är små myndigheter och organisationer och inte har egen kompetens för angivna uppgifter. NOU förutsätter därför att systemet kan göras smidigt att administrera för de upphandlande enheterna. Det är vidare angeläget att hanteringen är så snabb och rättssäker att den inte på ett negativt sätt påverkar företagens möjligheter att lämna anbud och i rimlig tid erhålla full betalning för utfört arbete. Annars kan likviditetsproblem skapas hos företagen, i synnerhet de mindre. Eventuell osäkerhet och längre handläggningstider leder sannolikt till en prishöjning av byggentreprenader.

NOU vill vidare peka på det som redan berörts av Nacka tingsrätt, att termen ”bygg- eller anläggningsarbete”, i nuvarande förslag ”byggverksamhet”, måste definieras noggrant och bör framgå av lagen och inte av förarbetena. Vid offentlig upphandling är det en klar fördel om definitionen så nära som möjligt anknyter till den som finns i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Om lagens regler för byggentreprenadsupphandling blir tillämpliga skall den upphandlande enheten också göra byggentreprenadavdrag. Den statliga utredning, Upphandlingsutredningen 2004, som ser över lagstiftningen kommer sannolikt att förslå en definition av begreppet byggentreprenad som exakt anknyter till den som finns i EG-direktiv 2004/17 EG och 2004/18 EG. På så sätt kan man uppnå att definitionen blir enhetlig och gemensam för alla medlemsstater.

Michael Slavicek

Den kommande lagstiftningen på upphandlingsområdet kommer sannolikt att även införa möjligheten att göra anskaffningar genom inköpscentraler. Flera mindre byggtreprenader kan vidare bygga på avrop från ett ramavtal.

En inköpscentral skall enligt definitionen i artikel 1 och betänkandesatserna vara en upphandlande myndighet som fått till uppgift att göra anskaffningar eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för upphandlande enheter. Dessa bestämmelser måste, om de införs i svensk lagstiftning, stå i överensstämmelse med definitionerna i den föreslagna lagen om byggtreprenadavdrag. Den som tilldelar kontraktet och den som utbetalar ersättningen kan vid upphandling genom en inköpscentral eller vid avrop från ett ramavtal vara olika juridiska personer. De definitioner som nu förslås i 3 och 7 §§ lagen om byggtreprenader synes förutsätta att ”*uppdragsgivare*: den som ger någon uppdrag som omfattar byggverksamhet i Sverige eller ett uppdrag att hyra ut arbetskraft för sådan verksamhet” och ”*uppdragsgivare* som betalar ut ersättning för utförande av uppdrag” alltid är samma juridiska person. Definitionerna bör därför utformas på ett sådant sätt att det inte uppstår några tveksamheter om vem som avses i lagens bestämmelser.

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, 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 efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag med de ändringar som beslutats vid nämndmötet.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande över promemorian Ändringar i Arbetsgivarverkets instruktion (Ds 2004:33)**

### **Medlemmar i arbetsgivar Kollegiet**

Den som förordnas av regeringen som chef för myndighet som lyder omedelbart under regeringen föreslås i promemorian att utan särskilt förordnande vara ledamot i arbetsgivar Kollegiet. Övriga ledamöter i arbetsgivar Kollegiet, i promemorian nämns endast chefer för icke-obligatoriska medlemmar samt generaldirektörerna för Arbetsgivarverket och Verket för Högskoleservice som inte tillsätts av regeringen, föreslås förordnas av regeringen. Några kommentarer till hur myndigheter som Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som lyder omedelbart under regeringen, skall hanteras i detta sammanhang har inte lämnats. Chef för NOU är dess nämnd vars ledamöter utsetts av regeringen. NOU förutsätter att NOU:s nämnd kommer att ha möjlighet att utse en företrädare för NOU i arbetsgivar Kollegiet. Huruvida denne skall särskilt förordnas av regeringen bör framgå av den föreslagna förordningen om ändring av förordningen (1994:272) med instruktion för Arbetsgivarverket eller på annat lämpligt sätt.

### **Röstviktning**

På vilket sätt den föreslagna röstviktningen kommer att ändra förutsättningarna för olika typer av myndigheter att göra sin röst hörd är svårt att överblicka och därmed också svårt att kommentera.

### **Beslutförhet**

Mot bakgrund av hur svårt det varit att åstadkomma beslutförhet hittills krävs förmodligen krafttag för att åstadkomma ett ökat engagemang och bättre personlig närvaro. Eftersom regeringen föreslås förordna



styrelseledamöterna är väl risken snarare att engagemanget minskar och närvaron med den. Ett problem med det föreslagna kompletterande skriftliga förfarandet är att förändringar av framlagda förslag vid mötet knappast kan hanteras. Detta kan i sin tur minska engagemanget att närvara personligen.

### **Styrelse**

Motiven till att regeringen, i stället för som hittills arbetsgivarkollegiet, skall förordna styrelseledamöter förefaller något oklara. NOU avstyrker förslaget i denna del och anser att nuvarande ordning bör fortsätta att gälla.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 oktober 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed och verkställande direktören Merit Israelsson. Beslutet fattades i närvaro av chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av kanslichefen Margareta Hentze. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Kristian Pedersen

**REMISSVAR**

DATUM  
2004-10-21  
TJÄNSTEANTECKNING

DIARIENR  
2004/0170-22

1 (8)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling

### Sammanfattning

NOU:s grundläggande inställning är att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. Mot bakgrund av att det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av de samhälls-ekonomiska konsekvenserna av samordnad upphandling, anser NOU dock att effekterna av den i promemorian föreslagna lagen, bör utvärderas fyra till fem år efter ikraftträdandet.

NOU tillstyrker promemorians förslag att möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten begränsas till andra upphandlande enheter, eftersom detta skulle vara en ordning som överensstämmer med de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om inköpscentraler.

NOU anser, till skillnad från vad som anförs i promemorian, att det som är avgörande för vilken upphandlande enhet som vid samordnad upphandling är rätt part i mål om överprövning och skadestånd enligt 7 kap. LOU, inte är vilken enhet som fattar tilldelningsbeslutet utan vilken enhet som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt.

NOU har även funnit det angeläget att göra vissa påpekanden rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag, bl.a. att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som, att döma av promemorian i övrigt, avsetts.

NOU anser det vidare angeläget att det uppmärksammas dels vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, dels hur denna uppföljning skall genomföras.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

## 1 Inledning

Departementspromemorian framstår för NOU som i huvudsak väl genomarbetad och slutsatserna i allt väsentligt välgrundade. NOU har dock funnit det angeläget att göra vissa påpekanden, särskilt rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag.

NOU har förståelse för den kommunala och landstingskommunala sektorns önskemål om att kunna ta tillvara de administrativa och ekonomiska fördelar som samordnad upphandling kan innebära. En utveckling mot ökad samordning på upphandlingsområdet synes också ligga i linje med bestämmelserna om s.k. inköpscentraler i de nya upphandlingsdirektiven.<sup>1</sup>

## 2 Konsekvenser av samordnad upphandling

NOU anser, som nämnts ovan, att samordnad upphandling kan innebära fördelar av såväl administrativ som ekonomisk karaktär. NOU:s grundläggande inställning är därför att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. En alltför långtgående samordning riskerar dock att leda till det motsatta resultatet. Som exempel på detta nämns i promemorian (avsnitt 4.1.2) att "... endast större företag kan klara de sammanslagna volymerna vilket kan medföra marknadskoncentration med svag konkurrens och oförmånliga inköpsvillkor som följd. Vidare kan skalfördelar vara svåra att åstadkomma vid samordnad upphandling av tjänster som normalt produceras lokalt. Opreciserade inköpsvolymerna kan också leda till att anbudspriserna pressas upp."

Bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU ger upphandlande enheter mycket små möjligheter att vid valet av leverantör ta hänsyn till den framtida konkurrenssituationen på den aktuella varu- eller tjänstemarknaden. NOU anser därför att sådana överväganden istället bör utgöra en naturlig del av de upphandlande enheternas utarbetande av upphandlingsstrategi, främst fastställande av eventuella behov av samordning, samt vid utformningen av de avtal som skall upphandlas. Det bör i detta sammanhang även uppmärksammas att artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn innehåller ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

---

<sup>1</sup> Direktiv 2004/17/EG och Direktiv 2004/18/EG.

I promemorian nämns som exempel bl.a. att nackdelar för konkurrensen kan motverkas "... genom att den upphandlande enheten erbjuder anbudsgivarna anläggningar av infrastrukturkaraktär, t.ex. maskiner eller annan apparatur. Konkurrensen främjas sannolikt även genom att avtalstidernas längd begränsas till i normalfallet fyra år vilket anges i de nya upphandlingsdirektiven (se avsnitt 3.2.3). Vidare kan antalet anbudsgivare ökas och mindre företags deltagande underlättas om förfrågningsunderlaget ger utrymme för att lämna anbud på delar av upphandlingen. Ett annat sätt kan vara att sprida upphandlingstillfällena över året. Om företag ges möjlighet att avsluta ett uppdrag innan ett nytt aktualiseras kan konkurrensen öka."

NOU anser att det i och för sig tungt vägande behovet av att kunna genomföra samordnad upphandling inte kan överordnas upphandlingsdirektivens grundläggande syfte, d.v.s. att åstadkomma en väl fungerande inre marknad med effektiv konkurrens. De upphandlande enheterna bör vid all upphandling agera på ett sådant sätt att konkurrensen inte förhindras, begränsas eller snedvrids. Det är viktigt att de upphandlande enheterna inte, på bekostnad av intresset av en väl fungerande marknad, fokuserar för mycket på de administrativa fördelarna med samordnad upphandling.

Samordnad upphandling kan ske i många olika former. NOU anser att det är svårt att på förhand bedöma vilka konsekvenser promemorians lagförslag kommer att få. Mot denna bakgrund och då det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av konsekvenserna av samordnad upphandling, anser NOU att en myndighet med erforderlig kompetens, vilken själv inte har några mer betydande ekonomiska intressen i frågan, bör ges det angelägna men sannolikt resurs- och kostnadskrävande uppdraget att efter fyra till fem år från ikraftträdandet utvärdera effekterna av den i promemorian föreslagna lagen.

### 3 Möjligheterna till delegation

NOU vill, liksom i tidigare yttranden<sup>2</sup>, påpeka att det nuvarande rättsläget inte medger att en upphandlande enhet, på det sätt som framgår av promemorians lagförslag, genom avtal ger uppdraget att genomföra upphandling till en annan juridisk person utan föregående upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU<sup>3</sup>. Till dess att de nya

---

<sup>2</sup> Se t.ex. NOU:s remissyttrande över SOU 2003:67, Kollektivtrafik med människan i centrum, NOU:s dnr 2003/0282-22. Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

<sup>3</sup> Se EG-domstolens domar i följande mål; C-107/98 Teckal, REG 1999, sid I-8121, p. 50, C-94/99 ARGE, REG 2000, sid. I-11037, p. 40, C-349/97 Konungariket Spanien mot EG-

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

upphandlingsdirektivens bestämmelser om inköpscentraler införlivats i svensk rätt gäller detta oberoende av om den, till vilken uppdraget ges, är en upphandlande enhet eller ej.

I promemorian anförs (avsnitt 4.2) bl.a. följande. ”Enligt de nya EG-direktivens bestämmelser är det endast en upphandlande enhet som kan utgöra en inköpscentral (se avsnitt 3.2.2). Möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten bör därför begränsas till sådana enheter. I begreppen kommuner och landsting innefattas även kommunalförbund. De kommunala företagen är däremot privaträttsliga juridiska personer och hör inte till den egentliga kommunala organisationen. Om de vill delta i samordnade upphandlingar kan de använda sig av bestämmelserna om fullmakt i avtalslagen (1915:218). Det föreligger således inget behov av att innefatta dessa företag i den föreslagna delegationslagen. Ett kommunalt företag kan däremot utgöra en samordnande enheten, dvs. under förutsättning att företaget är en upphandlande enhet.”

NOU tillstyrker promemorians förslag att möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten begränsas till andra upphandlande enheter, vilket för övrigt skulle vara en ordning som överensstämmer med de nya direktivens bestämmelser om inköpscentraler. Syftet med den valda utformningen av bestämmelserna om inköpscentraler synes ha varit att endast sådana organisationer som har eget ansvar att följa direktivens bestämmelser, och därför även omfattas av rättsmedelsdirektivens bestämmelser, utan föregående upphandling skall kunna upphandla för annans räkning, d.v.s. agera inköpscentral. För andra organisationer än upphandlande enheter synes de nya upphandlingsdirektiven inte medföra ett förändrat rättsläge.

## **4 Skadeståndsrättsliga konsekvenser av samordnad upphandling**

I promemorian anförs (avsnitt 4.2) följande angående beträffande de skadeståndsrättsliga konsekvenserna av samordnad upphandling. ”Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Om kommuner och landsting ges den föreslagna möjligheten att delegera tilldelningsbeslut och avslutandet av en upphandling kommer den

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

beslutande enheten att bli svarande i eventuella mål om överprövning och skadestånd enligt bestämmelserna i 7 kap. LOU.”

NOU har dock i denna del en annan uppfattning om det rådande rättsläget än den som uttrycks i promemorian. NOU har i ett yttrande till Göteborgs tingsrätt<sup>4</sup> uttalat att det avgörande, för vilken upphandlande enhet som vid samordnad upphandling är rätt part i mål om överprövning och skadestånd enligt 7 kap. LOU, inte är vilken enhet som fattar tilldelningsbeslutet utan vilken enhet som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt, d.v.s. i och med upphandlingskontraktet erhåller rättigheter och påtar sig skyldigheter direkt gentemot de kontrakterade leverantörerna. Däremot torde skadeståndsskyldighet endast kunna åläggas en upphandlande enhet som varit vållande till den uppkomna skadan.

Av promemorian framgår vidare att det av 2 kap 1 § kommunallagen ”... följer att en kommun eller ett landsting inte får försätta sig i en sådan situation att en kommun eller ett landsting tvingas svara för ett skadestånd som kan drabba en annan kommun eller ett annat landsting. Vid en samordnad upphandling är det därför viktigt att parternas inbördes mellanhavanden, bl.a. ansvarsfördelningen, regleras i avtal mellan den upphandlande enheten och den kommun eller det landsting som deltar i upphandlingen.”

NOU vill med anledning av det anförda göra följande förtydligande. Som ovan nämnts anser NOU att rätt part i mål om skadestånd enligt 7 kap. LOU är den eller de upphandlande enheter som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt. Bestämmelserna i 7 kap. 6 § LOU kan enligt NOU:s mening inte anses lämna något utrymme för de i en samordnad upphandling deltagande enheterna att genom avtal reglera vilken av dem som skall vara rätt part i mål om skadestånd. Dessutom torde det enligt NOU:s mening vara kommunalrättsligt oklart om en upphandlande enhet som formellt sett inte är skadeståndsskyldig åtar sig att, med ett belopp som motsvarar enhetens andel av upphandlingen, ersätta den samordnande upphandlande enheten för eventuella skadestånd som denna tvingas utge till följd av åsidosättande av bestämmelserna i LOU.

---

<sup>4</sup> Dnr 2004/0120-29. Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats [www.nou.se](http://www.nou.se).

## 5 Den lagtekniska utformningen

Beträffande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag till delegationslag vill NOU anföra följande.

Enligt förslaget skall en kommun eller ett landsting få träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar i en upphandling vidta följande åtgärder:

1. besluta om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling,
2. underteckna upphandlingskontraktet, eller
3. på annat sätt avsluta upphandlingen.

Av förarbetena till 7 kap. 1 § LOU framgår, beträffande frågan om när en upphandling skall anses avslutad, att "[b]estämmelsen innebär att två krav skall vara uppfyllda för att upphandlingen skall vara avslutad i den meningen att överprövning inte längre får ske. Ett upphandlingskontrakt skall föreligga och en tiodagarsfrist skall ha löpt ut".<sup>5</sup> Varken beslut om leverantör och anbud eller undertecknande av upphandlingskontrakt behöver därför nödvändigtvis innebära att upphandlingen är avslutad.<sup>6</sup> NOU anser därför att uttryckssättet "på annat sätt avsluta upphandlingen" i 3 p. i den föreslagna bestämmelsen är missvisande eftersom det förefaller utgå från att beslut om leverantör och anbud, respektive undertecknande av upphandlingskontrakt, i sig innebär ett avslutande av upphandlingen.

NOU ifrågasätter vidare behovet av att särskilt, i egen punkt, reglera möjligheten att delegera uppgiften att "på annat sätt avsluta upphandlingen", d.v.s. att avbryta en påbörjad upphandling. Detta eftersom uttryckssättet "beslut om leverantör och anbud" enligt NOU:s mening även inrymmer beslut om att inte anta någon leverantör, eller med andra ord beslut om att avbryta upphandlingen och därmed inte tilldela något upphandlingskontrakt. Om det ändå befins angeläget att särskilt reglera delegation av avbrytande av upphandling anser NOU att bestämmelsen, i syfte att åstadkomma en mer ändamålsenlig och enhetlig terminologi, bör utformas med 1 kap. 29 § LOU som förebild. I nämnda bestämmelse används uttryckssättet "beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen".

NOU vill även uppmärksamma Finansdepartementet på att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som

---

<sup>5</sup> Prop. 2001/02:142, sid. 100 f.

<sup>6</sup> Undantag från detta gäller vid direktupphandling då möjligheterna till överprövning bortfaller i och med undertecknande av upphandlingskontrakt.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

avsetts. Avsikten förefaller, såvitt NOU kunnat utläsa av vad som i övrigt anförs i promemorian, inte ha varit att delegation skall vara möjlig endast för beslut om leverantör och anbud, undertecknande av upphandlingskontrakt och avbrytande av upphandlingen, utan även för övriga beslut i samband med upphandling. Vid upphandling fattas en mängd beslut utöver de ovan uppräknade, t.ex. beslut om vilken upphandlingsform som skall tillämpas, om uteslutande respektive kvalificering av leverantörer, om att uppta förhandlingar och om att inhämta kompletteringar. NOU anser det vara kommunalrättsligt oklart om det för samtliga dessa beslut krävs uttryckligt lagstöd för att beslutet skall kunna överlämnas åt någon annan. NOU anser mot denna bakgrund att både behovet och omfattningen av den möjlighet till delegation som föreslås i promemorian bör klargöras.

I promemorian nämns inget om ansvaret för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen. En sådan uppföljning är enligt NOU:s mening nödvändig för att de delegerande kommunerna och landstingen skall kunna ta ställning till hur den upphandlande enhet, som genomfört upphandlingen, utfört sitt uppdrag, och om den inför kommande upphandlingar bör ges förnyat förtroende, om en annan upphandlande enhet bör anlitas, eller om kommunen eller landstinget istället själv bör genomföra upphandling.

Det är vidare viktigt att det sker en uppföljning av att de krav som ställs i upphandlingen, och de klausuler som skrivs in i upphandlingskontraktet, verkligen efterlevs. NOU vill i sammanhanget påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande<sup>7</sup> har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbuden samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna.

NOU anser det därför angeläget att det uppmärksammas vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, samt hur denna uppföljning skall genomföras.

---

<sup>7</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.



Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 oktober 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke och verkställande direktören Merit Israelsson.

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

Michael Slavicek

DATUM  
2004-09-23  
ERT DATUM

DIARIENR  
2004/0189-22  
ER BETECKNING  
N2004/6501/ESB

1 (2)

Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över EG-kommissionens förslag till förordning om upprättandet av ett frivilligt system med FLEGT-licenser för import av timmer till Europeiska unionen

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt svar till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU uppmärksammar särskilt att förslaget till åtgärdspaket syftar till att komma till rätta med olaglig skogsavverkning och därmed sammanhängande handeln. Upphandlande myndigheter kommer att få praktisk information om hur frågan om laglighet skall behandlas i specifikationen av timmer vid upphandlingsförfaranden.

NOU, som kontinuerligt bevakar utvecklingen på upphandlingsområdet, kan upplysa om att det i avsnitt 4.3 omnämnda förslaget till direktiv är antaget<sup>1</sup> och att en särskild utredare är tillsatt för att föreslå införlivning i svensk lagstiftning fr.o.m. år 2006.<sup>2</sup> EG-kommissionen har vidare utarbetat en handbok om miljöanpassad offentlig upphandling.<sup>3</sup> Ett möte om bl.a. FLEGT-licenser hålls i Köpenhamn den 27 september 2004.<sup>4</sup>

NOU har inga invändningar mot förslaget.

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3696/03 (MAP 23 CODEC 1760) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3695/03 (MAP 22 CODEC 1759) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>2</sup> Kommittédirektiv Dir 2004:47, Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>3</sup> Arbetsdokument SEC/2004/1050 "Handbook on environmental public procurement"

<sup>4</sup> Workshop on Public Procurement of Timber. Sverige kommer att representeras av tjänsteman från regeringskansliet.

Michael Slavicek

Beslut om utformningen av detta remissvar har fattats vid nämndsammanträde den 23 september 2004, vid vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, verkställande direktören Merit Israelsson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Remissvaret expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Kristian Pedersen

**REMISSVAR**

DATUM  
2004-09-23  
TJÄNSTEANTECKNING

DIARIENR  
2004/0156-22

1 (9)

Socialdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Remissyttrande över promemorian Ledarhundar

### 1 Inledning och avgränsning

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 begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU finner det glädjande att Socialdepartementet vid utarbetandet av promemorian lagt stor vikt vid de upphandlingsrättsliga aspekterna av det förslag till lagstiftning som framläggas i promemorian.

### 2 Begreppet upphandlande enhet

I promemorian anges att det av flera skäl är av intresse att alla inköp av ledarhundar görs genom ett upphandlingsförfarande. Det är därför viktigt att fastställa om den som skall genomföra upphandlingen omfattas av bestämmelserna i LOU.

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU<sup>1</sup>, 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

---

<sup>1</sup> 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.

Kristian Pedersen

2004-09-23

2004/0156-22

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet<sup>2</sup>, 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 direktiven och det sätt på vilka dessa tolkats av EG-domstolen.<sup>3</sup>

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*<sup>4</sup> 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 bekräftade därmed att begreppet industriell eller kommersiell karaktär syftar på behov och inte på organet.<sup>5</sup> Domstolen fann att om lagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte varit nödvändig. Den gemenskapsrättslige lagstiftaren har med skrivningen avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>6</sup> Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den mening 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.<sup>7</sup> 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.

---

<sup>2</sup> Enligt upphandlingsdirektiven "... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ..."

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

<sup>4</sup> 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, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

<sup>5</sup> BFI Holding, p. 36.

<sup>6</sup> BFI Holding, p. 34-35.

<sup>7</sup> BFI Holding, p. 51 f.

Kristian Pedersen

2004-09-23

2004/0156-22

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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

I avsnitt 3.6 av promemorian refereras ett yttrande från NOU (dnr 1998/0017-29), i vilket NOU gjort bedömningen att enbart det förhållandet att staten till en förening utbetalar bidrag till täckande av kostnaderna för ett allmännyttigt ändamål inte räcker för att anse att förutsättningarna i 1 kap. 6 § LOU är uppfyllda. NOU ansåg därför att Synskadades Riksförbund (SRF) inte var en upphandlande enhet. Vid denna bedömning tog NOU bl.a. stor hänsyn till det faktum att SRF inte inrättats i syfte att tillgodose behovet av förmedling av ledarhundar till synskadade samt att staten inte hade ett väsentligt inflytande över hur de bidrag som betalades ut till SRF användes.

EG-domstolen har därefter bl.a. i *Universale Bau*<sup>10</sup> klargjort att en enhet som inte har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen men som därefter börjar tillgodose sådana intressen, skall anses vara en upphandlande enhet i upphandlingsdirektivens mening. EG-domstolen betonade därvid särskilt vikten av en ändamålsenlig verkan av upphandlingsdirektiven. En sådan verkan skulle, enligt domstolen, inte bibehållas till fullo om direktiven inte var tillämpliga på en enhet som uppfyller samtliga villkor för att vara en upphandlande enhet, men som inte anförtrotts uppgifter av allmänt intresse vid bildandet utan först senare.

---

<sup>8</sup> BFI Holding, p. 47-50.

<sup>9</sup> BFI Holding, p 60.

<sup>10</sup> Mål C-470/99 *Universale-Bau AG m.fl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* (EBS), REG 2002, sid. I-11617.

Kristian Pedersen

2004-09-23

2004/0156-22

EG-domstolen har vidare i sin dom målet *University of Cambridge*<sup>11</sup> klargjort hur uttrycket "till större delen finansieras av" skall tolkas och vilka beräkningsgrunder som skall tillämpas. Uttrycket motsvaras i LOU 1 kap. 6 § av "vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet". EG-domstolen fastslog 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.

I avsnitt 3.6 av promemorian anges att det av flera skäl är av intresse att alla inköp av ledarhundar görs genom ett upphandlingsförfarande. Därvid anförts att "[d]et skulle vara möjligt att göra SRF till en upphandlande enhet. Detta innebär dock att stor del av SRF:s inköp – även sådana som rör annan verksamhet än ledarhundar – skulle omfattas av LOU. Ett annat och mer ändamålsenligt alternativ är att låta ett annat organ ansvara för upphandlingen av ledarhundarna." Hjälpmedelsinstitutet (HI) föreslås tilldelas denna uppgift.

NOU vill med anledning av det anförda påpeka att enbart det faktum att ledarhundarna, enligt de förslag som presenteras i promemorian, skall upphandlas av annan än SRF, inte nödvändigtvis innebär att SRF inte kan anses vara en upphandlande enhet. För att utröna om rekvisiten i 1 kap. 6 § LOU är uppfyllda, och om SRF därför är en upphandlande enhet, måste samtliga rättsliga och faktiska förutsättningar för SRF:s verksamhet, inklusive annan verksamhet än ledarhundsverksamheten, beaktas.

Det kan mot bakgrund av den rättspraxis som tillkommit, eller på grund av de eventuella ändringar i SRF:s verksamhet eller finansiering som ägt rum sedan NOU:s tidigare bedömning av SRF, inte uteslutas att SRF vid en förnyad granskning skulle kunna anses vara en upphandlande enhet. NOU:s uppfattning är att SRF i sin verksamhet kan anses tillgodose behov i det allmännas intresse, vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär, något som skulle bli än tydligare om, i enlighet med vad som föreslås i

<sup>11</sup> Mål C-380/98 *The Queen mot H.M. Treasury*, ex parte: *The University of Cambridge*, REG 2000, sid. I-8035.

Kristian Pedersen

2004-09-23

2004/0156-22

promemorian, förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning överlämnades till SRF. Om SRF:s verksamhet, inklusive annan verksamhet än ledarhundsverksamheten, till mer än hälften finansieras av offentliga medel talar enligt NOU:s mening mycket för att SRF är en upphandlande enhet i den mening som avses i LOU. NOU har emellertid inte haft tillfälle att göra någon förnyad granskning av de rättsliga och ekonomiska villkor på vilka SRF:s verksamhet bedrivs och har därför ingen möjlighet att i detta sammanhang ta definitiv ställning till huruvida SRF är en upphandlande enhet eller ej.

### **3 Förslaget till upphandlingsförfarande**

NOU är i huvudsak positiv till det förslag till upphandlingsförfarande som presenteras i promemorian. Som särskilt positivt vill NOU framhålla att strävan synes ha varit att åstadkomma ett väl fungerande, objektivet och konkurrensneutralt upphandlingsförfarande och att den upphandlingsansvariga myndigheten föreslås få i uppdrag att genom regelbundna kontakter med leverantörerna sammanställa statistik och följa upp avtalet och dess efterlevnad. Det finns dock vissa aspekter av förslaget som enligt NOU:s mening bör klargöras.

#### **3.1 Avtalspart gentemot leverantörerna**

I stycke tre av avsnitt 3.6 framgår att upphandlingsförfarandet avses utmynna i att "HI blir avtalsparten och står ansvarig för att upprättade avtal följs." Det sagda överensstämmer dock inte med sista meningen i det närmast föregående stycket, av vilken det framgår att "SRF skall dock fortfarande vara avtalspart med leverantörerna och äga ledarhundarna."

Eftersom det av promemorian även framgår att HI skall ombesörja hela den praktiska handläggningen av upphandlingen, fatta tilldelningsbeslut, skriva avtal med de utsedda leverantörerna och stå som garant för att de upprättade avtalen följs, är det NOU:s uppfattning att HI kan anses tilldela upphandlingskontrakt i det avseende som innebär ansvar för att upphandlingen sker i enlighet med bestämmelserna i LOU. HI får därmed även anses bli avtalspart i förhållande till de kontrakterade leverantörerna. NOU har dock inga synpunkter rörande vem som slutligen skall äga ledarhundarna.



### 3.2 Sekretess vid upphandlingen

I avsnitt 3.3.1 av promemorian föreslås att handlingar i ärenden om tilldelning och återtagande av ledarhund skall omfattas av tryckfrihetsförordningens bestämmelser om rätten att ta del av allmänna handlingar. Rent lagtekniskt föreslås detta ske genom att SRF tas in i bilagan till sekretesslagen. För att förhindra att uppgifter om enskildas personliga förhållanden fritt lämnas ut föreslås vidare i avsnitt 3.3.2 av promemorian att en ny bestämmelse införs i sekretesslagen. Enligt den föreslagna bestämmelsen skall sekretess gälla i verksamhet enligt (den i promemorian föreslagna) lagen om överlämnande av vissa förvaltningsuppgifter till Synskadades Riksförbund, ideell förening, för uppgift om enskilds hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör eller någon honom eller henne närstående lider men om uppgiften röjs. Sekretess föreslås dock inte gälla beslut av Synskadades Riksförbund i ärende om tilldelning och återtagande av ledarhund.

I förslaget till upphandlingsförfarande i avsnitt 3.6 av promemorian anges följande. ”I ett första steg i utvärderingen av inkomna anbud granskar HI om anbudsgivaren som företag uppfyller ställda krav. SRF deltar i bedömningen om referenser, kompetens och tidigare erfarenheter. Samråd sker även vid slutligt ställningstagande i denna fas.”

Under en offentlig upphandling råder absolut sekretess. Enligt 6 kap. 2 § 3 st. sekretesslagen får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som avgett anbudet eller erbjudanden förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan slutförts.

Om SRF skall delta i bedömningen av de anbud som inkommer i den upphandling som genomförs av HI, finner NOU det sannolikt att handlingar innehållande uppgifter som hos HI omfattas av absolut sekretess kan komma att överlämnas till SRF. För att undvika att dessa handlingar lämnas ut av SRF innan den absoluta sekretessen hos HI upphört, anser NOU det önskvärt att antingen, i den föreslagna nya bestämmelsen i sekretesslagen, uttryckligen ange att den absoluta sekretessen enligt 6 kap. 2 § 3 st. sekretesslagen vid upphandling av ledarhundar gäller även hos SRF eller, att i bilagan till sekretesslagen förtydliga att rätten att hos SRF ta del av handlingar i ärenden om tilldelning och återtagande av ledarhundar inte omfattar handlingar som avser upphandling av ledarhundar.

### 3.3 Ramavtalskonstruktionen

I avsnitt 3.6 av promemorian föreslås att ”[t]re till fem leverantörer utses och rangordnas efter ställda utvärderingskriterier. I anbudsunderlaget klargörs att avtal avses tecknas med tre till fem leverantörer. Slutligt antal fastställs efter anbudssammanställning och utvärdering. Resultatet skulle exempelvis kunna bli att fyra leverantörer utses och tilldelas avtal, rangordnat efter pris, nivå m.m. och garanteras, under förutsättning att alla krav uppfylls i övrigt, en viss procentuell del av avtalet. Hur, och på vilka grunder, enskilda beslut fattas i ett visst läge vid beställning skall specificeras vidare.”

En rangordning av ramavtalsleverantörerna innebär att avrop i första hand skall göras hos förstahandsleverantören. Avrop hos andrahandsleverantören, tredjehandsleverantören o.s.v. görs endast då förstahandsleverantören inte kan leverera. En på förhand fastställd procentuell fördelning av avropen innebär däremot att varje ramavtalsleverantör är garanterad en viss volym av de leveranser som sker till följd av ramavtalet. En kombination av rangordning och procentuell fördelning, av den typ som föreslås i promemorian, synes därför enligt NOU:s mening inte vara praktiskt genomförbar.

Det kan för övrigt ifrågasättas om en fördelningsnyckel för avrop som bygger på en garanterad procentuell fördelning av avrop överhuvudtaget är förenlig med bestämmelserna i LOU. Ett praktiskt betingat argument som ibland brukar anföras som skäl för en procentuell fördelningsnyckel är att en rangordning av leverantörerna, i branscher med få köpare, kan leda till att förstahandsleverantören ges en monopolställning, vilket kan innebära att andra leverantörer slås ut, med påföljd att konkurrensen inför framtida upphandlingar försämras. Det är dock NOU:s uppfattning att de eventuella konkurrensproblem som en rangordning kan leda till inte utgör ett godtagbart skäl för åsidosättande av bestämmelserna i LOU.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. En på förhand fastställd procentuell fördelning av avropen synes strida mot denna bestämmelse eftersom en sådan fördelningsnyckel innebär att den leverantör som lämnat det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, respektive har lägsta anbudspriset, tvingas avstå avrop till förmån för leverantörer som lämnat anbud som, för den upphandlande enheten, är mindre fördelaktiga.

Ett sätt att motverka att en monopolsituation uppstår kan vara att undvika alltför geografiskt och materiellt omfattande ramavtal. Den upphandlande enheten kan t.ex., istället för att upphandla ett rikstäckande ramavtal, upphandla flera regionala ramavtal eller istället för att upphandla ett ramavtal för flera olika typer av varor eller tjänster upphandla olika ramavtal för respektive typ av vara eller tjänst. Även vid upphandling av ett ramavtal kan det vidare vara lämpligt att möjliggöra för leverantörer att lämna anbud enbart på vissa delar av det behov som avtalet skall tillgodose.

Upplysningsvis kan nämnas att de eventuella konkurrensproblem som en rangordning kan leda till för övrigt synes ha lösts i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn.<sup>12</sup> Bestämmelserna i direktivets artikel 32 möjliggör nämligen ett förfarande med förnyad konkurrensutsättning mellan ramavtalsleverantörerna inför varje enskilt utnyttjande av ramavtalet. Direktivets bestämmelser kommer dock knappast att ha införlivats i svensk rätt till dess att den första upphandlingen av ledarhundar påbörjas, något som enligt promemorian beräknas ske under våren 2005.

### 3.4 Skadeståndskrav till följd av avtalsbrott

I promemorians förslag till upphandlingsförfarande anges följande. ”Bedömningen av om enskild ledarhund uppfyller ställda krav vid leveransen genomförs av SRF. SRF diskuterar med HI vid gränsdragningsfall, tolkning av avtal o dyl. Beslutet huruvida enskild ledarhund vid leveransen uppfyller avtalade krav eller ej kan medföra att den som ansett sig förfördelad kan inlämna en stämningsansökan till tingsrätten och följden kan bli skadeståndskrav ställda till HI enligt LOU.”

NOU vill med anledning av vad som anförs i promemorian göra följande förtydligande. En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU skall enligt 7 kap. 6 § LOU ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. är 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 LOU menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen. Bestämmelsen har i praxis ansetts tillämplig även vid annan upphandling än upphandling enligt 4 kap. LOU.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG, antaget den 31 mars 2004. Medlemsstaterna har 21 månader till förfogande för att införliva direktivets bestämmelser i de nationella rättsordningarna räknat från dagen för publicering i EUT (30 april 2004).

<sup>13</sup> NJA 2000, sid. 712.

Kristian Pedersen

2004-09-23

2004/0156-22

En eventuell tvist om huruvida en levererad ledarhund uppfyller de avtalade kraven är däremot en avtalsrättslig tvist som inte kan bli föremål för en skadeståndstalan enligt LOU. En sådan tvist får istället bedömas utifrån de bestämmelser som gäller inom den allmänna civilrätten. Ett avtalsbrott kan bli föremål för en skadeståndstalan enligt LOU om det innebär att den upphandlande enheten köper något annat än vad som avtalats, eller gör en anskaffning från en icke upphandlad leverantör. Detta eftersom avtalsbrottet då också kan innebära att det sker en otillåten direktupphandling, vilket utgör ett sådant åsidosättande av bestämmelserna i LOU som kan medföra skadeståndsansvar.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 september 2004 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson 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

Camilla Graf Morin

REMISSVAR

DATUM  
2004-09-23  
ERT DATUM  
2004-05-04

DIARIENR  
2004/0148-22  
ER BETECKNING  
Ju2004/4070/L1

1 (6)

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över Förtroendekommissionens betänkande Näringslivet och förtroendet (SOU 2004:47)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt remissvar till de frågor i avsnitt 11 Konkurrensfrågor som berör området offentlig upphandling. Dessa frågor är: förslaget om NOU:s inordnande i Konkurrensverket och förslaget om införande av en marknadsskadeavgift i lagen om offentlig upphandling (LOU).

### *Sammanfattning av NOU:s inställning till föreliggande förslag*

NOU saknar genomlysning av förslagets för- och nackdelar, både vad avser förslaget om NOU som organisation och förslaget om marknadsskadeavgift. NOU anser att förslagen på upphandlingsområdet är bristfälligt utredda. NOU ställer sig frågande till hur Förtroendekommissionens förslag på upphandlingsområdet kan bidra till att stärka förtroendet för det svenska näringslivet.

Samtliga förslag som Förtroendekommissionen lägger fram i avsnittet om konkurrensfrågor är sådana åtgärder av strategisk betydelse som NOU sedan flera år tillbaka fört fram i olika sammanhang inom sitt verksamhetsområde; offentlig upphandling. Förtroendekommissionens förslag inom konkurrensområdet omfattar ett *stärkt regelverk och tillsyn, ökade resurser, stärkta lagar med effekter på området och effektivare sanktionsmöjligheter.*

De båda förslag som Förtroendekommissionen lämnar på upphandlingsområdet vad gäller NOU som organisation och införandet av en marknadsskadeavgift i LOU har i olika skepnader föreslagits tidigare av bland annat NOU, Riksdagens revisorer och Upphandlingskommittén. Frågorna är för närvarande föremål för beredning inom regeringskansliet. Resultatet av det pågående arbetet bör inväntas innan nya förslag lämnas.

Camilla Graf Morin

NOU avstyrker förslaget att dess uppgifter skall föras över till Konkurrensverket. Om förslaget ändå skulle genomföras ser NOU bland annat en fara i att upphandlingsfrågorna skulle få en underordnad betydelse i Konkurrensverkets verksamhet. Upphandlingsområdet rör primärt den fria rörligheten av varor och tjänster och bör därför inte underordnas konkurrensrätten.

NOU tillstyrker förslaget att i LOU införa bestämmelser om marknadsskadeavgift. Behovet av åtgärder för att komma tillrätta med bland annat otillåtna direktupphandlingar har framförts i olika sammanhang av bland annat NOU men har ännu inte omsatts i lagstiftning.

## Konkurrens och förtroende

Avsnittet tar framför allt upp de konkurrensproblem som bottnar i dels *missbruk av en dominerande ställning* och dels *anbudskarteller*. Förekomsten av dessa båda problem riskerar att allvarligt skada allmänhetens förtroendet för näringslivet. Förtroendekommissionen uppger i avsnittet om offentlig upphandling att det från ett förtroendeperspektiv är viktigt att det allmännas resurser används på ett så effektivt sätt som möjligt. Om så inte sker rubbas snarare förtroendet för det allmänna än förtroendet för näringslivet.

## Förslaget om att konkurrenspolitiken bör koncentreras till Konkurrensverket

*Förslaget om NOU:s inordnande i Konkurrensverket*

I betänkandet lämnas olika förslag för att stärka marknadsbevakningsfunktionen i syfte att komma tillrätta med vissa konstaterade konkurrensproblem såsom missbruk av dominerande ställning, otillåten samverkan mellan företag och otillåtna direktupphandlingar. Ett av förslagen är att Konkurrensverket skall överta NOU:s uppgifter, varvid det samlade genomslaget för konkurrenspolitiken skulle stärkas och betydande samordningsvinster kunna uppnås. Det konstateras vidare att en och samma myndighet skulle om förslaget genomförs ha ett samlat ansvar för upphandlingsområdet i frågor som rör såväl beställar- som leverantörssidan. Förslaget skulle också innebära att ansvaret för Regeringskansliets styrning av NOU och Konkurrensverket skulle skötas av ett departement och inte som idag vara uppdelad på två olika departement.

Camilla Graf Morin

NOU avstyrker förslaget att NOU:s uppgifter skall föras över till Konkurrensverket. De ovan nämnda förbättringar som Förtroendekommissionen anser att förslaget skulle medföra uppvägs inte av de negativa följder som förslaget kan förväntas innebära. NOU saknar en genomlysning av förslagets konsekvenser. I betänkandet beskrivs t.ex. NOU:s nämnd vara partssammansatt och betänkandet beskriver inte hur detta förhållande skulle lösas om NOU:s uppgifter skulle tas över av Konkurrensverket. Om förslaget skulle genomföras ser NOU en fara bland annat i att upphandlingsfrågorna skulle få en underordnad betydelse i Konkurrensverkets verksamhet. Upphandlingsområdet rör primärt den fria rörligheten av varor och tjänster och bör därför inte underordnas konkurrensrätten. I övrigt vill NOU hänvisa till det som tidigare har framförts avseende myndighetens organisationsform m.m. i NOU:s yttrande<sup>1</sup> över Upphandlingskommitténs delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139).

Regeringens proposition i maj 2002 (2001/02:142) omfattade bl.a. ett förslag om NOU:s framtida organisation, som innebar att NOU skulle bestå, i huvudsak i sina nuvarande former. Propositionens förslag beträffande bl.a. NOU antogs dock inte av riksdagen. Riksdagen förordade fortsatt utredning inom ramen för utredningen om en eventuell sammanslagning mellan Konsumentverket och Konkurrensverket. Någon sådan sammanslagning blev inte aktuell, men regeringen angav i budgetpropositionen för 2003 att det dock kunde ”finnas anledning att återkomma till frågan om NOU:s organisation i samband med att regeringen tar ställning till hur sanktionssystemet inom den offentliga upphandlingen skall vara utformat.”

NOU anser att även den uppdelning som EG-kommissionen har av sina politikområden - ett för konkurrens och ett för inre marknaden dit området offentlig upphandling hänförs - talar för att områdena även framgent bör skötas åtskilda av olika myndigheter.

I statsbudgeten sorterar NOU under verksamhetsområdet ”Ekonomisk styrning och utveckling av statsförvaltningen” och under politikområdet ”Effektiv statsförvaltning”, något som möjligen kan te sig märkligt vid en jämförelse med övriga myndigheters uppgifter inom verksamhetsområdet, såsom Kammarkollegiet och Ekonomistyrningsverket.

---

<sup>1</sup> NOU dnr 1999/0266-22 som återfinns på webbplatsen nou.se

Camilla Graf Morin

## Förslaget att lagar med effekter på konkurrensområdet skäps

### *Förslag om införande av en s.k. marknadsskadeavgift i LOU*

Upphandlingskommittén har i SOU 1999:139 och SOU 2001:31 analyserat problem vid offentlig upphandling och föreslagit vissa åtgärder. Av dessa förslag har endast införandet av en period på tio dagar med anledning av EG-domstolens dom i mål C-81/98 Alcatel omsatts i lagstiftning. Övriga förslag om tillsynsmyndighetens organisation (förslaget var att Konkurrensverket och NOU skulle bilda en gemensam myndighet), talerätt för tillsynsmyndigheten eller branschorganisationer och införandet av en ”marknadsskadeavgift” för det fall att en upphandlande myndighet/enhet i väsentlig hänseende bryter mot LOU är fortfarande under 2004 under beredning i regeringskansliet.

NOU har bland andra sedan länge påtalat behovet av en marknadsskadeavgift som nu Förtroendekommissionens föreslår. NOU får beträffande förslaget hänvisa till det som NOU tidigare har framfört avseende införandet av marknadsskadeavgift bland annat i yttrandet (avsnitt 5.3) över Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139). På uppdrag av Upphandlingskommittén gjorde NOU 1999 en Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling<sup>2</sup> varvid det bland annat konstaterades att sanktionerna i LOU var bristfälliga beträffande vissa överträdelser. NOU framförde vidare följande beträffande framtida stärkta sanktionsmöjligheter. ”Åtgärder som kommer att övervägas mot de fel och brister som tillgängliga rättsmedel idag inte kommer tillrätta med måste givetvis balanseras mot intresset av att upphandlingsprocessen inte onödigtvis fördröjs eller får ett alltför stort inslag av byråkrati. Ett väl fungerande och effektivt rättsmedelssystem bör tillskapas som uppfyller de krav som ställs i EG:s rättsmedelsdirektiv samtidigt som risken att leverantörer orättfärdigt utnyttjar systemet bör minimeras.”

NOU har vidare framfört synpunkter avseende bristen på sanktioner i LOU i sitt remissvar till Riksdagens revisorer<sup>3</sup>. En annan granskning som Riksdagens revisorer genomfört<sup>4</sup> har utmynnat i överväganden och förslag avseende ett förstärkt sanktionssystem i LOU (Förslag till riksdagen 2002/03 RR 17).

<sup>2</sup> NOU:s dnr 52/99-28 som återfinns på webbplatsen nou.se

<sup>3</sup> Riksdagens revisorers Rapport Offentlig Upphandling 1997/98:3, NOU:s dnr 301/97-22 som återfinns på webbplatsen nou.se

<sup>4</sup> Riksdagens revisorers Rapport 2002/03:9 Upphandling vid Sveriges riksbank



Camilla Graf Morin

Enligt Förtroendekommissionens förslag skall mål om marknadsskadeavgift avgöras av Marknadsdomstolen. Följden av förslaget skulle bli att prövningen av upphandlingsmål skulle avgöras av förutom Marknadsdomstolen allmän förvaltningsdomstol (överprövningsmål) och allmän domstol (skadeståndsmål). Redan med nu rådande domstolsordning har svårigheter konstaterats med att uppnå en enhetlig praxis på området. Med den föreslagna ordningen ökar risken ytterligare för en icke enhetlig domstolspraxis.

NOU vill i sammanhanget nämna att europeiska kommissionen har påbörjat en översyn av rättsmedelsdirektiven (89/665/EEG och 92/13/EEG) som en gång antogs i syfte att garantera en effektiv tillämpning av direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling. I och med att det offentliga upphandlingsområdet hade öppnats för konkurrens mellan medlemsstaterna blev det nödvändigt att väsentligt öka garantierna för insyn och icke-diskriminering, genom tillgång till snabba och effektiva rättsmedel på nationell nivå i händelse av en överträdelse. Kommissionen hävdar att bestämmelserna för offentlig upphandling inte tillämpas på ett tillfredsställande sätt av alla upphandlande enheter i medlemsstaterna. Kommissionen konstaterar bland annat att antalet annonserade upphandlingar är lågt och att antalet annonser varierar stort mellan olika medlemsstater och olika typer av upphandlande enheter och sektorer. Kommissionen har haft samråd med medlemsstaterna, näringslivet och upphandlande enheter avseende rättsmedelsdirektiven. Syftet med samrådet var att inhämta upphandlande enheters synpunkter på de nationella prövningsbestämmelserna och förslag till förbättringar och effektiviseringar av prövningen på området för offentlig upphandling. Ett förslag till ändringar från Kommissionen kan förväntas under våren 2005.

På senare tid har NOU, advokater och massmedia uppmärksammat att vissa upphandlande enheter inte åttlyder förvaltningsdomstolarnas domslut i upphandlingsmål. Detta har lett till att Sverige har blivit anmält till EG-kommissionen med anledning av ett klagomål på grund av brister i införlivningen av EG:s rättsmedelsdirektiv.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 september 2004 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

Camilla Graf Morin

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

**För kännedom**  
Konkurrensverket

2004-09-08

ERT DATUM

2004-07-02

DATUM

2004/0163-22

ER BETECKNING

Ju2004/6081/L1

DIARIENR

1 (1)

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande över promemorian Nya EG-regler om förvaltningsberättelsens innehåll**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har inga invändningar mot de förslag som framförs i promemorian. Tvärtom synes den nya informationen kunna bli till gagn för de upphandlande enheterna i deras bedömning av leverantörerna, såväl generellt vad gäller leveranssäkerhet som i mer specifika fall, t.ex. där långa avtal om utvecklingsarbete förestår eller där finansiella konstruktioner med privata inslag kan bli aktuella.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 24 augusti 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av kanslichefen Margareta Hentze. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Michael Slavicek  
Telefon 08-454 44 44

Datum  
2004-09-01  
Ert datum

Vår beteckning  
2004/0158-22  
Er beteckning  
S2004/4905/HS

Registratören  
Socialdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över Promemoria om överlämnande av ansvaret för driften av sjukhus till privata entreprenörer

Socialdepartementet hemställde om ett remissyttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som koncentrerar sitt yttrande till förslaget förenlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU uttalar sig därför inte om den föreslagna ändringen i 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

NOU avstyrker att föreslaget tillägg i 3 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763): *Om landstinget överlämnar ansvaret för driften av hälso- och sjukvård som ges vid ett sjukhus till annan skall avtalet innehålla villkor om att verksamheten inte får drivas med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intresse*, läggs till grund för lagstiftningen. NOU anser att förslaget är bristfälligt utrett. Pågående utredningar med nära samband med förslaget<sup>1</sup> bör inväntas innan lagstiftningens räckvidd kan bedömas.

I promemorian saknas en konsekvent analys av vad en upphandling av vårdavtal innebär. Promemorian talar sålunda ibland om att "landstinget väljer att överlämna driften av sjukhus" varvid detta framställs som ett förvaltningsbeslut med innebörden att landstinget upphör med driften i egen regi, medan det i andra sammanhang i promemorian kan skönjas att det i verkligheten handlar om tilldelning av offentliga kontrakt till någon utanför den egna juridiska personen, dvs. en offentlig upphandling.

Angående möjligheterna att bedöma om leverantören *driver en verksamhet med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intresse* anser NOU att det saknas förutsättningar för ställningstagande och bedömning. Innebörden av begreppen "syfte att skapa vinst åt ägaren" och "motsvarande intresse" måste klargöras. Vad som avses med begreppen sjukhus och vilken verksamhet som omfattas av lagstiftningen måste definieras entydigt. Förslaget med anledning av SOU 2003:98 "Aktiebolag med begränsad vinstutdelning" bör avvaktas.

Enligt promemorian förblir landstinget ägare till sjukhuset vid vilket vården bedrivs av den anlitade leverantören. Bestämmelsens nuvarande utformning kan läsas så att den förbjuder att vinst skapas åt landstinget, vilket självfallet inte kan vara avsikten. Den språkliga utformningen av lagförslaget bör därför ses över.

Bedömningen av promemorians förslag på sid. 31 i förhållande till LOU är knapphändig och lämnar ingen förklaring till promemorians slutsats att ”inskränkningen inte kan anses vara oförenlig med kravet på affärsmässighet och förbud mot att ta ovidkommande hänsyn”. Av promemorian framgår inte på vilket sätt sagda inskränkning skall införas. Skall det ske i förfrågningsunderlaget, vid kvalificering av leverantörer, som ett s.k. särskilt kontraktsvillkor i avtalet eller skall det uppnås på något annat sätt? NOU vill därför påminna om att alla väsentliga kontraktsvillkor måste vara kända i förväg och skall överensstämma med direktivens förfaranderegler och fördragets grundläggande principer. Landstinget skall också ha både vilja och förmåga att kontrollera att villkoret verkligen uppfylls vid tilldelningen av kontraktet eller under avtalstiden (EG-domstolens dom C-448/01 EVN AG, *Wienstrom mot Republik Österrike*). För detta erfordras att det är klart vad som skall kontrolleras och på vilket sätt leverantören kan lämna objektiva bevis på att han uppfyller de ställda kraven.

NOU vill vidare påminna om att det i 6 kap. 16 § LOU anges att en upphandlande enhet vid en upphandling av sådana tjänster som avses i avdelning B i bilagan, som överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap., skall tillämpa bestämmelserna i 1 kap. 12-16 §§ och 5 kap. 1-10 §§, således vissa regler som är desamma för en direktivstyrd upphandling.

Angående den tonvikt som i avsnitt 8.2 promemorian lägger vid rättsfallet C-70/95 Sodemare AS vill NOU understryka att det angivna rättsfallet handlar om anslutning till ett allmänt socialförsäkringssystem, vilket anges i promemorian på sid. 28. Ett sådant beslut skiljer sig på avgörande punkter från tilldelning av offentliga kontrakt.

I promemorian berörs även andra rättsfall, bl.a. mål C-384/93 Alpine Invest, som förtjänar djupare analys. Som det framgår av promemorian har EG-domstolen i det fallet uttalat att en regel som försvårar för någon att få tillgång till en marknad kan strida mot gemenskapsrätten, nämligen om denna regel inte kan motiveras av ett allmänt intresse, inte kan anses vara en lämplig åtgärd för att uppnå det angivna syftet eller om de ingrepp som krävs inte står i rimlig proportion till de fördelar som uppnås.

Fortsatt utredning krävs vidare för att på ett övertygande sätt göra sannolikt att förslaget kan grundas på EG-fördragets artikel 152 och inte strider mot grundläggande krav på fri rörlighet av tjänster och fri etableringsrätt. I artikeln 152 punkt 5 anges: ”När gemenskapsrätten handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård.” Det bör belysas bättre om denna bestämmelse får åberopas till stöd för begränsningar i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster på samma sätt som något av de skäl som anges i fördragets artiklar 30, 45 eller 46.

Påståenden i avsnitt 8.3 att enskildas rätt att bedriva hälso- och sjukvård inte hindras av den föreslagna regleringen bör förklaras närmare.

NOU avstyrker att förslaget läggs till grund för lagstiftning.

\_\_\_\_\_

Beslut om utformningen av detta remissvar har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004, vid vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek.

Bengt Agild, Börje Hed och Merit Israelsson anser att remissyttrandet bör kompletteras med följande:

<p>NOU anser det långt ifrån klarlagt att förslaget inte strider mot LOU och bakomliggande gemenskapsrätt.</p>
--

Av EG-domstolens dom C-70/95 är det inte möjligt att utläsa att endast de aktörer som verkar utan vinstsyfte skall få leverera tjänster inom hälso- och sjukvård. Alla fysiska och juridiska personer skall vid upphandlingen behandlas lika och utan hänsyn till om de är offentligt eller privat ägda och om de delar ut vinst eller inte. Att direkt eller indirekt gynna eller missgynna en leverantör på grund av leverantörens associationsform är enligt NOU:s uppfattning inte förenligt med upphandlingsreglerna. Med anledning härav vill NOU också peka på de avvägningar som landsting kan ställas inför om förslagets laglighet ifrågasätts. Landstingen kan i sina upphandlingar införa krav som riskerar att bedömas som diskriminerande eller stridande mot proportionalitetsprincipen. Att utelämna sådana krav vid upphandlingen skulle samtidigt kunna strida mot svensk lag, vilket kan leda till en laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Margareta Hentze och Michael Slavicek ansluter sig till ovan angivna kompletteringen.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

DATUM  
2004-08-25  
ERT DATUM  
2004-05-06

DIARIENR  
2004/0136-22  
ER BETECKNING  
M2004/1204/Knb

1 (2)

Miljödepartementet  
Enheten för kretslopp, näringsliv och  
byggande  
103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande över Naturvårdsverkets rapport Gifffria och resurssnåla kretslopp – redovisning av regeringsuppdrag**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU välkomnar förslaget om att stärka förutsättningarna för en ekologisk hållbar utveckling inom ramen för den offentliga upphandlingen, bland annat genom en skyldighet för statliga myndigheter att ställa relevanta miljökrav, en nationell handlingsplan, långsiktigt stöd till Miljöstyrningsrådet och Nämnden för offentlig upphandling samt främja miljöanpassning av de offentliga ramavtalen.

NOU:s mening är att miljökrav bör ställas vid offentlig upphandling om det är ändamålsenligt. NOU har redan tidigare föreslagit att "statliga myndigheter åläggs att vid varje upphandling överväga att ställa krav med hänsynstagande till miljön". Se bl.a. NOU:s svar till Miljövärdberedningens delbetänkande Integrering av miljöhänsyn inom den statliga förvaltningen (SOU 1996:112)<sup>1</sup>. NOU vill dock uttala tveksamhet avseende förslaget att i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) införa en skyldighet för myndigheter att ställa relevanta miljökrav. En sådan reglering kan leda till att en domstol tvingas bedöma om tillräckligt långtgående eller omfattande miljökrav ställts i upphandlingen vilket NOU inte anser är lämpligt. NOU anser att andra möjligheter till styrning än via LOU bör övervägas. NOU instämmer med förslaget i rapporten att de ramavtalsansvariga myndigheterna utgör en väsentlig målgrupp för miljöanpassning av statens upphandling.

Enligt rapporten framhålls ofta osäkerheten om lagligheten av att ställa miljökrav, vilken skulle bero på en otydlighet i regelverket beträffande möjligheterna att ställa miljökrav. NOU vill framhålla att redan nu gällande regler d.v.s. direktiven och LOU ger möjlighet att ställa miljökrav så länge

---

<sup>1</sup> NOU:s dnr 1996/0021-22

det är förenligt med EG-rättens grundläggande rättsprinciper. I t.ex. 1 kap. 12 § 2 st. anges att hänvisning kan göras till kriterier för miljömärken och 1 kap. 22 § 2 st. anges miljöpåverkan som ett möjligt utvärderingskriterium. De nya EG-direktiven om offentlig upphandling innebär ett klagörande av hur upphandlande enheter kan beakta miljöhänsyn i sin upphandling.

NOU stödjer förslaget om att ge nämnden ett tydligt mandat, instruktioner och resurser för att främja miljöanpassad upphandling. NOU anser att det är ett viktigt område som kräver kontinuerlig bevakning och omfattande sakkunskap. Såsom konstateras av Naturvårdsverket vill NOU särskilt betona att resurser nu saknas hos NOU för att inom ramen för den ordinarie verksamheten även främja arbetet med miljöanpassad upphandling.

Det föreligger ett stort behov av samordning vad gäller miljöhänsyn i offentlig upphandling och den uppgift som AB Svenska Miljöstyrningsrådet har att förvalta och vidareutveckla ett verktyg för miljöhänsyn i upphandling är av stor vikt.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004, i vilket deltog, kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, 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. Linda Dahlström. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström



REMISSVAR

DATUM  
2004-08-25  
ERT DATUM  
2004-05-11

DIARIENR  
2004/0128-22  
ER BETECKNING  
N2004/3718/ITFoU

1 (2)

Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Samhällets behov av betaltjänster (SOU 2004:52)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats yttra sig över rubricerade delbetänkande lämnat av Post- och kassaserviceutredningen. NOU begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling. NOU har tidigare lämnat muntliga kommentarer till utredningen och besvarat vissa frågor från utredningssekreteraren

NOU har inga invändningar mot den diskussion som förs i betänkandet avseende fem olika scenarier för grundläggande kassaservice varav det anges att upphandlingsalternativet, scenario 3, är det enda som representerar en stabil kostnadsutveckling. NOU har inte heller någon invändning mot förslaget att utförare utses av Post- och telestyrelsen (PTS) via upphandling. NOU anser emellertid att den föreslagna tiden för PTS att förbereda upphandlingen och att genomföra densamma är alltför kort. Om avtalen skall börja gälla från och med 1 januari 2006 bör upphandlingen enligt NOU:s uppfattning börja förberedas före den 1 juli 2005.

NOU instämmer inte i vad utredningen tämligen kategoriskt slår fast, nämligen att "[u]pphandlingen bör avse varje tjänsteslag för sig". Uttalandet bygger på att det kan finnas olika tillhandahållare för olika typer av tjänster. Generellt sett håller NOU med i utredningens resonemang men NOU anser det inte lämpligt att föregripa det arbete som den upphandlande enheten skall göra. Den upphandlande enhet som skall genomföra upphandlingen bör analysera marknaden vid tidpunkten för utformningen av förfrågningsunderlaget så att det bäst lämpar sig för de aktuella förutsättningarna. En annan viktig fråga för den enhet som skall genomföra upphandlingen är att bestämma hur lång tid avtalet skall gälla och om det skall innehålla en förlängningsklausul.

Då kombinationsanbud inom samma tjänsteslag kan bli aktuella vill NOU lägga till följande. Kammarrätten i Sundsvall<sup>1</sup> har uttalat att en upphandlande enhet får anta ett anbud från en anbudsgivare som lämnat kombinationsanbud endast om möjligheten härtill uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget (Se *NOU info juni -03* sid. 6f.).

Upplysningsvis kan meddelas beträffande de nya direktiv för offentlig upphandling som berörs i betänkandet (53f.) att en kommitté nu är utsedd som skall införliva direktiven med svensk lag. Upphandlingskommittén 2004 skall redovisa förslag på de obligatoriska förändringarna den 1 februari 2005 och lagändringarna väntas träda ikraft den 1 januari 2006.

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 doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschef Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. 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.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

---

<sup>1</sup> Dom meddelad den 9 april 2003 i mål nr 1157-03. Regeringsrätten har den 15 maj 2003 beslutat att ej meddela prövningstillstånd i målet.

DATUM  
2004-08-25  
ERT DATUM  
2004-05-06

DIARIENR  
2004/0122-22  
ER BETECKNING  
M2004/634/Hm

1 (1)

Miljödepartementet  
Enheten för hållbar utveckling och  
miljöintegration

103 33 STOCKHOLM

### **Naturvårdsverkets rapport Myndigheternas miljöansvar – vidareutveckling av det särskilda sektorsansvaret**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats yttra sig över rubricerade rapport. NOU har inga synpunkter att redovisa.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004, i vilket deltog, kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, 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. Linda Dahlström. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström

Kristian Pedersen

**REMISSVAR**

DATUM  
2004-06-17  
TJÄNSTEANTECKNING

DIARIENR  
2004/0146-22

1 (4)

Justitiedepartementet  
Åklagarenheten  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över promemorian Utkast till lagrådsremiss Ny ordning för utfärdande av rättsintyg

Nämnden för offentlig upphandling har anmodats att lämna synpunkter på rubricerade promemoria. NOU, som begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling, har inga synpunkter på innehållet i avsnitten 6.5 – 6.9. NOU:s synpunkter på avsnitten 6.13 och 6.14 redovisas nedan.

### Sammanfattning av NOU:s synpunkter

NOU vill återigen påpeka att enbart det faktum att vissa faktorer, såsom nivån på de arvoden som skall utgå, fastställs på förhand inte innebär att de aktuella avtalen kan tilldelas utan föregående upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Även om Rättsmedicinalverket centralt beslutar om en enhetlig nivå på de arvoden som skall utgå, kan konkurrens uppnås beträffande kvalitet, tillgänglighet och övriga villkor och grunder som skall gälla för intygets utfärdande.

NOU vill påpeka att även avtal mellan Rättsmedicinalverket och landsting, vilka utgör avtal mellan två olika juridiska personer, omfattas av LOU:s definition av upphandlingskontrakt och därför, om inget lagstadgat undantag är tillämpligt, skall föregås av formbunden upphandling. NOU vill därför betona vikten av att Rättsmedicinalverket vid tilldelning av alla upphandlingskontrakt följer bestämmelserna i LOU. Landstingens rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg, vilken föreslås i promemorian, medför inte att Rättsmedicinalverket får sluta avtal utan föregående upphandling.

## Skäl för NOU:s remissvar

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 för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster (begreppet B-tjänster förklaras nedan), oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men har delvis utformats på grundval av tidigare gällande svenska regler.<sup>1</sup> 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.

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 förhandsavgörande<sup>2</sup> 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.

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 1 kap. 5 § LOU som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling 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, byggentreprenader eller tjänster. Upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn definierar begreppet upphandlingskontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör och en upphandlande myndighet.<sup>3</sup> Av tjänstedirektivet framgår att begreppet leverantör även kan omfatta offentliga organ.<sup>4</sup> 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

<sup>1</sup> Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

<sup>2</sup> Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även C-324/98.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (c).

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.<sup>5</sup> Uppfattningen att definitionen skall ges en vid tolkning bekräftas i målet *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.<sup>6</sup> Det är således möjligt att sådana överenskommelser som i nationell rätt inte betraktas som avtal, i EG-rättslig mening är att betrakta som upphandlingskontrakt.<sup>7</sup>

Hälso- och sjukvårdstjänster är sådana tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU och, som oavsett kontraktets värde, skall upphandlas enligt 6 kap. LOU. Upphandling skall enligt 6 kap. 2 § göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

### **Avsnitt 6.13 Ersättning till av Rättsmedicinalverket kontrakterade läkare**

Den föreslagna nya ordningen för utfärdande av rättsintyg bygger på att Rättsmedicinalverket RMV skall sluta avtal om utfärdande av rättsintyg med läkare utanför verket. Dessa läkare kan antingen vara anställda inom den allmänna eller enskilda hälso- och sjukvården. I promemorian föreslås att de kontrakterade läkarna skall erhålla årsarvode och arvode per rättsintyg. I promemorian föreslås vidare att (RMV) skall besluta om ersättning för arbete, tidspillan och utlägg i anledning av uppdraget till de läkare som enligt avtal med verket har åtagit sig att utfärda rättsintyg. Vilken eller vilka former av arvode som skall utgå samt nivåerna på dessa föreslås ankomma på RMV att besluta om.

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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, [2001] REG I-05409, p. 76-86. Domen har refererats i NOU info oktober -01, sid. 14 ff.

<sup>7</sup> Se t.ex. NJA 2001 sid. 3 och Högsta domstolens dom i mål nr T 1683-99.

Kristian Pedersen

2004-06-17

2004/0146-22

NOU vill påpeka att enbart det faktum att vissa faktorer, såsom nivån på de arvoden som skall utgå, fastställs på förhand inte innebär att de aktuella avtalen kan tilldelas utan föregående upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. Även om RMV centralt beslutar om en enhetlig nivå på de arvoden som skall utgå kan, konkurrens uppnås beträffande kvalitet, tillgänglighet och övriga villkor och grunder som skall gälla för intygets utfärdande.

### **Avsnitt 6.14 Landstings rätt att ta ut avgift för rättsintyg**

I promemorian föreslås landsting ges rätt att ta ut en avgift av den myndighet som beslutat att inhämta ett rättsintyg om intyget utfärdats i tjänsten av läkare inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården. Den myndighet som beslutat att inhämta intyget skall enligt förslaget vara betalningsskyldig för avgiften.

NOU motsätter sig i och för sig inte att landstingen ges rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg, men vill påpeka att även avtal mellan RMV och landsting, vilka utgör avtal mellan två olika juridiska personer, omfattas av LOU:s definition av upphandlingskontrakt och därför, om inget lagstadgat undantag är tillämpligt, skall föregås av formbunden upphandling. NOU vill därför betona vikten av att RMV vid tilldelning av alla upphandlingskontrakt följer bestämmelserna i LOU. Landstingens rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg, vilken föreslås i promemorian, medför inte att RMV får sluta avtal utan föregående upphandling.

Beslut om utformningen av detta yttrande 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. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner**

### **Sammanfattning**

NOU:s uppfattning är att det finns ett behov av lagstiftning som återger spelreglerna för hur det offentliga kan samarbeta med det privata avseende koncessioner och andra typer av avtal, där de privata leverantörerna tillför ekonomiska medel och tar en ekonomisk risk eller endast tar en ekonomisk risk. NOU anser att alla typer av sådana avtal bör omfattas av samma lagstiftning. De typer av avtal som NOU åsyftar är sådana offentliga kontrakt som i dag inte omfattas av gällande upphandlingslagstiftning.

NOU förordar att kommissionen lämnar förslag på ett direktiv för upphandlingar av dessa typer av avtal. NOU anser att alternativet att kommissionen istället tar fram en vägledning minskar medlemsstaternas möjligheter att påverka utformningen av reglerna.

En ny lagstiftning bör klargöra hur de grundläggande EG-rättsliga principerna är tillämpliga avseende offentliggörandet av upphandlingar, möjligheten till förhandling under hela upphandlingsförfarandet, möjligheten till förändring av ingångna avtal samt innehålla särskilda bestämmelser avseende s.k. ”step-in”-klausuler och rättsmedel.

En av målsättningarna i det fortsatta arbetet bör enligt NOU:s mening vara att göra regelverket för offentlig-privat samarbete lätt att förstå och lätt att tillämpa.



Andrea Sundstrand

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har av Finansdepartementet anmodats att yttra sig över rubricerad grönbok.

Nedanstående synpunkter bygger på erfarenheter från NOU:s verksamhet och från de tidigare yttranden nämnden lämnat i skilda ärenden vad avser möjligheter för det offentliga att samarbeta med det privata samt avseende reglerna för offentlig upphandling vid koncessioner.

Vissa former av samarbete mellan det offentliga och det privata kan visa sig omfattas av den nuvarande regleringen för offentlig upphandling. Den nya lagstiftning som NOU förespråkar skall endast omfatta sådana avtal som faller utanför den nuvarande, med undantag för avtal avseende byggkoncessioner.

För att undvika återkommande hänvisningar till grönboken och för att underlätta orientering i texten följer NOU i sitt yttrande i stort den numrering av frågorna som återfinns i grönboken. Vissa frågor är sådana att NOU har valt att besvara dem samtidigt. Frågorna 4 och 10, vilka inte omfattas av NOU:s verksamhet eller kompetens, har utelämnats.

## **NOU:s yttrande**

*1. Vilka slags uppläggningar av rent avtalsmässiga offentliga/privata partnerskap känner du till? Är de föremål för särskilda rambestämmelser (juridiska eller andra) i ditt land?*

I Sverige finns det inte någon allmänt vedertagen definition av begreppet PPP och det finns inte någon särskild lagstiftning som reglerar sådana förfaranden. I praktiken finns endast några få renodlade PPP-projekt i Sverige. Projekt avseende offentliga/privata partnerskap kan indelas i följande huvudsakliga grupper:

### **A Koncessioner**

Renodlade byggkoncessioner är svåra att finna och det är tveksamt om det förekommit några tjänstekoncessioner i den betydelse som Kommissionen angivit i sitt tolkningsmeddelande<sup>1</sup> och vad som kan utläsas av EG-domstolens domar<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121 29.04.2000 s. 0002 - 0013

<sup>2</sup> C-324/98 Telaustria, Reg. s. I-10745 och C-358/00 Deutsche Bibliothek, Reg. s. I-4685

Andrea Sundstrand

### *”Tredje mansupphandling”*

Med ”tredjemansupphandling” avses ett koncessionsliknande förfarande varigenom en upphandlande myndighet för annans räkning upphandlar en nyttighet som ett led i myndighetens åligganden enligt lag. Myndigheten själv skall inte tillgodogöra sig nyttigheten eller betala för den.

I svensk domstol har således ett kontrakt, enligt vilket ett bärgningsföretag gavs i uppdrag att forsla undan fordon uppställda i strid med lag, av domstol förklarats inte vara offentlig upphandling<sup>3</sup>. Upphandlingen hade genomförts av Rikspolisstyrelsen. Bortforslingen avsåg inte polisens egna fordon, utan privatägda och betalningsskyldighet för bortforslingen ålåg fordonsägaren.

### ***B Upphandlingskontrakt - Byggentreprenader***

De flesta PPP-kontrakt är att beteckna som byggentreprenadkontrakt. På senare tid diskuteras ofta alternativa finansieringsformer. Bland annat har kommuner, regioner och näringsliv tillskjutit medel för att starten av samhällsekonomiskt viktiga vägprojekt skall kunna tidigareläggas. Den fasta förbindelsen över Öresund har finansierats genom broavgifter. För närvarande diskuteras också om ”trängselavgifter” kan användas för att finansiera ny infrastruktur, företrädesvis inom storstadstrafiken.

### *Joint ventures och andra typer av samarbetskontrakt*

Staten är sällan part i sådana projekt medan kommunerna och landsting är betydligt vanligare. Av uppgifter från kommuner och landsting framgår att sådana projekt förekommer i begränsad utsträckning. Kommunallagen innehåller särskilda bestämmelser för företag som helt eller delvis ägs av en kommun eller ett landsting.

### ***C Kundvalssystem***

Det finns olika typer av kundvalssystem. De flesta används på kommunal nivå. Gemensamt för dessa är att en kommuninvånare erhåller en anvisning eller check som berättigar honom/henne att mot denna erhålla en viss tjänst. Detta innebär att privata utförare bedriver en kommunal verksamhet på uppdrag av kommunen.

Frågan hur dessa förhåller sig till reglerna för offentlig upphandling har varit föremål för flera utredningar, bl.a. Upphandlingskommittén SOU 2001:31. Utredningen har kommit fram till att uppdragsförhållandet medför att det föreligger upphandlingsskyldighet. Regeringen har angivit att frågan om kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. skall

---

<sup>3</sup> RegR dom i mål nr 1080-1995 från den 7 juli 1995, RÅ 1995 not 252

Andrea Sundstrand

utredas vidare (prop. 2001/02:142, sid. 86). Något slutligt ställningstagande finns således inte.

För närvarande kan det endast sägas att graden av den upphandlande enhetens inblandning får avgöra huruvida transaktionen är att beteckna som ett ömsesidigt kontrakt med ekonomiska villkor eller någon annan form av överenskommelse. I de fall när en kommun tillhandahåller en lista på leverantörer, dvs. väljer dem som får tillhandahålla tjänsterna samt garanterar betalningen, uppstår det ett kontrakt mellan kommunen och leverantören, även om det är kommuninvånaren som väljer vilken av de anvisade leverantörerna som skall anlitas. Sådana situationer uppstår framför allt vid obligatoriska uppgifter för en kommun, såsom tillhandahållande av förskoleverksamhet eller äldreomsorg. Det finns dock fall när en kommuninvånare erhåller en check som får användas för vissa tjänster även utanför den egna hemkommunen, såsom fotvård. Sådana är närmast att beteckna som en form av individuellt bistånd till den enskilde och omfattas sannolikt inte av reglerna om offentlig upphandling. Härutöver finns andra typer av kundvalssystem i vilka kommunens ansvar för tjänstens tillhandahållande är delat eller inte lagstadgat och dessa är svårare att bedöma.

#### *”Avknoppning”*

En form av privatisering som möjligen kan hänföras till PPP är s.k. avknoppning. Detta innebär att en personalgrupp erbjuds att i bolags- eller föreningsform utföra uppgifter vilka de dittills utfört som anställda. En offentlig arbetsgivare kan därmed privatisera delar av sin verksamhet samtidigt som man tar till vara den upparbetade kompetensen.

Frågan om man utan föregående upphandling under en begränsad tidsperiod får överlämna driften av en verksamhet till en grupp av tidigare anställda har utretts flera gånger men har ännu inte lett till någon lagstiftning. Enligt nuvarande uppfattning är det inte möjligt att ingå kontrakt med avknoppad verksamhet utan att detta föregåtts av upphandling i enlighet med gällande regler.

*2. Enligt kommissionens uppfattning kommer överföringen av den konkurrenspräglade dialogen till den nationella rätten att göra det möjligt för berörda parter att använda ett förfarande som är särskilt lämpat för ett avtal i en offentlig upphandling som skall genomföras med ett rent avtalsmässigt offentligt-privat partnerskap, samtidigt som de ekonomiska aktörernas grundläggande rättigheter iakttas. Delar du denna uppfattning? Om inte, varför?*

Andrea Sundstrand

*3. Finns det, när det gäller dessa avtal, enligt din uppfattning andra punkter än de som gäller valet av upphandlingsförfarande som kan tänkas skapa problem när det gäller EG-rätten om offentlig upphandling? Om svaret är ja, vilka är de och vilka är deras orsaker?*

NOU anser att koncessioner och andra former av avtal mellan det offentliga och det privata, där den privata partner tillför ekonomiska medel och tar en ekonomisk risk eller endast tar en ekonomisk risk, inte bör omfattas av de regler som gäller "normala" bygg- och tjänsteupphandlingar. Avtalens konstruktion kräver att de upphandlande enheterna och deras privata och/eller offentliga partners ges mer långtgående möjligheter att förhandla, även efter det att anbudsgivarna avlämnat sina anbud, än de som återfinns i upphandlingsdirektiven. Därmed anser NOU att den konkurrenspräglade dialogen inte är tillräckligt flexibel för dessa typer av avtal.

Den faktorn att anbudsgivarna tar på sig en ekonomisk risk, måste enligt NOU också innebära möjligheter att förändra ingångna avtal, t.ex. i de fall de ekonomiska kalkylerna visar sig ohållbara, något som i "vanliga" upphandlade avtal enligt upphandlingsreglerna normalt inte är tillåtet.

Risken med att låta det nu befintliga regelverket även omfatta upphandling av tjänstekoncessioner samt andra avtal där det privata tillför ekonomiska medel och tar en ekonomisk risk eller endast tar en ekonomisk risk är att de privata leverantörerna avstår från att delta i sådana upphandlingar. De privata företagen avstår därmed från att bidra med ekonomiska medel till offentliga projekt, vilket strider mot hela grundidén med koncessionsförfarandet och de avtal avseende offentlig-privat samarbete som avses i detta yttrande.

NOU anser det därför vara direkt olämpligt att inordna ovan nämnda typer av avtal i det nu befintliga regelverket för offentlig upphandling.

En punkt som kan tänkas skapa problem är i det fall en koncession eller ett annat avtal mellan det offentliga och det privata initierats av en leverantör som för fram en god idé. Eftersom NOU förespråkar att även avtal som tillkommer på denna grund skall upphandlas, bör någon typ av skydd för leverantörens företagshemligheter utredas. Viss inspiration bör kunna hämtas av skrivningen avseende företagshemligheter i de nyligen antagna direktiven om offentlig upphandling<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> 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.

Andrea Sundstrand

*5. Bedömer du att gemenskapens nu gällande rättsliga ram är tillräckligt ingående för att säkerställa ett konkret och verksamt deltagande av icke-nationella företag och grupper i upphandlingsförfarandena för koncessioner? Är ett verkligt konkurrensförhållande enligt din uppfattning vanligen säkerställt inom denna ram?*

*6. Anser du att ett lagstiftningsinitiativ från gemenskapens sida som syftar till att lägga ramar för upphandlingsförfarandet för koncessioner är önskvärt?*

NOU anser att befintlig gemenskapsrättslig lagstiftning inte är tillräcklig för att ge vägledning, vare sig till upphandlande enheter eller till anbudsgivare, av hur upphandlingar av koncessioner ska utföras. Detta är naturligtvis särskilt problematiskt när det gäller tjänstekoncessioner, eftersom dessa inte regleras av någon gemenskapsrättslig lagstiftning alls, utan endast behandlas i ovan nämnda grönbok om koncessioner från kommissionen och ovan nämnda två domar från EG-domstolen.

Upphandling av koncessioner, oavsett typ, behöver regleras på gemenskapsnivå. Reglerna för upphandling av koncessioner måste säkerställa att principerna om transparens, likabehandling (icke-diskriminering), ömsesidigt erkännande och proportionalitet efterlevs.

NOU anser att ett initiativ från kommissionen för att fastställa just legala ramar för sådana upphandlingar är utomordentligt angeläget. Sådana ramar får dock inte leda till att de upphandlande enheterna förhindras att förhandla i något steg av upphandlingarna eller att förändra ingångna avtal, under förutsättning att förhandlingarna sker i enlighet med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och övrig EG-rättslig lagstiftning.

Kretsen av upphandlande enheter bör i ett direktiv för koncessioner m.m. vara densamma som i upphandlingsdirektiven. NOU anser det även vara en förutsättning att leverantörerna ges rättsmedel i den nya lagstiftningen.

*7. Om du mer allmänt anser att det krävs att kommissionen föreslår en ny lagstiftningsåtgärd, finns det enligt din uppfattning objektiva skäl för att i detta dokument inrikta sig på alla avtalsmässiga offentlig-privata partnerskaps upphandlingar, oavsett om de är offentliga upphandlingar eller koncessioner, för att underkasta dem ett identiskt upphandlingsförfarande?*

NOU anser att det är nödvändigt att ge just ramar för alla typer av samarbete mellan det offentliga och det privata. Att endast delvis reglera sådana avtal

Andrea Sundstrand

som det här är fråga om, kommer endast att leda till svåra gränsdragningsproblem. Koncessioner och övriga typer av avtal mellan upphandlande enheter och leverantörer, där de senare bidrar med ekonomiska medel och tar en ekonomisk risk eller endast tar en ekonomisk risk, bör dessutom omfattas av samma lagstiftning.

*8. Är enligt din erfarenhet de icke-nationella aktörernas tillgång till förfarandena inom offentlig-privata partnerskap på eget initiativ säkerställd? I de fall de upphandlande myndigheterna uppmanat aktörer att framlägga ett initiativ, har denna uppmaning i allmänhet blivit föremål för ett lämpligt offentliggörande som gör det möjligt för informationen att nå alla berörda aktörer? Har ett urvalsförfarande som präglas av effektiv konkurrens organiserats för ett framlagt projektet?*

Enligt vad NOU har kunskap om, har någon sådan form av direkt uppmaning till privata aktörer att lämna egna initiativ, utan att ett offentligt upphandlingsförfarande följt uppmaningen, inte hittills förekommit i Sverige.

*9. Vilket skulle enligt din uppfattning vara det bästa tillvägagångssättet för att säkerställa utvecklingen av offentlig-privata partnerskap på privat initiativ i Europeiska unionen samtidigt som principerna om insyn, icke-diskriminering och likabehandling iakttas?*

NOU anser att offentlig-privata partnerskap på privat initiativ skall regleras på samma sätt som koncessioner, se NOU:s svar under fråga 5 och 6. Risken att de i frågan nämnda principerna inte beaktas är annars avsevärd.

*11. Känner du till fall där genomförandevillkoren - inbegripet klausuler för anpassning i tiden - kunnat få en diskriminerande verkan eller kunnat bilda ett omotiverat hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster eller för etableringsfriheten? Om så är fallet, kan du beskriva det slags problem som du mött?*

NOU känner inte till några fall i upphandlingar av koncessioner eller offentlig-privata partnerskap där genomförandevillkor fått en diskriminerande verkan eller bildat omotiverade hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster eller för etableringsfriheten.

Andrea Sundstrand

*12. Känner du till sätt eller metoder för utvärdering av anbud med diskriminerande verkningar?*

NOU känner inte till några fall i upphandlingar av koncessioner eller offentlig-privata partnerskap där sätt eller metoder för utvärdering av anbud fått diskriminerande verkningar.

*13. Delar du kommissionens uppfattning att vissa "step-in"-uppläggningar kan medföra problem när det gäller insyn och likabehandling? Känner du till andra slags klausuler vars införande kan tänkas medföra liknande problem?*

Med "step-in"-uppläggningar avses normalt 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 ursprungligas ställe, om denne inte uppfyller vissa ekonomiska förpliktelser. De innebär alltså i praktiken att bankerna och/eller andra finansieringsinstitut under sådana förutsättningar 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 koncessioner<sup>5</sup>. 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 tidsperiod. 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.

---

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

Andrea Sundstrand

*14. Anser du att ett förtydligande krävs på gemenskapsnivå av vissa aspekter på de offentligprivata partnerskapens avtalsmässiga ram? Om så är fallet vilken(a) aspekt(er) borde detta förtydligande gälla?*

En ny lagstiftning bör klargöra hur de grundläggande EG-rättsliga principerna är tillämpliga avseende offentliggörandet av upphandlingar, möjligheten till förhandling under hela upphandlingsförfarandet, möjligheten till förändring av ingångna avtal samt innehålla särskilda bestämmelser avseende s.k. "step-in"-klausuler och rättsmedel.

*15. Känner du i samband med de offentlig-privata partnerskapens verksamhet till särskilda problem som uppstått när det gäller underleverantörer? Vilka?*

NOU har inte uppmärksammat sådana problem.

*16. Beträffande begreppet avtalsmässiga offentlig-privata partnerskap, som innebär överföring av en samling arbetsuppgifter till en enda privat partner, är det enligt din uppfattning motiverat att mer detaljerade bestämmelser eller ett större tillämpningsområde införs när det gäller underleverantörer?*

NOU anser att det i sådana avtal som det här är fråga om, är av särskilt vikt för den upphandlande enheten att känna till sin motparts ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet, eftersom den upphandlande enheten kan riskera att själv behöva överta driften av dyra och komplicerade projekt. Däremot anser NOU inte att det är nödvändigt att särskilda bestämmelser införs vad gäller underleverantörer vid avtalsmässiga offentlig-privata partnerskap.

*17. Anser du i största allmänhet att ett kompletterande initiativ bör tas på gemenskapsnivå för att förtydliga eller reglera bestämmelserna om underleverantörer?*

NOU anser inte att ett sådant initiativ är nödvändigt. De regler som återfinns i de nyligen publicerade EG-direktiven om offentlig upphandling<sup>6</sup> avseende regler för underleverantörer, är tillräckliga för upphandlingar enligt dessa direktiv.

---

<sup>6</sup> 2004/17/ EG och 2004/18/EG



Andrea Sundstrand

*18. Vilken erfarenhet har du av införandet av åtgärder från institutionella offentlig-privata partnerskaps sida? Leder din erfarenhet dig till att i synnerhet anse att EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner iaktas i institutionella offentlig-privata partnerskaps uppläggningar? Om inte, varför?*

NOU har ingen erfarenhet av införandet av åtgärder från institutionella offentlig-privata partnerskaps.

*19. Anser du att ett initiativ bör tas på gemenskapsnivå för att förtydliga och precisera de upphandlande organens skyldigheter när det gäller de villkor under vilka anbudsinfordran bör avkrävas de aktörer som är potentiellt intresserade av ett projekt av institutionellt slag? Om svaret är ja, inom vilka särskilda områden och i vilken form? Om inte, varför?*

Den svenska rättspraxisen på området anger tydligt att en upphandlande enhet inte har möjlighet att utan offentlig upphandling tilldela ett kontrakt till en annan juridisk person, även i de fall den äger mer än hälften av denna person. Det innebär att det i dag inte är möjligt för upphandlande enheter att teckna avtal med en annan juridisk person det själv äger utan konkurrensutsättning, oavsett om ägandet till en minoritet ägs av ett annat rättssubjekt eller om enheten själv äger hela. Det innebär t.ex. att även i det fall en upphandlande enhet och ett annat rättssubjekt gemensamt startar ett bolag, kan inte den upphandlande enheten garantera den andra partnern några ekonomiska fördelar av samarbetet. För svensk del är det därmed inte nödvändigt att kommissionen tar initiativ i den här frågan.

En förändring av svensk praxis kan komma till stånd genom domar i de mål vilka kommissionen hänvisat till som inkommit till EG-domstolen<sup>7</sup>. NOU anser det därför bättre att avvakta utgången av dessa mål, för att inte riskera att gemenskapen lagstiftar i onödan.

*20. Vilka åtgärder och vilken praxis anser du hindra att offentlig-privata partnerskap införs inom Europeiska unionen?*

Som NOU redogjort för tidigare i dokumentet, anser myndigheten att bristen på klagörande rättsregler hindrar upphandlande enheter att inleda offentlig-privata partnerskap. Risken att bryta mot befintliga rättsregler, och därmed riskera överprövningar och skadestånd, är för stor. Privata bolag är också

---

<sup>7</sup> C-26/03 Stadt Halle and others, C-231/03 Coname och C-458/03 Parking Brixen.

Andrea Sundstrand

tveksamma till att bidra med tid, kraft och ekonomiska medel, om de riskerar att projekten havererar.

*21. Känner du till andra former av offentlig-privata partnerskap som utvecklats i länder utanför unionen? Känner du till exempel på 'god praxis' som utvecklats inom denna ram och av vilka unionen skulle kunna ta intryck? Om svaret är ja, vilka?*

NOU har tyvärr inte någon erfarenhet av utvecklingen i länder som inte tillhör unionen/EES-området.

*22. Anser du att det vore användbart om aktörer som berörs av offentlig-privata partnerskap gemensamt och regelbundet rådgör om dessa frågor samt delar med sig av sina erfarenheter av 'god praxis', då det annars skulle innebära betydande investeringar för de enskilda medlemsstaterna för att nå en social och varaktig utveckling? Anser du att kommissionen bör etablera ett sådant nätverk?*

NOU anser det mycket önskvärt, både för upphandlande enheter i Sverige, men särskilt för upphandlande enheter i de nya medlemsländerna, att få tillgång till praxis och erfarenhet av offentlig-privata partnerskap.

Eftersom det är av stor betydelse att de gemenskapsrättsliga reglerna tolkas på likartat sätt i alla medlemsländer, vore det önskvärt att kommissionen tog initiativet till att bilda ett sådant nätverk. Nätverket bör bestå av teknisk, finansiell och juridisk expertis från alla medlemsländer. Däremot anser NOU inte att det är nödvändigt att kommissionen, efter att ha initierat ett sådant nätverk, aktivt deltar i nätverket. NOU anser att det är av stor vikt att nätverket får en informell status, så att upphandlande enheter och leverantörer utan formella tvång kan få hjälp och råd "kolleger emellan". Nätverket bör därför endast bestå av en lista på experter i olika länder, till vilka både upphandlande enheter och leverantörer kostnadsfritt kan vända sig för att ta del av experternas kunskap. Intresserade experter bör uppmanas att anmäla sig. Listan med namn och kontaktuppgifter bör publiceras på kommissionens webbplats. Något formalia utöver detta anser NOU inte vara nödvändig.

Andrea Sundstrand

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 17 juni 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, 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. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

DATUM  
2004-06-17  
ERT DATUM  
2004-04-15

DIARIENR  
2004/0101-22  
ER BETECKNING  
Fi2004/1827

1 (2)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Ds 2004:18 Kommunal medverkan i landstingets sjuktransporter**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse daterad den 15 april 2004 av Finansdepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerad promemoria. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i promemorian som berör lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

### *Omfattningen av LOU*

LOU och de EG-direktiv om offentlig upphandling som den bygger på<sup>1</sup> syftar till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat och att därvid undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid tilldelning av kontrakt som möjligheten att en offentlig upphandlande myndighet låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska<sup>2</sup>.

Reglerna i LOU omfattar upphandlande enheters köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. En upphandlande enhet får vid sin anskaffning inte ta hänsyn till annat än de i annonsen eller förfrågningsunderlaget av enheten uppställda kraven och kriterierna. Det innebär t.ex. att en upphandlande enhet vid beslut om vilken anbudsgivare/anbud som skall antas, inte får ta hänsyn till konkurrenssituationen vid avtalstidens utgång.

LOU och de bakomliggande direktiven syftar inte till att öka konkurrensen mellan aktörer på den ekonomiska marknaden i sig. Sådana hänsyn omfattas

<sup>1</sup> Direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, respektive offentlig upphandling av varor, offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, på vilka LOU bygger. Dessa direktiv har den 30 april 2004 ersatts av 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 av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna.

<sup>2</sup> Se bl.a. de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini mot ANAS*, dom av den 27 november 2001, punkt 36.

Andrea Sundstrand

av reglerna i konkurrenslagen (1993:20), över vilken Konkurrensverket har tillsyn.

I ovan nämnda promemoria anger regeringen att det föreslagna undantaget för kommuner från självkostnadsprincipen och lokaliseringsprincipen i kommunallagen (1991:900) inte innebär att landstinget vid sin upphandling av sjuktransporter skall göra något avsteg från LOU. Eftersom förslaget inte påverkar tillämpningen av lagstiftningen om offentlig upphandling, har NOU inget att erinra mot förslaget.

NOU vill dock uppmärksamma regeringen på att de nya direktiven om offentlig upphandling för den klassiska sektorn (till vilken landstingens sjukvårdstransporter hör) särskilt betonar att i de fall ett offentligt organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling, bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids<sup>3</sup>.

NOU vill även betona att det i EG-rätten hävdas att varje åtgärd, oavsett om den är avtalsgrundad eller ensidig, varigenom en offentlig enhet anförtror tredje man genomförandet av en ekonomisk verksamhet, skall undersökas i ljuset av fördragets bestämmelser och principer, framför allt när det gäller etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget). Dessa principer omfattar bl.a. principerna om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande<sup>4</sup>.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande 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. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

---

<sup>3</sup> P. 4 i ingressen till direktiv 2004/18/EC, se fotnot 1.

<sup>4</sup> Se Europeiska kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, sid. 5.

Magnus Nilsson

DATUM  
2004-03-09  
ERT DATUM  
2003-12-17

DIARIENR  
2003/0332-22  
ER BETECKNING  
Ju2003/9069/L1

1 (3)

Justitiedepartementet  
Enheten för fastighetsrätt och  
associationsrätt

103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande avseende Aktiebolag med begränsad vinstutdelning, SOU 2003:98**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats att yttra sig över rubricerade utredning. NOU begränsar sitt remissvar till de frågor som har beröring med offentlig upphandling. NOU har tidigare lämnat skriftliga synpunkter under utredningen, NOU:s dnr 2003/0224-29.

### **NOU:s utgångspunkter**

En verksamhetsinriktning på barnomsorg, skola, sjukvård och äldreomsorg medför att leverantörens tjänster eller varuleveranser i de flesta fall blir föremål för offentlig upphandling. Tilldelning av offentliga kontrakt måste då ske i enlighet med lagen om offentlig upphandling (LOU) och bakomliggande EG:s upphandlingsdirektiv. NOU anser det värdefullt att utredningen beaktat upphandlingsreglernas betydelse.

NOU tar inte ställning till om det finns ett behov av en ny aktiebolagsform utan yttrar sig endast över huruvida utredningens förslag är förenliga med upphandlingsreglerna.

### **Särbehandling av aktiebolag av den nya formen vid offentlig upphandling**

Utredningen anger att flertalet av de sammanslutningar som lämnat synpunkter till utredningen har uttryckt en stor skepsis mot behovet av en ny aktiebolagsform. En majoritet av dessa har även framfört farhågor om att den nya bolagsformen i framtiden av myndigheterna kommer att påtvingas aktörerna på marknaderna antingen genom krav från upphandlande enheter eller som en förutsättning för att erhålla offentliga medel.

NOU vill därför anföra att det i samband med offentlig upphandling inte är möjligt att ställa krav på att en leverantör för att tilldelas ett kontrakt bedriver verksamheten i en särskild associationsform.

Upphandlingsreglernas syfte är att förverkliga den inre marknaden på så sätt att offentliga kontrakt i medlemsstaterna inte skall kunna förbehållas inhemska leverantörer. Medlemsstaterna ska se till att upphandlingsförfarandena i praktiken innebär att de offentliga marknaderna öppnas för konkurrens. EG-domstolen har därför i sin rättspraxis betonat att de *grundläggande gemenskapsrättsliga principerna* måste iakttas vid offentlig upphandling, nämligen principen om öppenhet (transparens), likabehandling, förbud mot nationell diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.<sup>1</sup> Utredningen lägger inte heller fram några förslag på särbehandling av aktiebolag av den nya formen i samband med upphandling. NOU anser att möjligheter till särbehandling inte får finnas. Tilldelning av offentliga kontrakt skall därför även i praktiken ske utan ovidkommande hänsyn och utan någon preferens för en viss associationsrättslig form och utan hänsyn till leverantörens nationella hemvist. Alla fysiska och juridiska personer, inklusive ideella föreningar, skall behandlas lika och utan hänsyn till om de är offentligt eller privat ägda och om de delar ut vinst eller inte. Att direkt eller indirekt gynna eller missgynna en leverantör på grund av leverantörens associationsform är enligt NOU:s uppfattning inte förenligt med upphandlingsreglerna.

NOU delar utredningens uppfattning att för det fall svenska myndigheter i framtiden kommer att knyta tillstånd till viss verksamhet eller möjlighet att erhålla offentliga bidrag och dylikt till att verksamheten bedrivs i den nya formen av aktiebolag kan sådana villkor eventuellt komma i konflikt med EG-rätten.

### **Möjlighet för aktiebolag av den nya formen att delta i offentlig upphandling**

För att ett aktiebolag av den nya formen skall kunna erhålla offentliga kontrakt är det nödvändigt att bolaget kan kvalificera sig vid offentliga upphandlingar och därvid visa önskad grad av ekonomiska och finansiella styrka.<sup>2</sup> Även förmåga till nyinvesteringar, vidareutbildning av personal, forskning och utveckling m.m. kan bli avgörande för bolagets förmåga att

---

<sup>1</sup> Se t.ex. EG-domstolens dom C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab ./. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*

<sup>2</sup> En upphandlande enhet skall enligt 1 kap. 18 § LOU i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Se vidare förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Förordningen gäller inte vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU, enligt vilket flertalet vård- och utbildningsupphandlingar skall göras, men kan tjäna som vägledning när det gäller att fastställa vilka krav som kan ställas och vilka bevis som kan begäras i en upphandling.

kvalificera sig som leverantör och/eller uppfylla förfrågningsunderlagets krav. NOU kan inte se att ett aktiebolag av den nya formen inte skulle kunna visa upp de bevis som krävs vid leverantörskvalificeringen. NOU kan däremot inte bedöma huruvida en leverantörs ekonomiska förutsättningar, och därmed möjlighet att kvalificeras till upphandlingar, skulle påverkas p.g.a. den begränsade vinstutdelningen.

### **Generella problem vid offentlig upphandling**

De sammanslutningar som yttrat sig under utredningens arbete har även uppgett att en del av de problem och svårigheter som privata entreprenörer stöter på har sin grund i det upphandlingsförfarande som tillämpas. Särskilt allt för korta avtalstider anges vara ett problem. NOU anser att detta belyser vikten av ett seriöst upphandlingsarbete hos de upphandlande myndigheterna. Vad gäller avtalstider har NOU i ett yttrande till Regeringsrätten<sup>3</sup> uttalat att avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Upphandling av vissa varor eller tjänster kan kräva en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören.

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, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed och upphandlingschef Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av ek. kand. Magnus Nilsson. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson

---

<sup>3</sup> NOU:s dnr 2003/0176-29



Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

DATUM  
2004-02-19  
ERT DATUM  
2003-10-01

DIARIENR  
2003/0282-22  
ER BETECKNING  
N2003/6797/TP

1 (5)

Näringsdepartementet  
Enheten för transportpolitik  
Håkan Jansson  
103 33 STOCKHOLM

## **Kollektivtrafik med människan i centrum, SOU 2003:67**

### **SAMMANFATTNING**

NOU avstyrker föreslagna ändringar av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) vad avser införandet av möjligheter att omförhandla avtal.

Det är enligt NOU:s uppfattning redan idag möjligt för upphandlande enheter att ställa krav på leverantörerna avseende arbetsmiljöfrågor, under förutsättning att dessa har samband med föremålet för upphandlingen. Det kan inte uteslutas att andra krav skulle strida mot LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling.

NOU anser det inte nödvändigt att utreda vilket kapitel i LOU som skall tillämpas vid upphandling av kollektivtrafik. I det nya EG-direktivet avseende upphandling inom försörjningssektorerna återfinns i artikel 9 en bestämmelse som klargör vilka regler som skall tillämpas i de fall en upphandling innefattar tjänster både inom den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. I vart fall skall en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver någon form av kollektivtrafik som omfattas av 4 kap. 1 § LOU, upphandla sådan enligt 5 kap. LOU.

Rättsläget avseende upphandling inom den klassiska sektorn från ett helägt bolag medger i dag inte att sådan sker utan konkurrensutsättning. Läget har heller inte förändrats genom antagandet av de nya EG-direktiven om offentlig upphandling.

Andrea Sundstrand

## Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse daterad den 2 oktober 2003 av Näringsdepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerat slutbetänkande.

NOU konstaterar att orden upphandla och upphandling sammantaget nämns 280 gånger i betänkandet<sup>1</sup>. Uppenbarligen har offentlig upphandling och de regler som styr denna varit av stor betydelse för utredningen. Det är därför med viss förvåning NOU konstaterar att inte någon representant för myndigheten fanns bland kommitténs experter. NOU har endast kontaktats under hand av några av kommitténs experter, och detta i ett mycket sent skede av utredningen, hösten 2002. De missuppfattningar avseende syftet med LOU, dess tillämpning och möjligheterna att kunna förändra lagstiftningen som förekommer i betänkandet, hade kunnat undvikas i fall nämnden konsulterats i ett tidigare skede av arbetet.

NOU, med sina mycket begränsade resurser, har ingen möjlighet att i efterhand granska hela betänkandet i detalj. NOU avgränsar därför sitt yttrande till kapitel 14 Konkurrens och upphandling, avsnitten 1, 3.2, 3.3 och 6.

### Avsnitt 14.1 Konkurrens i kollektivtrafiken

I avsnittet står bl.a. att trafikhuvudmännen i sina upphandlingar bör beakta strategiska frågor om arbetsmiljö för entreprenörernas anställda. Vad kommittén menar framgår dock inte i avsnittet. Det är enligt NOU:s uppfattning redan idag möjligt för upphandlande enheter att ställa krav på leverantörerna avseende arbetsmiljöfrågor, under förutsättning att dessa har samband med föremålet för upphandlingen. Det kan inte uteslutas att andra krav skulle strida mot LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling. Att kunna ställa krav på att en leverantör uppfyller gällande lagstiftning avseende arbetsrättsliga regler framstår naturligtvis som självklart.

I avsnittet skriver kommittén att det är önskvärt med vissa förändringar av LOU. Vilka förändringar som är önskvärda framgår dock inte, inte heller vilka regler i lagen som framstår som problem.

---

<sup>1</sup> Jämför med följande ord som uttryckligen nämns i kommitténs direktiv; glesbygd (111 gånger), samarbete (107 gånger), konkurrenskraft (27 gånger) och kvalitet (77 gånger).

Andrea Sundstrand

### Avsnitt 14.3.2 Möjligheter att ha en bra affärsrelation är begränsade

I avsnittet föreslår kommittén att LOU ses över utifrån de speciella behov som uppkommer när fleråriga tjänstekontrakt upphandlas och att det i förarbetena till LOU tas in vad som är att betrakta som ”affärsmässig” i dessa sammanhang. Kommittén menar att de begränsade möjligheter som finns till omförhandling förhindrar ett dynamiskt affärstänkande.

Att tillåta väsentliga omförhandlingar av upphandlade avtal skulle enligt NOU:s uppfattning strida både mot LOU och mot de bakomliggande EG-direktiven om offentlig upphandling. De grundläggande reglerna om likabehandling och transparens skulle sättas ur spel<sup>2</sup>.

Det förefaller inte som om kommittén alls beaktat de möjligheter som redan idag står till buds i LOU innan den föreslår förändringar av lagens förarbeten. Upphandlingsförfarandena i LOU kan i många fall lösa de situationer som kan uppstå till följd av ändrade förutsättningar för upphandlade avtal. Det finns t.ex. i LOU inga begränsningar för vad en optionsklausul kan innehålla, under förutsättning att den annonserats eller angetts i förfrågningsunderlaget. Vidare finns möjligheten att på lönsamma linjer upphandla tjänstekoncessioner, vilka kan innebära att leverantören själv får utforma trafiken på en viss sträcka. I de nya EG-direktiven om offentlig upphandling återfinns ytterligare möjligheter, se avsnitt 14.6 Upphandla idéer nedan.

### Avsnitt 14.3.3. Lagen försvårar samordning

Kommittén vill i avsnittet att LOU ska medge att en samordnad upphandling av olika trafikformer kan göras enligt ett och samma kapitel i LOU.

NOU vill här börja med att påpeka att det framgår av EG-domstolen i mål C-513/99 mellan Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne<sup>3</sup>, att en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver busstrafik på linjer, utan endast är ansvarig för att sådan tillhandahålls, skall tillämpa reglerna i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) vid upphandling av sådan

---

<sup>2</sup> Se EG-domstolens dom i mål C-337/98 Europeiska gemenskapernas kommissionen mot Republiken Frankrike.

<sup>3</sup> REG 2002, sid. I-7213. Se särskilt p. 40-42.

Andrea Sundstrand

kollektivtrafik. Det innebär, för motsvarande svenska förhållanden, att upphandling av kollektivtrafik, i flertalet fall, skall ske enligt 5 kap. LOU. Endast upphandlande enheter som i egen regi bedriver kollektivtrafik kan tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling av ytterligare kollektivtrafik. För sådana upphandlande enheter återfinns dessutom i artikel 9 i det nyligen antagna EG-direktivet om offentlig upphandling inom försörjningssektorerna, bestämmelser om vilka regler dessa ska tillämpa vid upphandlingar som omfattar både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna, t.ex. när de upphandlar både kollektivtrafik (försörjningssektorerna) och färdtjänst (klassiska sektorn).

Kommittén vill även ändra LOU så att ägarna kan överföra sina beställningscentraler till sina trafikhuvudmän utan föregående upphandling. Vad som avses är att en upphandlande enhet skall kunna köpa vissa tjänster av en annan juridisk person utan att tillämpa LOU. Rättsläget avseende upphandling inom den klassiska sektorn från ett helägt bolag medger i dag inte att sådan sker utan konkurrensutsättning<sup>4</sup>. Läget har heller inte förändrats genom antagandet av de nya EG-direktiven om offentlig upphandling. NOU har uttalat följande i *NOU info dec-03* avseende det oförändrade rättsläget för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en enhet som myndigheten utövar fullständig kontroll över eller ett ”samföretag” som myndigheten bildat med andra upphandlande enheter:

”Eftersom rådet inte kunde enas om EG-kommissionens tidigare utformning av förslaget menade kommissionen att denna fråga bäst löses av rättspraxis och drog därför tillbaka sitt förslag (EG-kommissionen har ensamrätt på att föreslå nya direktivregler). En begäran om yttrande i frågan har dessutom redan inkommit till EG-domstolen, se mål C-26/03 Stadt Halle m.fl.”

Avseende möjligheterna att köpa från eget bolag utan föregående konkurrensutsättning finns numera en fast och samstämmig praxis från EG-domstolen och de svenska domstolarna. Någon möjlighet till ändring finns inte, annat än om EG-domstolen ändrar eller vidareutvecklar rättspraxis. En annan omständighet att beakta är att EG-domstolen i det ovan nämnda målet kan komma att endast behandla upphandlande enheters köp från helägda eller majoritetsägda bolag. Vad NOU förstår är så inte fallet i alla de av utredningen behandlade upphandlingarna av beställningscentraler. Sverige har som medlemsstat i EU inte möjlighet att avsiktligt bryta mot de EG-direktiv den åtagit sig att följa.

---

<sup>4</sup> Se EG-domstolens domar i följande mål; C-107/98 Teckal, REG 1999, sid I-8121, p. 50, C-94/99 ARGE, REG 2000, sid. I-11037, p. 40, C-349/97 Konungariket Spanien mot EG-kommissionen samt i de förenade målen C-20/01 och 28/01 EG-kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Andrea Sundstrand

NOU anser således att det skulle vara mycket svårt att i nuläget ändra de direktivstyrda reglerna i LOU. Däremot kvarstår naturligtvis friheten för Sverige att förändra annan, inte EG-reglerad, svensk lagstiftning.

## Avsnitt 14.6 Upphandla idéer

Kommittén föreslår att en modell för tävling och eventuell upphandling av idéer om och förslag till utformning av kollektivtrafik bör utvecklas.

NOU stödjer förslag, som involverar leverantörer på idéstadiet. Regler för tävlingar genom offentlig upphandling återfinns i 5 kap. LOU. Andra alternativ kan vara att de upphandlande enheterna möjliggör för anbudsgivarna att avge *alternativa anbud* eller att de upphandlande enheterna tillämpar *funktionsupphandling*. Den nya upphandlingsformen ”*konkurrenspräglad dialog*” återfinns i det nyligen antagna EG-direktivet för offentlig upphandling i den klassiska sektorn. Upphandlingsformen, vilken är frivillig för medlemsstaterna att införa, kan sannolikt möjliggöra för de upphandlande enheterna att gemensamt med potentiella leverantörer diskutera sig fram till en tillfredsställande utformning av kollektivtrafiken. Arbetet med införlivning av de nya EG-direktiven om offentlig upphandling kommer troligtvis att påbörjas inom kort.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 19 februari 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, sektionschefen Hans Ekman, 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

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Internrevisionen i staten – förslag till en förstärkt internrevision (SOU 2003:93)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som utövar tillsyn över offentlig upphandling enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) har anmodats att yttra sig över rubricerat förslag till stärkt internrevision i staten.

### *NOU:s utgångspunkter*

Inledningsvis kan NOU konstatera att nämnden inte omfattas av den befintliga internrevisionsförordningen<sup>1</sup> och inte heller framdeles torde omfattas av den nu föreslagna regleringen. NOU:s synpunkter i yttrandet utgår i stället från NOU:s uppgifter som tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet. Yttrandet bygger på förhoppningen att NOU:s tillsynsinsatser i framtiden kan utgå ifrån en stärkt internrevision vid statliga myndigheter. De synpunkter som lämnas nedan bygger vidare på antagandet att upphandlingsområdet ingår i internrevisionens uppgift att uttala sig om den interna styrningen och kontrollen vid statliga myndigheter.

### *Ny internrevisionsmyndighet*

Internrevisionsutredningen föreslår att en ny myndighet, internrevisionsmyndigheten, skall inrättas med dels en samordnande uppgift och dels en granskande uppgift. Myndigheten skall vidare svara för kvalitetssäkring, metod- och kompetensutveckling samt föreskrifter och allmänna råd.

Om internrevisionsmyndigheten skall inrättas bör den, enligt NOU:s uppfattning, åläggas (t.ex. i sitt regleringsbrev) att samråda med NOU i den del av verksamheten som avser granskning av den interna styrningen och kontrollen på upphandlingsområdet.

---

<sup>1</sup> Förordning (1995:686) om intern revision vid statliga myndigheter

Verksamheten vid NOU som omfattar verksamhetsgrenarna tillsyn, information och utveckling planeras utifrån ett anslag på knappt 8 miljoner kr. Alla de upphandlande enheter som omfattas av NOU:s tillsyn kan rimligen inte direkt beröras av nämndens tillsynsinsatser.

Internrevisionsmyndigheten skulle kunna inta en central roll vad avser internrevisorernas granskning på upphandlingsområdet. Eftersom den sammanlagda offentliga upphandlingen uppgår till betydande belopp (omkring 400 miljarder kr per år<sup>2</sup>) ser NOU upphandling som ett prioriterat område vid val av revisionsinsatser utifrån begreppet väsentlighet.

Revisionsarbetet vid statliga myndigheter torde kunna bedrivas med utgångspunkt i gemensamma metoder utvecklade av den föreslagna internrevisionsmyndigheten i samråd med NOU. Ett nära samarbete mellan NOU och internrevisionsmyndigheten skulle kunna avse vilka statliga myndigheter som skall omfattas av förordningen och metod- och kompetensutvecklingsfrågor för granskning av upphandling.

#### *Kriterier för urval av myndigheter*

NOU instämmer i synpunkten att frågan om vilka myndigheter som skall bedriva internrevision inte enbart kan bestämmas utifrån kriterier som myndighetens kostnader. Bedömningen av om en viss myndighets verksamhet är riskfylld eller ej uppges kunna göras utifrån vissa indikatorer bland annat om myndigheten har en decentraliserad organisation.

En annan sådan indikator är enligt NOU:s mening att en myndighet har en mycket omfattande upphandlingsverksamhet. Det kan t.ex. vara så att en myndighet har till uppgift att upphandla för andra organisationer. Även andra frågor som har nära anknytning till upphandlingsverksamheten kan anses vara riskfylld, t.ex. när myndigheter har en organisation bestående av både beställare och utförare.

#### *Krav på att bedriva internrevision*

NOU har inget att invända mot Internrevisionsutredningens förslag att myndigheter skall kunna bedriva internrevision enligt god internrevisions- och internrevisorssed genom att köpa internrevisionstjänsten i sin helhet.

---

<sup>2</sup> Effektivare offentlig upphandling, delbetänkande av upphandlingskommittén, SOU 1999:139

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 28 januari 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschef Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. 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.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

**För kännedom**  
Konkurrensverket



Kristian Pedersen

**REMISSVAR**

DATUM  
2003-08-26  
TJÄNSTEANTECKNING

DIARIENR  
2003/0228-29

1 (5)

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **NOU:s remissvar angående Ds 2003:3 Ny ordning för utfärdande av rättsintyg**

### **Inledning och avgränsning**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har beretts tillfälle att yttra sig över Ds 2003:3 Ny ordning för utfärdande av rättsintyg.

NOU begränsar sitt yttrande till att avse de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Departementspromemorian framstår för NOU som i huvudsak väl genomarbetad och slutsatserna i allt väsentligt välgrundade.

Av promemorian framgår att den ökade privatiseringen inom hälso- och sjukvården kan innebära ökade svårigheter för de rättsvårdande myndigheterna att få in intyg och utlåtanden. En stor belastning kan uppstå på rättsmedicinalavdelningarna eftersom myndighetsutövning och tvångsvård får tillgripas endas inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården. NOU, som inte anser det klarlagt att undersökningar av misstänkta gärningsmän endast får ske inom den offentliga vården anser att det bör utredas huruvida det föreligger några lagliga hinder mot att sådana undersökningar utförs även av för detta ändamål anlitate privatpraktiserande läkare efter en upphandling i konkurrens.

NOU vill slutligen understryka att även avtal mellan Rättsmedicinalverket och landsting, vilka utgör avtal mellan två olika juridiska personer, omfattas av LOU:s definition av upphandlingskontrakt och därför som huvudregel skall föregås av formbunden upphandling. Landstingens rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg medför inte att Rättsmedicinalverket får sluta avtal utan föregående upphandling.

## Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

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 för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster (begreppet B-tjänster förklaras nedan), oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men har delvis utformats på grundval av tidigare gällande svenska regler.<sup>1</sup> 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.

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 förhandsavgörande<sup>2</sup> 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.

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 1 kap. 5 § LOU som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling 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.<sup>3</sup> Av tjänstedirektivet framgår att begreppet leverantör även kan omfatta offentliga organ.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

<sup>2</sup> Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även C-324/98.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (c).

## **Rätten att utföra medicinska undersökningar vid misstanke om brott**

Av promemorian framgår att det kan uppkomma brist på läkare som kan utfärda intyg. Rikspolisstyrelsen befarar nämligen att privatisering av hälso- och sjukvården kan medföra att rättsläkarna vid de rättsmedicinska avdelningarna kommer att tas i anspråk i betydligt större omfattning än hittills. Intygsutredningen<sup>5</sup> uppgav att den ökade privatiseringen inom hälso- och sjukvården kan innebära ökade svårigheter för de rättsvårdande myndigheterna att få in intyg och utlåtanden. I promemorian uttalas att det är endast inom offentligt bedrivna hälso- och sjukvård som tvångsåtgärder kan tillgripas. Om en privatanställd läkare vill åtaga sig uppdraget att utfärda ett rättsintyg finns givetvis enligt promemorian inget hinder mot detta men det förutsätter att den undersökte lämnar ett medgivande till undersökningen, något som ofta inte är fallet vid kroppsbesiktning av misstänkt gärningsman.

LOU förutsätter att varje upphandlande enhet utnyttjar befintlig konkurrens. Förslagen i promemorian talar inte emot att största möjliga antal lämpliga läkare skall kunna anlitas. NOU anser att det bör klargöras bättre huruvida det föreligger några lagliga hinder mot att undersökningar av misstänkta gärningsmän utförs även av för detta ändamål anlidade privatpraktiserande läkare efter upphandling i konkurrens.

## **Landstingens rätt att ta ut avgift för vissa rättsintyg**

Hälso- och sjukvårdstjänster är sådana tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU och, som oavsett kontraktets värde, skall upphandlas enligt 6 kap. LOU. Upphandling skall enligt 6 kap. 2 § göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

I promemorian föreslås att landstingen skall ges rätt att ta ut avgift för sådana intyg som utfärdas i tjänsten av läkare eller tandläkare inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården när intyget begärs av polismyndighet, åklagarmyndighet eller domstol i syfte att användas som underlag i brottsutredning eller som bevis i rättegång i anledning av brott. Av promemorian framgår vidare att "[i]ntyg som utfärdas av läkare som för denna uppgift kontrakterats av Rättsmedicinalverket omfattas inte av

---

<sup>5</sup> Betänkande SOU 1994:71 av Intygsutredningen i Stockholm 1994. Utredningen föreslog att de skyldigheter att utfärda rättsintyg som åvilar offentligt anställda läkare skulle omfatta alla läkare och tandläkare.

Kristian Pedersen

2003-08-26

2003/0228-29

landstingets rätt att ta ut avgift”<sup>6</sup> samt att ”[a]vgiftens storlek bör fastställas i lokala avtal mellan sjukvårdshuvudmannen och berörda myndigheter.”<sup>7</sup>

NOU, som i och för sig inte motsätter sig att landstingen ges rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg, anser att de ovan citerade formuleringarna ger intryck av att utredaren anser att avtal mellan Rättsmedicinalverket och landsting skall omfattas av andra regler än avtal mellan verket och privata vårdgivare. Av promemorian framgår att utredaren beaktat att avtal mellan Rättsmedicinalverket och privata vårdgivare normalt måste föregås av upphandling.<sup>8</sup> Utredaren förefaller emellertid inte ha beaktat att även avtal mellan Rättsmedicinalverket och landsting, vilka utgör avtal mellan två olika juridiska personer, omfattas av LOU:s definition av upphandlingskontrakt, och därför skall föregås av upphandling.

NOU vill därför understryka vikten av att Rättsmedicinalverket vid tilldelning av alla upphandlingskontrakt följer bestämmelserna i LOU. Landstingens rätt att ta ut avgift för utfärdande av rättsintyg, vilken föreslås i promemorian, medför inte att Rättsmedicinalverket får sluta avtal utan föregående upphandling. Även om det lokalt beslutas en enhetlig taxa kan det finnas konkurrens om kvalitet, tillgänglighet och övriga villkor och grunder som skall gälla för intygets utfärdande.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 26 augusti 2003, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättssakkunnige Gunilla Hulting, upphandlingschef 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 och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

---

<sup>6</sup> Promemorian, s. 115.

<sup>7</sup> Promemorian, s. 123.

<sup>8</sup> Promemorian, s. 126.

Kristian Pedersen

2003-08-26

2003/0228-29

**BILAGOR**

NOU:s skrivelse till Socialstyrelsen (NOU:s ärende 2003/0154-26) och Socialstyrelsens svar bifogas yttrandet för kännedom.

Camilla Graf Morin

YTTRANDE

DATUM  
2003-04-23  
ERT DATUM  
2003-03-06

DIARIENR  
2003/0059-22  
ER BETECKNING  
2002:118 (4)

1 (8)

Riksdagens revisorer  
100 12 STOCKHOLM

## Upphandling vid Sveriges riksbank (Rapport 2002/03:9)

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 huvudsakliga inställning till innehållet i rapporten

**NOU anser att uppgifterna i rapporten påvisar allvarliga brister i upphandlingsverksamheten vid Sveriges riksbank. De brister som revisorerna konstaterar består i flertalet av fall av överträdelser av de grundläggande principerna för offentlig upphandling, såsom principen om likabehandling och principen om affärsmässighet som bland annat innebär en långtgående skyldighet att uppsöka och utnyttja befintlig konkurrens.**

**Mot bakgrund av uppgiften att de upphandlingar som granskats valts ut med utgångspunkt i att leverantörerna sammanlagt hade fakturerat stora belopp enligt Riksbankens ekonomisystem är det mycket allvarligt att *samtliga* granskade upphandlingar visar på *betydande* brister vad gäller tillämpningen av LOU. Utgångspunkten för upphandlande enheter borde vara att organisera sin upphandlingsverksamhet så att upphandlingskunnig personal alltid är med och genomför åtminstone de upphandlingar som är komplicerade och/eller uppgår till betydande belopp. Detta gäller inte minst konsultupphandling.**

**Upphandlingsbestämmelserna har inte enbart ekonomiska syften till nytta för det allmänna och medborgarna. Bestämmelserna är ytterst ett medel för att förverkliga den inre marknadens målsättning med de fyra friheterna, och avses att tillämpas så att spelreglerna och förutsättningarna är tydliga inte bara under själva upphandlings-**

Camilla Graf Morin

**förfarandets gång utan även efteråt, så att beslutet om val av leverantör kan granskas utifrån de av enheten angivna förutsättningarna.**

**De överträdelser som nu är aktuella (bland annat direktupphandlingar utan lagstöd och otydliga förfrågningsunderlag vad gäller utvärderingskriterierna) medför att dessa ovan angivna syften inte tillgodoses. NOU anser att bristerna i sig är av allvarlig art.**

**NOU tillstyrker revisorernas förslag till åtgärder. NOU vill framhålla vikten av att upphandlingsverksamheten är organiserad på ett ändamålsenligt sätt och att den har god förankring inom hela Riksbankens organisation.**

**Den anmälningsplikt för förestående upphandlingar som bland annat föreslås kan förväntas medföra en ökad överblick och förbättrad samordning av Riksbankens upphandlingar. Enligt NOU:s mening bör det övervägas om anmälningsplikten bör begränsas till upphandlingar över ett visst värde.**

**Åtgärderna bör enligt NOU:s uppfattning kombineras med en översyn av de mallar och formuleringar som används t.ex. i Riksbankens förfrågningsunderlag. Anges utvärderingskriterier såsom "kompetens och personliga egenskaper" skall det av förfrågningsunderlaget framgå vad som är viktigt och hur anbudet kommer att värderas.**

**En översyn bör göras av Riksbankens användning av ramavtal, framför allt så att avrop vid parallella avtal sker i enlighet med en på förhand bestämd ordning.**

## **Nedan följer NOU:s övriga synpunkter och kommentarer**

### *Generella synpunkter*

Inledningsvis vill NOU framhålla att rapporten är angelägen och spelar en viktig roll i kontrollen av regelefterlevnaden på upphandlingsområdet, särskilt med tanke på att rättsmedlen i LOU endast kan tillgripas av leverantörer.

Riksdagens revisorer har rapporterat om allvarliga brister i samtliga nu granskade upphandlingar genomförda av Riksbanken. I åtminstone tre fall konstateras att direktupphandling genomförts i strid med LOU. NOU anser dessutom att en myndighet som Riksbanken spelar en viss roll som föredöme för andra myndigheter inte bara i den specifika uppgiften som myndigheten har, utan även vad gäller t.ex. upphandling.

Camilla Graf Morin

Ett återkommande fel i de granskade upphandlingarna är att Riksbanken i förfrågningsunderlaget har angivit att anbuden kommer att utvärderas utifrån kriterierna ”kompetens, personliga egenskaper och pris” utan att närmare precisera innebörden av dessa begrepp.

S.k. fri prövningsrätt vid utvärdering av anbud är inte förenlig vare sig med transparensprincipen eller principen om icke-diskriminering. EG-domstolen har i ett mål om förhandsbesked<sup>1</sup> behandlat frågan om det är tillåtet, när en upphandlande enhet tilldelar kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, att beakta fordons låga kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå.

I NOU:s referat av domen i *NOU info oktober -02* sid. 10 ff. anges följande:

”Enligt domstolen kan myndigheten dock inte tillämpa alla kriterier av detta slag, utan kriterierna skall syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt ha ett samband med föremålet för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten skall således kunna bedöma de inkomna anbuden och fatta ett beslut med tillämpning av kvalitativa och kvantitativa kriterier som kan variera beroende på kontraktets art. Det skulle inte vara förenligt med art.36.1 i tjänstedirektivet att den upphandlande myndigheten gavs en obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt. Kriterierna skall uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandlingen, om möjligt efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först, så att tänkbara leverantörer skall kunna få kännedom om dessa kriterier och deras omfattning.

Kriterierna skall slutligen vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt principen om icke-diskriminering.”

Domstolen finner i det aktuella målet att kriterierna avseende utsläppen och bullernivån kunde anses ha ett samband med föremålet för ett kontrakt om upphandling av lokala busstransporttjänster. Domstolen finner vidare att sådana kriterier som består av att tilläggsponng tilldelas de anbud som uppfyller vissa angivna och objektivt mätbara miljökrav inte medför att den upphandlande myndigheten får obegränsad valfrihet.

Domstolen konstaterar vidare att ”... skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central i direktiven om offentlig upphandling

---

<sup>1</sup> Mål C 513/99, mellan Concordia Bus Finland Oy Ab och Helsingin kaupunki, HKL-Bussliikenne.



Camilla Graf Morin

vilka bland annat syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom deras respektive tillämningsområde och innehåller föreskrifter om kriterier för tilldelning av kontrakt i avsikt att garantera en sådan konkurrens”.

EG-domstolen konstaterade vidare i målet att de aktuella upphandlingskriterierna var objektiva och tillämpades utan åtskillnad på samtliga anbud.

Att komplettera nuvarande bestämmelser avseende rättsmedel med t.ex. en marknadsskadeavgift har diskuterats och utretts under lång tid<sup>2</sup>. Redan innan LOU hade trätt ikraft angavs i prop. 1992/93:88 (sid. 43) följande: ”Från några håll har önskemål framställts om att nämnden bör ha initiativrätt gentemot felande part i domstol. Jag anser att så inte bör vara fallet. Ett skäl för min ståndpunkt är att det förslag jag senare lägger fram om överprövning m.m. kommer att ge leverantörerna möjligheten att i sista hand föra sin sak till domstol. Vetskapen om denna möjlighet bör kunna påverka upphandlarna att bemöda sig om ett korrekt agerande. Skulle det emellertid senare visa sig att det uppkommer ett behov av att någon annan än de inblandade parterna i en upphandling skall ha möjlighet att gripa in medan upphandlingen pågår, antingen via domstol eller på annat sätt, får den frågan aktualiseras i ett senare sammanhang.” NOU kan inte tolka lydelsen på annat sätt att den minst ingripande lösningen valdes till att börja med för att sedan utvärderas när lagstiftningen varit ikraft en tid.

De rättsmedel som erbjuds i LOU lämpar sig inte för vissa typer av överträdelse t.ex. inte för sådana direktupphandlingar utan lagstöd som nu är aktuella. Även en överträdelse bestående av opreciserade utvärderingskriterier i underlaget kan vara svårt för en förfördelad leverantör att komma tillrätta med, eftersom leverantören ofta väntar med sitt klagomål fram till dess tilldelningsbeslutet är fattat. Är underlaget så otydligt att fri prövningsrätt i praktiken föreligger kan det likaledes vara svårt för en leverantör att vinna i domstol.

LOU har emellertid ändrats (SFS 2002:594) sedan Riksbanken genomförde de granskade upphandlingarna vilket bland annat innebär att förfördelade leverantörer getts ökade möjligheter att ansöka om överprövning. Flertalet av de fel som nu är aktuella (direktupphandling utan lagstöd och förlängning av avtal som saknar förlängningsklausul) har dock en sådan karaktär att tänkbara leverantörer inte blir behjälpta av den lagändring som nu nämnts.

---

<sup>2</sup> Se t.ex. NOU:s remissyttranden till upphandlingskommittén NOU dnr. 2001/0094-22 och Riksdagens revisorer NOU dnr. 301/97-22.

Camilla Graf Morin

### *Användningen av ramavtal*

Vad gäller NOU:s uppfattning avseende användningen av ramavtal får hänvisas till nämndens yttranden över betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning<sup>3</sup> som i delar återges i nu föreliggande rapport. NOU anser att upphandlande enheter inte bör ingå s.k. parallella ramavtal utan att rangordna de leverantörer som avtal tecknats med. Det bör i förfrågningsunderlaget anges hur kontraktstilldelning kommer att ske under avtalstiden. Enligt de förslag till upphandlingsdirektiv som beräknas behandlas av EG-parlamentet i vår och som sedan skall införlivas med svensk lagstiftning är det inte tillåtet att fritt avropa från företag med vilka tecknats parallella avtal.

Det kan normalt inte accepteras att den som kom på första plats vid utvärderingen inte får något avrop alls under avtalstiden, om inte utslagning skett vid ett förnyat konkurrensutsättande av samtliga avtalstecknande leverantörer.

### *Upphandling av ramavtal för konsulttjänster inom IT-området*

Revisorerna påtalar att vissa utvärderingskriterier som Riksbanken angivit i just denna upphandling såsom erfarenhet av systemutvecklingsarbete, erfarenhet från bank- och finanssektorn och projektarbete och kunskaper i svenska och engelska språket har karaktären av kvalificeringskrav. NOU delar revisorernas uppfattning, men vill samtidigt betona att gränsdragningen mellan kvalificeringskrav och utvärderingskriterier kan vara svår att dra. De som nu är aktuella synes inte ha preciserats närmare och det talar för att de hör hemma bland kvalificeringskraven. Om något av dem skulle utgöra ett utvärderingskriterium borde det ha preciserats närmare och upplysning lämnats om hur information/referenser om nämnda erfarenheter och kunskaper skulle värderas vid anbudsprövningen.

Om t.ex. referenser anges som utvärderingskriterium angående kvalitet på utförandet av en tjänst skall de självklart tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet.

Innehållet i ett förfrågningsunderlag bör vara formulerat så att anbud som lämnas i enlighet med underlaget går att utvärdera och jämföra sinsemellan. Det blir svårt att prismässigt jämföra inkomna anbud som, i likhet med ett anbud i nu aktuellt ärende, innehåller ett spann för t.ex. ”en projektledare med minst fem års erfarenhet mellan 980 kr och 1 390 kr per timme”.

---

<sup>3</sup> SOU 1997:130, NOU dnr 235/97-22 och dnr 203/96-21.

Camilla Graf Morin

Riksdagens revisorer behandlar situationen att inkomna anbud innehåller en reservation mot det i underlaget uppgivna att övertidsersättning inte skall utgå. Revisorerna riktar kritik mot att Riksbanken i en öppen upphandling accepterat dessa reservationer efter förhandlingar med aktuella leverantörer. Anbud innehållande dylik reservation bör enligt NOU:s åsikt förkastas, eftersom de inte uppfyller enhetens krav.

#### *Upphandling av konsulttjänster från B-konsult AS*

Av redogörelsen framkommer bland annat förfrågningsunderlaget var daterat den 31 maj 2001 och uppdraget skulle påbörjas den 1 juli 2001. NOU konstaterar att det synes vara en mycket kort tid mellan beslut om leverantör och fram till dess att uppdraget skulle påbörjas. Tiden för uppdraget (010701 – 010930) var dessutom förlagd till sommaren. Att verksamheten planeras så att ett uppdrag skall påbörjas mycket snart efter ett beslut kan ofta gynna en anbudsgivare som tidigare har anlits av enheten. Av ärendet framkommer att den nu valde leverantören anlits tidigare under 2001 för samma tjänster som här var föremål för upphandling.

En kort tid mellan beslut och uppdragets påbörjande kan också negativt påverka leverantörens intresse och möjlighet att inkomma med anbud. I den granskade upphandlingen uppges att tre anbud inkom. Det framkommer också att B-konsult tidigare under åren 2000 och 2001 deltagit som ensam anbudsgivare i två upphandlingar och att B-konsult anlits vid fyra tillfällen under 2000 utan föregående upphandling. Dessa uppgifter sammantagna ger intrycket av, förutom de formella överträdelserna av LOU, att affärsmässigheten inte är tillräckligt väl tillgodosedd i Riksbankens upphandlingsverksamhet.

#### *Upphandling av konsulttjänster från D-konsult m.fl.*

NOU delar revisorernas uppfattning att Riksbanken borde ha dragit nytta av uppgiften ”arvoden är alltid förhandlingsbara” som angavs i ett av anbuden vid en förenklad upphandling. Vid en förenklad upphandling skall det av förfrågningsunderlaget framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Avsikten är att priser i inkomna anbud inte skall innehålla någon prutmån, utan priserna skall vara satta utifrån det faktum att enheten kan teckna avtal med någon av anbudsgivarna utan att uppta förhandlingar.

Eftersom den valde leverantören i sitt anbud angivit ett spann, 800 kr – 1.200 kr/tim. borde enheten ha bett om ett klagörande av priset. Eftersom

Camilla Graf Morin

anbudsgivaren redan angivit att arvodena var förhandlingsbara borde rimligen ett lägre pris kunnat ha avtalats än det som blev aktuellt (1.200 kr).

*Upphandling av konsulttjänster från E-konsult*

Av rapporten framkommer att Riksbanken vid granskningstillfället uppgivit att denna anskaffning inte var en upphandling i LOU:s mening. Något lagstöd för denna tolkning har inte kunnat påvisas. Riksbanken har uppgivit att det var fråga om ett uppdragsavtal som innebar en överenskommelse med en anställd i samband med denna persons avgång från banken.

NOU delar revisorernas uppfattning att det var fråga om ett konsultavtal som borde ha upphandlats i enlighet med LOU. NOU hänvisar till nämndens ärende (dnr 2000/0223-26) som också refereras i rapporten. Ärendet är daterat efter Riksbankens överenskommelse som nu kommenteras. Riksbanken synes vidhålla uppfattningen att det inte rörde sig om en upphandling i LOU:s mening. En upphandlande enhet som åberopar ett undantag från LOU:s bestämmelser har bevisbörda för att förutsättningar för undantaget är uppfyllda. I utredningen är inte visat att det rörde sig om ett anställningsavtal som undantaget från LOU:s bestämmelser enligt 1 kap. 5 § LOU.

*Upphandling av konsulttjänster från F-konsult AB, januari 2001*

Av referatet av ärendet framkommer att konsulten anlits genom direktupphandling dels för att tjänstgöra som operativ chef vid enheten för finansmarknadsstatistik och dels för att fortsätta en pågående översyn av verksamheten inom Riksbanken. Enligt rapporten bedömde Riksbanken att det förelåg synnerliga skäl för direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU avseende behovet av en person som kunde driva det förändringsarbete som pågick.

NOU anser att även om det, såsom Riksbanken hävdar, förelåg synnerliga skäl för direktupphandling av en person som kunde driva det förändringsarbete som pågick, kan det knappast anses affärsmässigt att genom en direktupphandling köpa tjänster under en längre tid. Ett alternativ som inte diskuteras i rapporten kan vara att teckna ett avtal efter en direktupphandling för en kortare tid t.ex. två månader och sedan under denna period göra en förenklad upphandling i enlighet med LOU för återstående tid.

Camilla Graf Morin

NOU instämmer i revisorernas uppgifter om att begreppet ”synnerliga skäl”<sup>4</sup> är ett mycket starkt villkor, vilket innebär att behovet måste vara akut och oförutsebart.

#### *Upphandling av resebyråttjänster*

Det framgår av rapporten att anbudet skulle vara bindande till den 31 december 2000 och att avtalet avseende resebyråttjänster skulle börja gälla den 1 januari 2001. Avtalet började dock inte gälla förrän den 1 mars, således 2 månader senare än beräknat. Revisorerna uppger att det inte framgår av dokumentationen om anbudens giltighetstid förlängdes.

NOU menar att upphandlande enheter måste beräkna tiden för anbudens giltighetstid på så sätt att inköpsansvariga hinner avsluta upphandlingen genom ett kontrakt, innan giltighetstiden går ut. En förlängning av anbudens giltighetstid bör endast ske i undantagsfall och förutsätter enligt NOU:s uppfattning att samtliga anbudsgivare lämnar sitt samtycke.

För det fallet att giltighetstiden har löpt ut finns en risk för att anbudsgivaren inte längre står bakom det som offererats i anbudet. Är anbudsgivaren inte längre formellt bundet av sitt anbud kan ett kontrakt med denne komma att betraktas som en direktupphandling utan lagstöd.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 april 2003, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, 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.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

**För kännedom:** Sveriges riksbank, Finansdepartementet, Konkurrensverket, Statskontoret och Verket för högskoleservice

---

<sup>4</sup> Kommentar av lagrum görs mot bakgrund av den lagstiftning som gällde vid ifrågavarande upphandling.

Charlotte Brunlid

**REMISSVAR**

DATUM  
2003-04-23  
ERT DATUM  
2003-01-21

DIARIENR  
2003/0016-22  
ERT DIARIENR  
F2002/4754

1 (7)

Finansdepartementet  
Björn Wellhagen  
103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande avseende Byggekommisionens betänkande "Skärpning gubbar! Om konkurrensen, kvaliteten, kostnaderna och kompetensen i byggsektorn", SOU 2002:115**

### **NOU:s huvudsakliga inställning till betänkandet.**

- NOU delar Byggekommisionens uppfattning att det är viktigt att åtgärder vidtas mot ekonomisk brottslighet och anbudskarteller inom byggsektorn.
- Nämnden för offentlig upphandling (NOU) delar inte Byggekommisionens uppfattning att myndighetsuppgifterna på upphandlingsområdet bör integreras med övriga myndighetsuppgifter på konkurrensområdet eller att bevakningen över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skall föras över till Konkurrensverket. NOU menar att tillsynen över LOU bör handhas av en självständig myndighet.
- NOU motsätter sig att bevakningen över offentlig upphandling av byggtreprenader skall överföras till Konkurrensverket. En uppdelning av bevakningen över LOU skulle innebära en splittring av kunskaper och ett dåligt utnyttjande av den kunskapsbank som NOU byggt upp under tio år.
- NOU delar Byggekommisionens uppfattning att informationsinsatserna kring LOU bör utökas och tillräckliga resurser avsättas för att säkerställa en utvidgning av tillsynen.
- NOU tillstyrker Byggekommisionens uppfattning att kunskapsnivån bland beställare av byggtreprenader behöver höjas och stödjer Byggekommisionens förslag om utbildning inom offentlig upphandling och kunskapsutbyte genom nätverk och webbaserade lösningar mellan upphandlare.
- NOU förutser att frågor som rör offentlig upphandling kommer att uppstå i de olika projekt som Byggekommisionen föreslagit för att höja kompetensen hos byggherrar. NOU anser att myndigheten bör konsulteras i frågor som rör LOU.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats att yttra sig över rubricerade utredning. NOU, som yttrar sig över de delar av förslaget som rör offentlig upphandling och Nämndens för offentlig upphandling (NOU) verksamhet, avger följande yttrande.

### **Kapitel 10.2.1**

Från Bygghörningen föreslås att Konkurrensverket skall ges ansvar för tillsyn av hur lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) efterlevs samt för information om hur lagen kan tillämpas.

NOU är enligt 7 kap 9 § LOU tillsynsmyndighet över lagen om offentlig upphandling. Enligt regeringens regleringsbrev för år 2003 skall myndigheten verka inom verksamhetsområdena tillsyn, utveckling och information. Målen inom verksamhetsområdena är att öka regelbundenheten bland upphandlande enheter, att vidta åtgärder för att uppnå en effektivare offentlig upphandling genom att följa den faktiska såväl som den rättsliga utvecklingen inom området samt att lämna vägledning, företrädesvis genom generell information för tillämpning av regelverket och härigenom förebygga regelöverträdelser. Upphandlande enheter och leverantörer skall prioriteras.

NOU anser att NOU i enlighet med regleringen i LOU skall ha fortsatt ansvar för kontrollen av hur LOU efterlevs och för informationen om hur lagen skall tillämpas.

Bygghörningen uppger att tillsynen över LOU behöver hanteras utifrån ett bredare konkurrensperspektiv än vad som är möjligt med nuvarande ordning. Som grund för argumentet anförs att Riksdagens revisorer i rapporten *Offentlig upphandling* (1997/98:3) framfört att det finns samband mellan konkurrensfrågor och frågor om offentlig upphandling och att det finns exempel på förfaranden som kan stå i strid med såväl LOU som konkurrenslagens bestämmelser om dominerande ställning. Riksdagens revisorer har därvid uppgett att LOU är en viktig del av konkurrenspolitiken i en vidare bemärkelse. Riksdagens revisorer menar att svårigheterna kan minska med hjälp av modeller för offentlig upphandling av byggtreprenader, så som t.ex. mallar för förfrågningsunderlag. Bygghörningen menar att några av de problem som redovisats gäller hur förfrågningsunderlag skall formuleras för att risken för tvister och meningsskiljaktigheter skall undvikas. Bygghörningen föreslår därvid att den informationsverksamhet som omfattas av tillsynsuppgifterna bör innefatta att, i samråd med företrädare för berörda aktörer, utarbeta handböcker och annan konkret, men generellt hållen vägledning för de upphandlande enheterna. Bygghörningen föreslår att tillsyns- och

informationsinsatserna kring LOU bör ökas i förhållande till nuvarande nivå och dessutom integreras med övriga myndighetsuppgifter på konkurrensområdet.

NOU noterar att frågorna rörande LOU behandlats mycket översiktligt i utredningen. NOU konstaterar med viss förvåning att Bygghögskolekommittén då de i utredningen uppgivit att de anser att den information de erhållit rörande LOU var diffus, inte inhämtat ytterligare information om LOU. Avsnittet ”Tillsynen över offentlig upphandling” på sid. 346-347 i utredningen är mycket kortfattat samt behäftat med flera fel. Som exempel kan nämnas att det anges att tröskelvärdenas storlek i svenska kronor bestäms årligen, vilket är felaktigt samt att *förhandlingsupphandling* diskuteras trots att upphandlingsformen är borttagen från upphandlingslagstiftningen sedan år 1993. NOU konstaterar vidare att Bygghögskolekommittén inte i utredningen redogör för de diskussioner rörande NOU:s verksamhet som förts under åren efter år 1997, då Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3 utarbetades.

NOU delar inte Bygghögskolekommitténs uppfattning att myndighetsuppgifterna på upphandlingsområdet bör integreras med övriga myndighetsuppgifter på konkurrensområdet. NOU anser inte att bevakningen över LOU skall föras över till Konkurrensverket. NOU menar att det inte framgår med tillräcklig tydlighet i utredningen vilka förbättringar som kan förväntas genom ett sådant överförande. NOU är, som ovan nämnts, enligt LOU tillsynsmyndighet över offentlig upphandling. Bygghögskolekommittén föreslår inte någon förändring i LOU angående NOU:s behörighet. NOU motsatte sig redan i yttrandet över Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) att Konkurrensverket och NOU skulle slås samman. NOU hävdade då, vilken uppfattning kvarstår, att tillsynsmyndighetens verksamhet bör handhas av en självständig myndighet. Konkurrenslagen riktar sig främst mot leverantörerna och deras beteende. LOU reglerar förhållandet mellan upphandlande enheter och leverantörer. NOU:s bevakning riktar sig främst mot upphandlande enheter och deras beteende. Bevakningsområdena bör inte blandas samman. I utredningen ”Skärpning gubbar” saknas, liksom i Upphandlingskommitténs förslag, en analys av möjligheterna att eliminera hävdade nackdelar med den nuvarande organisationen och istället utveckla den. Upphandlingskommittén framförde i delbetänkandet att det arbete som NOU utför är av god kvalitet. NOU menar, vilket framförts i många sammanhang, att svagheten med dagens tillsynsverksamhet är bristen på resurser. Ett överförande av tillsynen av LOU till Konkurrensverket skulle inte på något sätt förändra eller förbättra denna situation.



Om Bygghörmissionen i sitt förslag menar att endast den bevakning av LOU som avser byggentreprenader skall föras över till Konkurrensverket avger NOU följande svar. Att bryta ur ett särskilt område från NOU:s verksamhet är enligt NOU:s mening inte ändamålsenligt. Den bevakning av offentlig upphandling som sker inom olika sektorer överlappar ofta varandra och är inte alltid sektorspecifik. Dessutom sker ofta varu- och tjänsteupphandlingar blandat med upphandlingar av byggentreprenader. NOU har en övergripande kunskap inom området för offentlig upphandling som tillämpas vid alla insatser rörande lagen. Genom att bryta ut byggentreprenader från myndighetens bevakning, förloras den allmänna kompetens som finns inom NOU vid bevakningen av entreprenader. Därutöver tillkommer det ekonomiska argumentet mot att låta två myndigheter bevaka samma rättsområde. Genom ett resurstillskott till NOU, kan myndigheten genomföra ytterligare tillsyn och information gentemot byggentreprenörer. NOU bedriver redan för närvarande informationsinsatser genom *NOU info* som utkommer fyra gånger per år och genom utarbetandet av sammanställningar av information (senast "Upphandling av konsulttjänster" till utarbetandet av vilken särskilda medel tillfördes NOU). Informationen finns att hämta på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se). NOU har också i olika sammanhang haft kontakter med statliga byggherrar och förvaltare för att informera om reglerna i LOU.

NOU delar Bygghörmissionens uppfattning att informationsinsatserna kring LOU bör utökas och att tillräckliga resurser avsätts för att säkerställa en utvidgning av tillsynen. NOU anser dock att NOU skall vara ansvarig för informationen. NOU har under en längre tid påtalat att myndigheten inte är tillräckligt dimensionerad och att ett resurstillskott till myndigheten behövs. I yttrandet avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) har NOU påtalat vikten av att ytterligare resurser tillförs myndigheten redan avseende befintliga uppgifter.

***NOU har i övrigt följande inställning till förslagen i utredningen.***

Bygghörmissionen har anfört att det inte finns skäl att se över den svenska lagstiftningen för närvarande då utformningen av nya EG-direktiv är under arbete. NOU menar att en översyn av LOU kommer att bli aktuell vid anpassning av den svenska lagen med hänsyn till de nya EG-direktiven.

### **Kapitel 10.2.1**

Bygghörmissionen föreslår att Statens Fastighetsverk skall ges i uppdrag att, i samråd med andra statliga byggherrar och förvaltare, utarbeta en



(1998:808), i förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar ställa krav på att konsulten och entreprenören har en tydlig och dokumenterad metodik att utvärdera, godkänna, verifiera och använda kemiska produkter.

NOU anser att miljökrav bör ställas vid offentlig upphandling om det är ändamålsenligt och under förutsättning att kraven är förenliga med EG-rättens grundläggande rättsprinciper. Det gäller särskilt principerna om icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det är inte tydligt i utredningen hur eller i vilken form som statliga förvaltare skall ges i uppdrag att ställa krav på att leverantörer har en metod att utvärdera, godkänna, verifiera och använda kemiska produkter. Delar av ett företags eller en organisations miljöprogram och miljöledningssystem kan i vissa situationer vid offentlig upphandling betraktas som en eller flera av de intyg som kan krävas för att fastställa ett företags tekniska kapacitet.

Man kan inte ställa krav på miljöledningssystem som ett sätt att styrka den tekniska kapaciteten om det inte har en koppling till föremålet för upphandling eller ett företags kapacitet att fullgöra ett kontrakt i vilket miljökrav ställts. Som NOU tidigare påpekat bör, vid insatser där någon speciallagstiftning berörs, berörd myndighet kontaktas för information om hur lagen skall tillämpas.

Byggkommissionen föreslår även att Boverket i samarbete med Naturvårdsverket och i samråd med Samverkansforum för statliga byggherrar och förvaltare utarbetar modeller och hjälpmedel för upphandling och förvaltning av byggnader baserat på livscykelbedömningar. NOU motsätter sig inte förslaget att ålägga någon eller några myndigheter att vidareutveckla det material om livscykelbedömningar som gjorts, men avstår från att bedöma vilken eller vilka myndigheter som lämpligen bör genomföra arbetet.

### **Kapitel 10.2.5**

Byggkommissionen har föreslagit att byggforskningen skall stimuleras genom flera i kapitlet angivna insatser.

I utredningen påpekas på flera ställen att kunskapsnivån inom byggsektorn behöver höjas. Byggkommissionen konstaterar att det i och med utvecklingen av ny teknik och nya material inom byggsektorn blir allt viktigare att beställare av byggentreprenader har god kunskap om det som skall beställas. Ökad kunskap om byggande kan leda till ett mer långsiktigt och hållbart byggande. Förbättrade upphandlingar kan förväntas genom en förbättrad behovsformulering hos beställare av byggentreprenader. Byggkommissionen uppger att staten är en stor aktör på

fastighetsmarknaden genom myndigheter och helägda fastighetsbolag men också på entreprenadmarknaden, genom t.ex. Vägverket produktion.

NOU menar att en ökad kunskap om de olika material och metoder som kan användas vid byggande sannolikt skulle underlätta efterlevnaden av LOU bland beställare som är upphandlande enheter. De problem att följa LOU som beställarna, enligt det som anges i utredningen, upplever beror enligt NOU:s erfarenhet ibland på att de är för dåligt orienterade om de produkter eller tjänster som behöver anskaffas och har svårigheter att skriva kravspecifikationer. NOU anser att de åtgärder för ökad kunskap och samordning av kunskap som Bygghögskolekommittén föreslår är ändamålsenliga och därför bör genomföras. NOU är dock av den uppfattningen att det i Formas och Boverkets uppdrag skall ingå att ta kontakt beträffande eventuella problem inom rättsområden såsom offentlig upphandling och konkurrens.

#### **Kapitel 10.2.7**

NOU avstår från att ta ställning till om den brittiska modellen *Rethinking Construction* leder till önskat resultat.

Bygghögskolekommittén har föreslagit att Boverket, Konkurrensverket, Naturvårdsverket och Riksskatteverket skall ges i uppgift att under tre år följa utvecklingen i byggsektorn inom de problemområden som Bygghögskolekommittén identifierat. Även NOU anser att en sådan uppföljning vore önskvärd. NOU förutser att frågor som rör offentlig upphandling kommer att uppstå och föreslår därför att den föreslagna arbetsgruppen åläggs att i dessa frågor samråda med NOU.

För tillkommande uppgifter som föreslås åligga NOU krävs resurstillskott.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 april 2003, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, 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. Charlotte Brunlid.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Charlotte Brunlid

Andrea Sundstrand

Datum  
2003-03-20  
Ert datum  
2003-01-241 (4)  
Vår beteckning  
2003/0015-22  
Er beteckning  
N2003/696/ITFoUNäringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Remissvar på betänkandet "Trygga medborgare – säker kommunikation Förslag till gemensamt radiokommunikations-system för skydd och säkerhet" (SOU 2003:10) från kommittén Radiokommunikation för effektiv ledning (RAKEL)**

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 delar som gäller offentlig upphandling och får även hänvisa till tidigare yttranden, NOU:s dnr 2002/0075-22.

### **RAKEL:s förslag**

RAKEL har i betänkandet presenterat ett underlag till regeringsbeslut om att genomföra en upphandling av avtal för ett gemensamt radiokommunikations-system i Sverige.

RAKEL skriver i betänkandet att staten bör äga det gemensamma systemet och att den framtida förvaltningsorganisationen skall utöva ägarskapet, inneha aktuella frekvenstillstånd, svara för drift och underhåll av systemet och tillhandahålla tjänster till användarna av systemet. Vidare anges att en kommande upphandling skall resultera i avtal med systemleverantör och nätoperatör som tillhandahåller grundläggande infrastruktur och infrastruktur tjänster vilka ska kunna utnyttjas av förvaltningsorganisationen och användare.

RAKEL anger vidare att den som statlig myndighet kan genomföra upphandlingar åt kommuner, landsting och regioners behov utan särskilt bemyndigande från dessa. Som grund för detta menar RAKEL att det föreslagna förfarandet inte innebär något åsidosättande av den kommunalrättsliga regleringen.

RAKEL anser även att upphandlingen av det gemensamma systemet skall utföras som *en* tjänsteupphandling.

Slutligen anges att RAKEL valt att inte ta ställning till vilken teknisk lösning för systemet som är lämpligast, utan vill lämna öppet för anbudsgivarna att föreslå sådan lösning i sina anbud.

## **NOU:s yttrande**

Det framgår inte klart i alla delar hur RAKEL kommer att lösa LOU-relaterade frågor vid upphandlingen av radiokommunikationssystemet. NOU kan inte bedöma varje möjlig situation som kan uppstå, och begränsar därför sitt yttrande till nedanstående punkter.

### **Upphandling åt annan part**

Bestämmelserna i LOU måste beaktas vid bedömningen av möjligheter för upphandlande enheter att utnyttja redan upphandlade avtal.

För att en upphandlande enhet ska kunna utnyttja redan upphandlade avtal krävs att det redan i annons/förfrågningsunderlag framgår att den omfattas av upphandlingen. NOU har i ärende 1996/0269-26 uttalat följande:  
”..... kommun(en) har sannolikt inte heller haft rätt att handla på någon annan kommuns ramavtal. Sådan rätt hade kommunen haft om den redan från början varit med om att teckna avtalet eller om den andra kommunen i förfrågningsunderlaget tydligt angivit att även (.....) kommun(en) skulle kunna komma att avropa på avtalet.”

Om förhållandet är sådant att avtalen skall upphandlas av förvaltningsmyndigheten för andra upphandlande enheters räkning, vilka sedan skall kunna utnyttja avtalen, krävs att förvaltningsmyndigheten innehar någon form av fullmakt eller godkännande av dessa i den mån de inte tillhör staten som juridisk person. Det kan påpekas att kommuner och landsting kan inte delegera beslutanderätt till externa organ utan lagstöd.

I det fall förvaltningsmyndigheten skulle upphandla avtalen i eget namn för att sedan låta intresserade upphandlande enheter som inte tillhör staten köpa tjänster av myndigheten, skall köpen av dessa tjänster konkurrensutsättas i enlighet med reglerna i LOU.

### **Sammanslagning av upphandlingar**

Vad NOU förstår kommer RAKEL att genomföra *en* upphandling, där både byggandet av nätet, den löpande driften/underhållet av nätet och en systemoperatör för att driva nödvändiga system på nätet kommer att upphandlas. RAKEL skriver på sid. 73 i betänkandet att upphandlingen omfattar en kombination av byggtreprenad, tjänst och vara. Med hänsyn till att upphandlingen avser ett långsiktigt avtal, anser RAKEL att hela upphandlingen bör anses utgöra en tjänsteupphandling. RAKEL skriver även på samma sida att

upphandlingen kan sägas bestå av två delar, dels tjänst och byggtrepenad, dels vara. Vidare anser RAKEL att upphandlingen av dessa kan ske samtidigt och att möjlighet kan ges att lämna anbud på hela avtalet eller delar av detsamma.

I 5 kap. 3 § 1 st. LOU stadgas att i de fall en upphandling avser både varor och tjänster, skall upphandlingen göras enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU (avseende upphandling av tjänster), om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna. Den logiska slutsatsen blir att vid det omvända förhållandet skall upphandlingen göras enligt reglerna i 2 kap. LOU (avseende upphandling av varor).

Motsvarande bestämmelse saknas i 3 kap. LOU (avseende upphandling av byggtrepenad). I det fallet är det enligt NOU:s mening således inte möjligt att tillämpa någon typ av "överviktsprincip". Det stadgas dessutom i 5 kap. 1 § LOU att endast sådana tjänster som inte omfattas av reglerna i 2 kap. LOU eller reglerna i 3 kap. LOU skall upphandlas enligt 5 kap. LOU. Sammantaget innebär detta att även i det fall en upphandlande enhet väljer att i en upphandling upphandla både t.ex. tjänster och byggtrepenader, måste dessa ske enligt olika regler, 3 kap. LOU resp. 5 kap. LOU. Det är således inte möjligt att enligt LOU upphandla en byggtrepenad enligt reglerna för en tjänsteupphandling, om inte bygg- och anläggningsarbetena kan anses vara en bitjänst i förhållande till kontraktets huvudföremål (se EG-domstolens dom i mål C-331/92, Gestión Hotelera International, REG 1994, sid. I-1329).

Den upphandlande enheten skall vid fastställandet av upphandlingsförfarandet för tjänstekontrakten tillämpa 5 kap. 3 § 2 st. LOU i det fall både A- respektive B-tjänster omfattas av kontraktet. NOU hänvisar till EG-domstolens dom i mål C-411/00 (Felix Swoboda), där EG-domstolen utförligt beskriver användandet av den s.k. överviktsprincipen. NOU vill även hänvisa till bestämmelsen i 3 kap. 4 § LOU hur beräkningen av värdet av ett upphandlingskontrakt avseende byggtrepenader skall göras.

NOU vill slutligen påpeka att upphandling av nätoperatör respektive systemleverantör enligt NOU:s mening inte utgör upphandling av rösttelefoni, telex, mobiltelefoni, personsökning eller satellitkommunikation. Upphandlingen av nätoperatör torde utgöra en telekommunikationstjänst medan upphandling av systemleverantör antingen kan utgöras av en vara och en telekommunikationstjänst, i det fall ett färdigutvecklat system upphandlas, eller av två tjänster, i det fall upphandlingen syftar till att upphandla utvecklingen av ett nytt system, datatjänst, och drift av detta, telekommunikationstjänst. NOU har här förutsatt att staten äger nätet, såsom RAKEL angett i betänkandet.

### **Krav på teknisk lösning**

RAKEL anger att den vid en framtida upphandling inte kommer att ange en särskild standard för den tekniska lösningen. Även NOU anser att en i den delen förutsättningslös upphandling utgör den största möjligheten att öppna för den bästa tekniska lösningen. Att i en offentlig upphandling binda sig vid en viss

teknisk lösning kan i vissa fall innebära ett brott mot affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU, vilket NOU även påtalat för tidigare utredningar.

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 20 mars 2003, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, rättssakkunnige Gunilla Hulting 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



Datum	Vår beteckning
2002-11-27	2002/0213-22
Ert datum	Er beteckning
2002-11-05	1730/2002

Handikappombudsmannen  
Box 49132  
100 29 STOCKHOLM

## Riktlinjer för en tillgänglig statsförvaltning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) lämnar härmed remissvar på Handikappombudsmannens rapport "Riktlinjer för en tillgänglig statsförvaltning" (dnr 1730/2002).

NOU begränsar sitt remissvar till att avse de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

NOU:s generella utgångspunkt är att det är förenligt med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och de bakomliggande upphandlingsdirektiven att myndigheter ställer krav på att de varor, tjänster och byggtreprenader som upphandlas skall vara tillgängliga för så många som möjligt.

Den Europeiska kommissionen anger följande i tolkningsmeddelandet "om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling":

"Generellt får upphandlande myndigheter, vid fastställandet av det som skall upphandlas, fritt välja sådana varor, tjänster eller arbeten, inklusive genom att använda sig av alternativa anbud, vilka motsvarar deras socialpolitiska prioriteringar, förutsatt att detta val inte leder till att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas."<sup>1</sup>

De krav som är beskrivna i Handikappombudsmannens riktlinjer, som går utöver lagstiftningen på det aktuella området, förutsätts vara objektiva beskrivningar av de produkter som riktlinjerna omfattar. Sådana krav som på ett objektivt sätt beskriver tekniska egenskaper hos varor, tjänster och byggtreprenader samt är kopplade till kontrakt föremålet får beaktas som förenliga med LOU.

För att tillgänglighetsaspekten skall tillgodoses vid offentlig upphandling krävs både hjälpmedel och utbildning. Handikappombudsmannens riktlinjer kan vara ett sådant hjälpmedel när krav på tillgänglighet skall ställas i samband med offentlig upphandling.

<sup>1</sup> Bryssel den 10.10.2001, KOM(2001) 566 slutlig, sid. 8.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 27 november 2002, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, rättssakkunniga Gunilla Hulting och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de ändringar som beslutats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

Datum  
2002-10-23  
Ert datum  
2002-07-08

Vår beteckning  
2002/0134-22  
Er beteckning  
N2002/4088/JÄM

Näringsdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **SOU 2002:30 Märk – värdig jämställdhet**

### **Inledning och avgränsning**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inkommer härmed med remissvar på utredningen SOU 2002:30 Märk – värdig jämställdhet.

NOU begränsar sitt remissvar till att avse de frågor som har beröring med offentlig upphandling. NOU tar därmed inte ställning till systemet för jämställdhetsmärkning respektive certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende som sådant.

### **Sammanfattande synpunkter**

Betänkandet redogör för ett brett spektrum av frågor. Det belyser på ett förtjänstfullt sätt bl.a. olika certifierings-, märknings- och ledningssystem.

NOU bedömer att det kan finnas utrymme att använda den föreslagna jämställdhetsmärkningen och certifieringen av verksamheter i jämställdhetshänseende. NOU avser närmare bestämt möjligheten att i samband med offentlig upphandling använda märkningen respektive certifieringen som bevis för att tjänsteleverantörer och byggtreprenörer följer jämställdhetslagstiftningen när de utför arbeten hos upphandlande enheter.

NOU bedömer att det även kan finnas utrymme för att använda den föreslagna jämställdhetsmärkningen som bevis för att de varor och tjänster som upphandlas har de egenskaper som en upphandlande enhet efterfrågar. Förutsättningen är naturligtvis att de jämställdhetskrav/ kriterier som ställs på varan eller tjänsten är förenliga med upphandlingslagstiftningen, inkl. relevant gemenskapsrätt.

NOU anser att ytterligare utredning behövs beträffande möjligheten att använda de kriterier som är aktuella vid jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende i tekniska specifikationer, som tilldelnings-/utvärderingskriterier samt som kontraktsvillkor vid offentlig upphandling.

NOU anser att det behövs ytterligare utvecklingsarbete motsvarande det som sker på miljöområdet för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är

föremål för upphandling i syfte att kunna beakta jämställdhetsaspekter vid offentlig upphandling.

Om systemet för jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende skall förverkligas anser NOU att det bör internationaliseras i syfte att underlätta den gränsöverskridande offentliga upphandlingen.

### **Utveckling av NOU:s synpunkter**

#### ***Jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende som bevis vid offentlig upphandling***

Det är sannolikt möjligt att godta märkningen eller certifieringen som bevis på att en leverantör uppfyller sådana jämställdhetskriterier som är förenliga med gemenskapsrättens principer och upphandlingsdirektiv samt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Som exempel kan nämnas att certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende skulle kunna användas som bevis på att en leverantör lever upp till den del av NOU:s antidiskrimineringsklausul som avser efterlevnad av jämställdhetslagen.<sup>1</sup> Det är dock viktigt att andra bevis också godtas. I annons eller förfrågningsunderlag skall anges vilka krav, kriterier eller villkor som gäller för upphandlingen.

Offentlig upphandling kan på detta sätt underlättas av jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende.

Vidare är bevisvärdet beroende av att den verksamhet som certifierats samt att de varor och tjänster som märkts, regelbundet kontrolleras/revideras av tredje part (det certifierande organet) utifrån kriterierna för märkningen respektive certifieringen.

I likhet med utredningen drar NOU paralleller med miljömärkning. I förslaget till nya upphandlingsdirektiv<sup>2</sup> regleras användningen av miljömärken som bevis vid offentlig upphandling. De reglerar däremot inte användning av jämställdhetsmärkning i samband med offentlig upphandling. Enligt NOU:s bedömning torde motsvarande krav vara tillämpliga som vid användning av miljömärken. Det är dock viktigt att komma ihåg att det ska föreligga ett samband mellan kraven/kriterierna och föremålet för upphandlingen.

I betänkandesats 17 till det föreslagna konsoliderade klassiska direktivet anges att

---

<sup>1</sup> NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram en antidiskrimineringsklausul att användas vid offentlig upphandling. NOU:s dnr 2002/0019-28, daterad 2002-05-31.

<sup>2</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader KOM(2000) 275 och förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter KOM(2000)276. Under sommaren och hösten 2002 har kommissionen och rådet fattat en principöverenskommelse om de föreslagna direktiven. Inom kort skall direktiven skickas till Europaparlamentet för en andra läsning.

”En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper och/eller miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster. Den får, men är inte skyldig att, använda lämpliga specifikationer [kriterier] som fastställts för miljömärken, t.ex. det europeiska miljömärket, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, om kraven för märket har utarbetats och antagits på grundval av vetenskapliga rön eller genom ett förfarande i vilket de berörda parterna, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, kan delta och om miljömärket är tillgängligt för samtliga berörda parter.”

I artikel 24.5 (a) föreslås därutöver att

”Den upphandlande myndigheten får ange att de varor eller tjänster som är försedda med miljömärke skall antas uppfylla de tekniska specifikationer som fastställs i specifikationerna. Myndigheten skall dock godkänna all annan lämplig dokumentation, t.ex. teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.”

Den föreslagna bestämmelsen om miljömärkning innebär inte någon ändring av gällande rätt utan är ett förtydligande vad gäller möjligheten att i den tekniska beskrivningen av föremålet hänvisa till kriterier för miljömärken. I LOU har bestämmelsen i allt väsentligt redan införlivats.<sup>3</sup>

### *Ytterligare utredning om kriterier och krav på jämställdhetshänsyn*

NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram en antidiskrimineringsklausul som kan användas i offentliga kontrakt. Klausulen innefattar bl.a. krav på att jämställdhetslagen följs i entreprenad- och tjänstekontrakt av viss varaktighet som utförs i Sverige. Utredningen innehåller en beskrivning av vilka omständigheter som måste beaktas och en analys av konsekvenserna för småföretag. Antidiskrimineringsklausulen är utformad som ett **särskilt villkor** ”... för hur uppdraget skall genomföras”.<sup>4</sup>

Mot bakgrund av EG-direktiven och EG-domstolens uttalande i bl.a. den så kallade Beentjes- domen<sup>5</sup> instämmer NOU i FRIJA:s bedömning avseende kvalificeringskraven. NOU anser att det är oförenligt med upphandlingsdirektiven att sträcka ut **kvalificeringskraven** till att omfatta annat än leverantörens

<sup>3</sup> 1 kap. 12 § LOU som trädde i kraft den 1 juli 2002.

<sup>4</sup> Denna typ av villkor regleras i 1 kap. 18 b § och 6 kap 10 a § LOU efter förebild av de föreslagna upphandlingsdirektiven.

<sup>5</sup> EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna. Se även EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

ekonomiska förmåga och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

NOU har i sin rapport om antidiskrimineringsklausuler förordat att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på så sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en **grund för uteslutning av anbudsgivare**, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande ”allvarligt fel i yrkesutövningen”<sup>6</sup>. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande<sup>7</sup> framgå av svensk lag – förslagsvis LOU eller antidiskrimineringslagarna.

Många men sannolikt inte samtliga av de föreslagna kriterierna för jämställdhetsmärkning samt certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende är förenliga med upphandlingslagstiftningens bestämmelser om krav på varor och tjänster som skall framgå av den **tekniska specifikationen**. Det är komplicerat för upphandlare att göra bedömningen av vilka krav som får beaktas och vilka som ligger utanför ramen för LOU m.m. Bedömningen av laglighet och lämplighet måste göras i varje enskilt fall mot bakgrund av föremålet för upphandlingen och omständigheterna i övrigt. Det kan nämnas att regeringen på området ekologisk hållbar upphandling inrättat en delegation (EKU-delegationen)<sup>8</sup> som utarbetat ett Internetbaserat verktyg för att ställa miljökrav i samband med offentlig upphandling.<sup>9</sup>

Vidare behövs sannolikt göras konsekvensanalyser (konsekvenser för småföretag), särskilt i de fall märkningens eller certifieringens kriterier skall vara obligatoriska krav i offentliga upphandlingar. NOU föreslår, mot bakgrund av den offentliga upphandlingens behov och reglering, ytterligare utvecklingsarbete motsvarande det som sker på miljöområdet. Arbetet bör syfta till att säkerställa att de krav som uppställs för märkning respektive certifiering kan godtas vid offentlig upphandling.

Det är sannolikt möjligt att i viss mån ta jämställdhetshänsyn i form av ett **tilldelningskriterium/ utvärderingskriterium**. Det är dock oklart i vilken utsträckning detta får ske framförallt med beaktande av EG-domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99 (”finska bussarna”). Enligt domstolen skall kriterierna bl.a. ha ett samband med föremålet för kontraktet, inte ge myndigheten obegränsad valfrihet och vara förenliga med alla grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Möjligheten att beakta jämställdhetshänsyn vid tilldelningen av anbud/anbudsutvärderingen bör enligt NOU analyseras ytterligare mot bakgrund av nämnda rättsfall.

<sup>6</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

<sup>7</sup> KOM(2001)566 slutlig, Bryssel den 15 oktober 2001, sid. 11.

<sup>8</sup> Utredningsdirektiv M1998:8 och tilläggsdirektiv 2000:54.

<sup>9</sup> Det Internetbaserade verktyget drivs vidare efter det att delegationens arbete avslutades hösten 2001.

Datum  
2002-10-23

Vår beteckning  
2002/0134-22

### ***Internationell spridning***

I den mån det av utredningen föreslagna systemet för märkning respektive certifiering är tillämpligt vid offentlig upphandling är det givetvis en fördel för den gränsöverskridande handeln att systemet får en internationell spridning.

Att systemet internationaliseras underlättar för den offentliga upphandlingen i den mån märkningen och certifieringen kan användas som bevis vid offentlig upphandling.

NOU uttalar sig inte i frågan huruvida regeringsuppdraget åt SIS Miljömärkning AB behöver föregås av en offentlig upphandling enligt LOU.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de ändringar som beslutats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

Datum  
2002-05-06  
Ert datum

Vår beteckning  
2002/0066-22  
Er beteckning

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande över Tillsynsutredningens delbetänkande: Statlig tillsyn. Granskning på medborgarnas uppdrag (SOU 2002:14)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) lämnar följande yttrande.

### Sammanfattning

NOU välkomnar utredningens ambition att presentera en överblick av olika former av statlig tillsyn, diskussionen kring begreppet tillsyn och dess avgränsning mot annan verksamhet. NOU delar utredningens slutsatser att tillsynsuppdrag skall vara tydligt formulerade med klara avgränsningar mot annan verksamhet som normering, information och omvärldsbevakning. NOU vill uppmärksamma utredningen på att NOU:s tillsynsobjekt inte är exakt definierade i lag.

Det är önskvärt med fortsatt utredning kring frågan om möjligheterna till gemensam lagstiftning på tillsynsområdet.

### Disposition

I syfte att ge underlag för den fortsatta utredningen har NOU valt att inleda remissvaret med en presentation av NOU och en redogörelse för de erfarenheter som myndigheten gjort under sina nio verksamhetsår. Presentationen försöker så långt som möjligt knyta an till de begrepp som använts av tillsynsutredningen samt redogöra för de definitioner NOU använder. Slutligen lämnar NOU synpunkter och svar på några av de frågor som departementet efterfrågat.

---

<sup>1</sup> Prop. 2001/02:142



## Presentation av NOU

### Organisationsform

NOU har en organisatorisk form som skiljer sig från flertalet andra statliga tillsynsmyndigheter. NOU är en nämndmyndighet som leds av en nämnd som fattar beslut i bland annat tillsynsärenden<sup>2</sup>. Den löpande verksamheten är delegerad till kanslichefen. Kansliet bestod av 8,6 helårsanställda år 2001, varav 2,2 helårsanställda arbetade med tillsyn. NOU:s verksamhet är helt anslagsfinansierad och anslaget uppgick år 2001 till ca 7,5 mkr, varav ca 3 mkr åtgick för tillsynsverksamheten.

### EG-direktiv

De bakomliggande EG-direktiven rörande upphandling<sup>3</sup> påbjuder inte att medlemsstaterna skall inrätta tillsynsmyndigheter. Däremot har önskemål om detta framförts av EG-kommissionen i meddelandet Offentlig upphandling inom Europeiska unionen.<sup>4</sup> Sverige har valt att inrätta en myndighet med bland annat ett uppdrag att verka som tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet. EG-kommissionen uppmuntrar att sådana myndigheter upprättas i ansökarländerna. Till skillnad från vissa andra rättsområden som presenterats i tillsynsutredningen utövar EG-kommissionen inte någon formell tillsyn över NOU:s tillsynsverksamhet. I sin egenskap av väktare av EG-fördragen, med möjlighet att väcka talan i EG-domstolen mot en medlemsstat, har EG-kommissionen emellertid en funktion som europeisk tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet. Enskilda leverantörer och branschförbund kan vända sig till EG-kommissionen och påtala missförhållanden i en medlemsstat samt uppmärksamma EG-kommissionen på om det förekommer misstankar om fördragsbrott.

För närvarande förbereds nya direktiv på upphandlingsområdet. NOU har inte kunnat utläsa någonting i de förslag som är föremål för beslut om att nationell tillsyn skulle bli obligatorisk. Inom försörjningssektorerna diskuteras att en nationell myndighet skall ha rätt att medge sektorsundantag. Denna behörighet skulle således överföras från

---

<sup>2</sup> Jfr prop. 2001/02:142 sid. 34 med förslag till ändring, såtillvida att ordföranden av risk för partsintressen, föreslås fatta beslut om uttalanden och klagomålsärenden efter samråd med nämnden.

<sup>3</sup> Direktiv som styr upphandling inom den klassiska sektorn: varudirektivet 93/36/EEG, byggdirektivet 93/37/EEG, tjänstedirektivet 92/50/EEG samt ändringsdirektivet 97/52/EG och det första rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG. Direktiv som styr upphandling inom försörjningssektorn: försörjningsdirektivet 93/38/EEG, ändringsdirektivet 98/4/EG och det andra rättsmedelsdirektivet 92/13/EG.

<sup>4</sup> Kommissionens meddelande den 11 mars 1998 KOM (98) 143. Kommissionen uppmanar medlemsstaterna att inrätta eller utse oberoende myndigheter vars uppgift skulle vara att identifiera tolkningsproblem, diskutera behandlingen av enskilda fall och erbjuda en snabb och informell lösning av problem.

EG-kommissionen till medlemsstaternas myndigheter. En tendens som kan skönjas i direktivarbetet är att nya upphandlingsfomer föreslagits som skall vara mer flexibla och inte lika detaljreglerade som tidigare.

## **Mandat**

NOU:s mandat återfinns i 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt i myndighetens instruktion (SFS 1993:98).

De huvudsakliga uppgifterna för NOU<sup>5</sup> är att;

- utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen
- följa utvecklingen på upphandlingsområdet
- lämna information och allmänna råd
- samla in uppgifter för statistikändamål
- verka för en effektiv offentlig upphandling

NOU har i sin tillsynsverksamhet rätt att inhämta nödvändiga upplysningar från de upphandlande enheterna enligt 7 kap. 9 § LOU. En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn enligt 7 kap. 10§ LOU.

## **Egeninitierad tillsyn respektive granskning av klagomålsärenden**

Tillsynsverksamheten delas upp i egeninitierad tillsyn och granskning av klagomålsärenden. De senare kan aktualiseras av vem som helst till skillnad från möjligheten att föra talan i domstol (se nedan). Merparten av inkomna klagomålsärenden härrör från missnöjda leverantörer samt i viss mån även från branschorganisationer och allmänheten.

## **Målsättning**

Enligt regleringsbrevet för NOU för år 2002 skall målet för tillsynen vara att ”öka regelefterlevnaden av regelsystemet bland upphandlande enheter. Av inkomna klagomålsärenden skall endast sådana av allmänt och principiellt intresse tas upp till prövning. I övrigt skall tillsynen initieras av nämnden eller genom uppdrag från regeringen. Den egeninitierade, aktiva tillsynen skall utgöra minst 20 % av nämndens totala arbetstid. Tillsynsverksamheten skall prioriteras”.

NOU har beslutat om en tillsynsstrategi för myndigheten i vilken ovanstående målsättning utvecklas ytterligare (bilaga 1). Vidare anges

---

<sup>5</sup> Enligt myndighetens instruktion SFS 1993:98.

myndighetens prioriteringar, metoder och åtgärder med anledning av avvikande beteenden.

### **Tillsynsobjekt**

Tillsynen riktas mot de tillsynsobjekt som i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU definieras såsom ”upphandlande enheter”. Någon förteckning över dessa existerar inte. I jämförelse med andra tillsynsområden som presenterats i utredningen är avsaknaden av en förteckning måhända unik. På upphandlingsområdet är en sådan förteckning orealistisk att tänka sig mot bakgrund av direktivens utformning. EG-domstolen har uttalat<sup>6</sup> att en dylik förteckning över upphandlande enheter är vägledande men inte normerande. Avsaknaden av förteckning leder till att varje tillsynsaktivitet måste inledas med en prövning av huruvida objektet är en upphandlande enhet och därmed omfattas av NOU:s tillsyn eller inte<sup>7</sup>. För flertalet av objekten går denna prövning relativt snabbt medan andra kan kräva en omfattande utredning innan någon tillsyn kan inledas. Vägledning får i vissa svårtolkade fall sökas i rättspraxis från EG-domstolen. Tillsynsobjekten kan förenklat sägas omfatta statliga myndigheter, kommuner, landsting, kommunala och landstingsägda bolag samt vissa statliga bolag. Därtill kommer vissa juridiska personer som bedriver i 4 kap. LOU angiven typ av verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna (dessa enheter kan vara såväl offentligt ägda som privatägda). Antalet tillsynsobjekt kan beräknas uppgå till ca 10 000 och den sammanlagda volymen av det som upphandlas (varor, tjänster och byggentreprenader) beräknas uppgå till ca 400 miljarder kr per år<sup>8</sup>.

När objektet har konstaterats falla under NOU:s tillsyn återstår att undersöka om kontraktet avseende det som upphandlas faller under LOU:s tillämpningsområde. Vissa typer av kontrakt omfattas inte av LOU, till exempel hyreskontrakt rörande fast egendom, viss upphandling som sker inom ramen för internationella avtal m.m.

### **Normering**

NOU saknar föreskriftsrätt men har rätt att ge ut allmänna råd. Så har dock ej skett hittills. NOU:s normering kan beskrivas i termer av ”mjuk normering”. Regleringsbrevet för NOU skiljer tydligt på tillsyn, utveckling och information som olika verksamhetsgrenar. Myndigheten lämnar information i form av nyhetsbrev och broschyrer och medverkar som föreläsare vid seminarier samt tillhandahåller en daglig telefonservice där information lämnas i allmänt hållna ordalag. Myndigheten lämnar inte råd i

---

<sup>6</sup> Mål C-247/89

<sup>7</sup> NOU måste identifiera sina tillsynsobjekt. En lista över upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU har ersatts av uppgift att sådana upphandlande enheter är de som NOU utövar tillsyn över.

<sup>8</sup> SOU 1999:39 sid. 1-2.

enskilda ärenden, vilket oftast är vad frågeställarna önskar. Behovet av denna "mjuka normering" har varit och är alltså stort eftersom upphandlingsreglerna till sin karaktär är svårtolkade. De erfarenheter som NOU gör i sin informationsverksamhet bidrar indirekt till tillsynsverksamheten genom att myndigheten får kännedom om tendenser ute hos de upphandlande enheterna och vilka problem som finns med regelverket samt indikationer på vilka upphandlande enheter som inte följer LOU. Det förekommer också att vissa klagomål som framförts per telefon följs upp.

En leverantör kan få ett upphandlingsärende prövat i såväl förvaltningsdomstol som allmän domstol (överprövnings- respektive skadeståndsmål enligt 7 kap. LOU). Domstolarna ställer ofta frågor till NOU och kan ålägga NOU att yttra sig i egenskap av expertmyndighet, varvid NOU medverkar till utvecklingen av rättspraxis. NOU har yttrat sig i flertalet av de mål om upphandling som tagits upp till prövning i Regeringsrätten. Myndighetens tolkningar har på detta sätt i betydande utsträckning "legaliserats" genom rättspraxis.

### **Tillsyn över viss typ av verksamhet**

Anskaffningsprocessen utgör normalt en integrerad del av verksamheten hos tillsynsobjekten. LOU reglerar tilldelning av offentliga kontrakt och NOU:s tillsyn begränsar sig till själva upphandlingsförfarandet. NOU saknar mandat att i sin tillsyn kritisera tillsynsobjektens organisation (systemtillsyn). Vidare saknas möjligheter att kritisera vad som anskaffas och i vilken form (köp, hyra eller leasing). Det är snarare en fråga som revisionen kan ha synpunkter på.

Det kan diskuteras hurvida den enskilde medborgaren är en direkt avnämare (kund) av de upphandlande enheternas verksamhet (upphandling) eller om skissen på sid. 142 i delbetänkandet måste kompletteras med en aktör i form av "leverantören" att sättas in mellan "tillsynsobjektet" och "medborgaren". En småföretagare som lämnar anbud i en upphandling kan mycket väl inrymmas under begreppet "medborgare" utifrån perspektivet att han har krav och förväntningar på att hans anbud hanteras korrekt i upphandlingen. Enligt en annan tolkning är medborgaren den som indirekt mottar en offentligt finansierad tjänst som utförs av en leverantör som tilldelats ett upphandlingskontrakt. Tillsynen tar sikte på regelefterlevnad hos de upphandlande enheterna, när de genomför en upphandling som ett led i en anskaffningsprocess. Den enskilde medborgaren har givetvis ett intresse av att se till att de offentliga medlen används på ett kostnadseffektivt sätt.

## Samverkan

När det gäller samverkan med andra myndigheter får NOU fortlöpande kunskap om aktuella frågeställningar som uppstår hos de upphandlande enheterna. NOU har regelbundna kontakter med Riksrevisionsverket (RRV), Konkurrensverket och Konkurrensrådet. Det förekommer att ärenden överförs till NOU från JO, Konkurrensverket och Konkurrensrådet. Kontakter med den kommunala revisionen inskränker sig till sporadiska kontakter per telefon. Eftersom revisionen är oberoende kan en samverkan mellan NOU och revisionella organ inte drivas särskilt långt. Revisorerna väljer själva vilka uppgifter de vill prioritera.

Kontakterna med RRV ser NOU som en möjlighet att informationsvägen påverka till ökad granskning av och kunskap om offentlig upphandling. Kontakterna har också en historisk bakgrund, eftersom RRV hade ansvar för tillsynen över den statliga upphandlingen före 1993. NOU har övervägt möjligheterna till ökad samverkan med länsstyrelserna med utgångspunkt i det uppdrag länsstyrelserna har vad gäller konkurrensfrågor men har hittills inte tagit initiativ till något varaktigt samarbete.

## Avsaknad av direkta sanktionsmöjligheter

Trots att NOU saknar sanktionsmöjligheter har besluten i tillsynsärenden, enligt NOU:s bedömning, efterlevts i betydande grad. Endast i vissa tillsynsärenden blir slutsatsen ett konstaterande av "rätt eller fel", t.ex. har beslutet mynnat ut i att den upphandlande enheten brutit mot LOU eftersom de inte följt lagen alls. Flertalet ärendet rör gränsdragningar som mera liknar "bra eller dåligt". Bristande regelefterlevnad har konstaterats vid vissa moment i upphandlingen. Nämndens sammansättning anses ge besluten en legitimitet gentemot de upphandlande enheterna och tillsynsverksamheten leder ofta till att den upphandlande enheten vidtar åtgärder för att överträdelser inte skall upprepas. Det finns dock exempel på upphandlande enheter som inte följer NOU:s yttranden och rekommendationer. Det kan antas ha samband bl. a. med att NOU saknar direkta sanktionsmöjligheter.

På grund av att NOU:s beslut saknar formell rättsverkan kan NOU:s beslut i tillsynsärenden inte överklagas.

Regeringen anger i den nyligen beslutade propositionen<sup>9</sup> att det bör införas en möjlighet att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling. Beredningen i denna del är inte avslutad och regeringen avser att återkomma med förslag under hösten 2002."

---

<sup>9</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34-35.

## Begreppet ”kritisk massa”

I utredningen används uttrycket ”kritisk massa” för att beskriva vikten av en sammanhållen tillsynsmyndighet i de fall materia som skall granskas är av tekniskt komplicerad natur. NOU anser att det är en fördel att tillsynsfrågorna på upphandlingsområdet centrerats till NOU.

## Tillsynsmyndighetens oberoende ställning

Regeringen har i den nyligen beslutade propositionen<sup>10</sup> föreslagit att ordföranden i nämnden självständigt bör få fatta beslut i klagomålsärenden, efter samråd med nämnden, för att inte riskera att partsintressen påverkar tillsynsverksamheten.<sup>11</sup>

## Svar på frågor

NOU har tillsammans med övriga remissinstanser ombetts svara på nedanstående frågor:

Frågor beträffande förslaget om genomförandet av ett antal sektoriella tillsynsprojekt i syfte att tydliggöra och precisera den statliga tillsynens roll och uppdrag:

- *Finns det sektorer vilka skulle vara särskilt lämpliga för sådana pilotprojekt?*

NOU bedömer att frågor om upphandling torde kunna aktualiseras i flertalet sektorer, till exempel när verksamhet övergår från att drivas i egen regi till att läggas ut på entreprenad. NOU ställer sig positiv till att medverka i ett pilotprojekt under förutsättning att erforderliga resurser ges.

- *Bör andra frågor än de vilka utredningen angivit analyseras i pilotprojekten?*

NOU önskar att frågan om hur tillsyn skall kunna bedrivas utan att tillsynsmyndigheten uppfattas som alltför ”bokstavstrogen” utreds vidare.<sup>12</sup>

Frågor rörande förslaget angående stiftandet av en ny lag om statlig tillsyn:

- *Skulle en ny lag med det av utredningen föreslagna innehållet innebära att den statliga tillsynen blir tydligare?*

NOU ställer sig positiv till att frågan om en gemensam lagstiftning utreds vidare utifrån de utgångspunkter som anges på sid 170 i

---

<sup>10</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34

<sup>11</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 34

<sup>12</sup> Jfr sid. 87 i utredningen

Datum  
2002-05-06

Vår beteckning  
2002/0066-22

utredningen. NOU förordar att lagen ges en karaktär av ramlagstiftning. NOU anser det angeläget att begreppet tillsyn definieras i en sådan lag. Om tillsyn definieras som kontroll av regelefterlevnad anser NOU det lämpligt att tillsynsorganet ges verktyg för att kontrollera efterlevnaden så att kontrollen blir effektiv.

- *Finns det i ett kommande lagstiftningsarbete skäl att även närmare se över användningen av sanktioner i samband med statlig tillsyn?*  
Se ovanstående fråga.

- *Bör därutöver andra frågor om den statliga tillsynen regleras i en sådan ny lag?*

NOU har inga förslag i denna del.

Frågor rörande kommunernas roll som utövare av vissa delar av den statliga tillsynen:

- *Bör ansvars- och rollfördelningen mellan staten och kommunerna i utövandet av tillsynen förändras?*
- *Om ja: Vilka är de tyngsta principiella och praktiska skälen för en förändring?*
- *Om nej: I vilka avseenden kan kraven på nationell likvärdighet i tillsynsverksamheten stärkas?*

NOU anser det inte lämpligt att föra över den tillsyn som idag bedrivs av NOU till kommunal nivå eftersom det skulle leda till att kommuner skulle utöva tillsyn över sig själva i egenskap av upphandlande enheter.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 april 2002 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, ämnesrådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Annette Elmqvist. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de direktiv till ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Annette Elmqvist

Bilaga: Strategi för NOU:s tillsynsverksamhet

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

Datum  
2001-08-28  
Ert datum  
2001-05-02

1 (20)  
Vår beteckning  
2001/0094-22  
Er beteckning  
Fi2001/1255

Finansdepartementet  
Charlotte Hedberg  
103 33 STOCKHOLM

## Upphandlingskommitténs slutbetänkande "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31)

NOU vill inledningsvis framhålla vikten av skyndsamma åtgärder vad gäller tillsynsmyndighetens organisation och befogenheter. Frågan om de i delbetänkandet föreslagna nya sanktionsformerna marknadsskadeavgift och vite är också brådskande att lösa.

Lagförslagen har lagtekniska brister och är i vissa delar dåligt utredda. Inte heller synes kommittén ha utrett förslagens förenlighet med EG-rätten. Generellt sett medför lagförslagen inte någon förenkling av regelverket. Flera svårbegripliga undantagsregler medför snarare ytterligare svårigheter vid tillämpning och tillsyn. NOU anser att Upphandlingskommitténs (kommittén) analys av de kostnader och andra konsekvenser som förslagen förväntas medföra, är alltför bristfällig.

NOU avstyrker förslaget om ett kvalitets- och utvecklingsråd.

NOU stöder kommitténs förslag om att behålla affärsmässighetsbegreppet i LOU.

NOU delar inte kommitténs uppfattning att gemenskapsrätten och affärsmässighetsbegreppet medger upphandlande enheter att ta sådana samhällspolitiska hänsyn som inte har direkt koppling till det som upphandlas.

NOU avstyrker förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet för kommuner och landsting i vissa fall (köp från egna bolag) då detta bedöms strida mot gemenskapsrätten.

NOU delar inte helt kommitténs och EKU-delegationens tolkning av gällande rätt och föreslagna ändringar av EG-direktiven avseende miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

NOU delar kommitténs uppfattning att det inte är möjligt och inte heller önskvärt att underlätta lokal upphandling genom att vid vissa upphandlingar öppna möjligheter till gynnande av lokala leverantörer, utöver vad dagens lagstiftning medger.



Datum  
2001-08-28

Vår beteckning  
2001/0094-22

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

NOU tar principiellt avstånd från det synsätt som präglar flera av kommitténs förslag, nämligen att upphandlande enheter skall kunna ställa krav på leverantörer och dess företag som inte har något samband med det behov som skall täckas.

NOU avstyrker kommitténs förslag att det i LOU införs ett avknoppningsstöd i form av överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling, eftersom förslaget bedöms strida mot gemenskapsrätten.

NOU ställer sig bakom förslaget om utredning av tillämpligheten av LOU vid kundvalssystem. Frågan brådskar, eftersom sådana system redan införts eller övervägs på många håll i landet.

Särbehandling av leverantörer som bedriver verksamhet utan vinstsyfte strider sannolikt mot gemenskapsrätten och LOU.

NOU avstyrker förslaget om att införa i lag fastställda beloppsgränser för direktupphandling och i synnerhet att fastställa en sådan gräns till sju prisbasbelopp exklusive mervärdesskatt. Möjligheterna till ytterligare avsteg från ett formellt upphandlingsförfarande är alltför långtgående och alltför oklart definierade.

NOU tillstyrker förslaget i sak att LOU ändras så att förfördelade leverantörer ges möjlighet att i ökad utsträckning begära överprövning av tilldelningsbeslutet. Den lagtekniska lösning som föreslås förefaller däremot ha vissa brister.

NOU tillstyrker att det i LOU införs krav på formalavtal. De föreslagna undantagen förefaller dock vara alltför omfattande. NOU avstyrker de föreslagna reglerna om ogiltighetsförklaring av avtal.

NOU anser att effekterna av kommitténs förslag om ändrade sekretessregler inte analyserats tillräckligt för att de rättsliga och ekonomiska konsekvenserna skall kunna bedömas.

NOU:s förhoppning är att regeringen i kommande arbete inom EU kan diskutera nya organisationslösningar och inköpsrutiner som utvecklas i Sverige, såsom frågan om kundvalssystem och avknoppning, och påverka EG:s upphandlingsdirektiv så långt som möjligt.

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

## Allmänna synpunkter

1. NOU vill inledningsvis framhålla vikten av skyndsamma åtgärder vad gäller tillsynsmyndighetens organisation och befogenheter. Enligt prop. 1999/2000:128 med anledning av kommitténs<sup>1</sup> delbetänkande ansågs dessa frågor kräva ytterligare beredning. Regeringen avsåg att återkomma till dessa frågor "så snart som möjligt". NOU har varit föremål för översyn sedan 1997 utan att något beslut tagits om dess framtid. Detta har skapat stora problem för verksamheten och ytterligare dröjsmål kan försvåra en uppbyggnad av en eventuell ny organisation.
2. Även andra frågor som behandlats i kommitténs delbetänkande och som ännu inte fått någon lösning, såsom de föreslagna nya sanktionsformerna marknadsskadeavgift och vite är brådskande att lösa. NOU får hänvisa till innehållet i yttrandet (1999/0266-22) över delbetänkandet (som finns inlagt på NOU:s hemsida ([www.nou.se](http://www.nou.se))).
3. Generellt sett medför lagförslagen inte någon förenkling av regelverket. Flera svårbegripliga undantagsregler medför snarare ytterligare svårigheter vid tillämpning och tillsyn. Dessa kan på sikt leda till minskad laglydnad och återgång till en sämre hushållning med skattemedel.
4. NOU anser att kommitténs analys av de kostnader och andra konsekvenser som förslagen förväntas medföra är bristfällig. Förslagets förenlighet med EG-rätten synes inte ha utretts, vilket borde ha skett. Laglighet och lämplighet av flera förslag synes också ha överlämnats till remissinstanserna att utreda. NOU förutser en kraftig ökning av frågor och klagomål om förslagen genomförs och därmed behov av motsvarande resurstillskott för utredningsarbete. För domstolarna kan liknande problem förutses.
5. NOU konstaterar vidare att den svenska upphandlingslagstiftningen ännu inte täcker viss gällande gemenskapsrätt (jfr Alcatel-domen) och vill därför framhålla vikten av skyndsamma åtgärder för att komma tillrätta med denna situation som föranleder åtskilliga problem i dagsläget. Några övergångsbestämmelser är därför inte påkallade i denna del.
6. Kommittén har betonat behovet av enhetliga regler. I Sveriges yttrande över kommissionens grönbok betonades särskilt fyra huvudfrågor varav en angavs vara att det måste bli en likartad tillämpning av upphandlingsdirektiven i alla länder. Det är därför mindre lämpligt att på flera områden införa regler som skiljer sig från det direktivstyrda området. En generell kommentar inför arbetet med kommande lagändringar är att Sverige inte, enligt NOU:s uppfattning, bör besluta om ändringar i LOU annat än i sådana fall där det står klart, att ändringen inte strider mot gemenskapsrätten eller EG:s

---

<sup>1</sup> Effektivare offentlig upphandling, För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, SOU 1999:139

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

upphandlingsdirektiv. NOU vidhåller sin tidigare framförda uppfattning att LOU i så stor utsträckning som möjligt ordagrant bör överensstämja med EG:s upphandlingsdirektiv, så att EG-domstolens tolkningar smidigt kan anammas som svensk rätt.

7. Kommittén framhåller att det vid sidan av en god regelefterlevnad krävs åtgärder som innefattar en satsning på utveckling och säkring av kvaliteten i upphandlingsverksamheten. Därutöver krävs, enligt slutbetänkandet, ökade möjligheter och förbättrade metoder för att stärka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling och att utnyttja den offentliga köparmakten. Vissa av de förslag som nu framläggs förväntas få positiva konsekvenser på sikt för konkurrenstrycket. Andra förslag får enligt NOU:s bedömning motsatt effekt. Med det utrymme för direktupphandlingar som föreslås skulle en sammantaget mycket stor andel av upphandlingsvolymen riskera att undantas från konkurrenstrycket, vilket framför allt kan förväntas drabba små och medelstora företag. Även förslaget om undantagandet av vissa köp från kommunalt bolag skulle medföra att en stor andel av tidigare konkurrensutsatta upphandlingar undantas från den tävlan avseende kvalitet och pris mellan företag som en konkurrenssituation innebär. Nämda förslag strider även mot ett flertal av de punkter som återges i betänkandet såsom det övergripande svenska intresset när det gäller regeringens arbete inom EU, t.ex. att ge ökade möjligheter för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. De fördelar som ett upphandlingsförfarande i konkurrens enligt LOU:s bestämmelser för med sig och som kommittén förordar på andra ställen i betänkandet verkar här få stå tillbaka utan att nyttan av undantaget och kostnaden härför tillräckligt redovisas.
8. NOU anser det angeläget med ett omtryck av LOU vid kommande lagändring.

### **Kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling**

NOU avstyrker förslaget om ett kvalitets- och utvecklingsråd. Om anslagsfinansiering av informationsverksamhet övervägs är det rimligt att i första hand höja NOU:s anslag för information. Rådgivningsverksamhet kan dock aldrig ingå i en tillsynsverksamhet.

1. NOU anser det viktigt att främja arbetet för samverkan inom offentlig upphandling. Sådan samverkan sker redan inom olika områden, t.ex. på sjukvårds-, läkemedels- och arkitektområdena. NOU anser att branschvisa regionala/lokala samarbetsinsatser och erfarenhetsutbyten är att föredra framför den av kommittén föreslagna insatsen på riksnivå.
2. Att informationsbehovet på upphandlingsområdet fortfarande är stort kan NOU intyga. NOU ifrågasätter dock lösningen att skapa ytterligare en aktör på området, till yttermera visso finansierad, åtminstone initialt, med statliga

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

medel. Det bör observeras att NOU:s informationsverksamhet har måst bedrivs på sparlåga de senaste åren i enlighet med regleringsbrevet. Inrättandet av den föreslagna nya aktören skulle otvivelaktigt medföra problem med ansvarsavgränsning gentemot tillsynsmyndigheten. Andra informerade statliga aktörer finns f.ö. redan, såsom t.ex. Verkets för högskoleservice (VHS) Upphandlingsgrupp som tillhandahåller stöd och rådgivning till statliga myndigheter samt Kammarkollegiets enhet för statlig inköpssamordning.

3. NOU anser det olämpligt att med statliga medel finansiera rådgivningsverksamhet med bl.a. uppgiften att i konkurrens med redan etablerade privata aktörer främja utvecklingen av kvaliteten i den offentliga upphandlingen. Mallar för förfrågningsunderlag, kravspecifikationer och kontraktvillkor för olika typer av upphandlingar finns redan i stor omfattning tillgängliga på nätet. Ansvarsfrågan för ett dylikt råd blir känslig. Det kan noteras att NOU av detta skäl är utomordentligt noggrann med att skilja på allmän information (som lämnas av NOU) och rådgivning (som inte bör lämnas av en tillsynsmyndighet som NOU).

### **Affärsmässighetsbegreppet**

NOU stöder kommitténs förslag om att behålla affärsmässighetsbegreppet i LOU sådant det kan anses vara definierat i rättspraxis. Högsta domstolen (HD) och Regeringsrätten har uttalat att affärsmässighetsbegreppet kan anses omfatta gemenskapsrättens grundläggande principer. Det är av stor principiell betydelse att affärsmässighetsbegreppet hålls tydligt åtskilt från samhällspolitiska målsättningar.

NOU delar inte kommitténs uppfattning att gemenskapsrätten och affärsmässighetsbegreppet medger upphandlande enheter att ta sådana samhällspolitiska hänsyn som inte har direkt koppling till det som upphandlas.

1. NOU anser att affärsmässighetsbegreppet är svårhanterligt. Begreppet saknar motsvarighet i direktiven om offentlig upphandling. De svenska upphandlande enheterna är dock sedan länge vana vid begreppet. Det har vidare under åren preciserats i rättspraxis. HD och Regeringsrätten har jämställt det med gemenskapsrättens grundläggande principer. (NJA 1998 sid. 873). NOU tillstyrker därför att begreppet bibehålls.
2. NOU delar inte uppfattningen att LOU och affärsmässighetsbegreppet medger upphandlande enheter att ta sådana samhällspolitiska hänsyn som inte har direkt koppling till det som upphandlas. Det är av stor principiell betydelse att affärsmässighetsbegreppet hålls tydligt åtskilt från samhällspolitiska målsättningar. En definition som anger vad som avses med samhällspolitiska målsättningar saknas vilket försvårar diskussionen. Begreppet affärsmässighet

Datum  
2001-08-28

Vår beteckning  
2001/0094-22

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

har ansetts ha olika innebörd beroende på förhållandena i den enskilda upphandlingen. Begreppet har ansetts inrymma alla de hänsynstaganden som måste göras för att den enskilda upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för att uppfylla det behov som upphandlingen skulle täcka.

3. Betydelsen av att den offentlig upphandlingen skall präglas av affärsmässighet anges i betänkandet vara att en upphandlande enhet skall "förfoga över en professionell och kompetent upphandlingsorganisation". Det är enligt NOU:s mening inte lämpligt att blanda in organisationsfrågor i begreppet affärsmässighet. En professionell och kompetent upphandlingsorganisation är snarare ett gott stöd, kanske det viktigaste, för att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt. NOU och domstolarna måste kunna uttala sig om ett beteende är affärsmässigt men har inte möjlighet att kritisera organisationslösningar (främst p.g.a. den kommunala självstyrelsen).

### **Köp mellan kommun och kommunalt bolag**

NOU avstyrker förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet för kommuner och landsting i vissa fall (köp från egna bolag) såsom det utformats av kommittén. Förslaget är inte tillräckligt analyserat och strider enligt NOU:s uppfattning mot gemenskapsrätten. Begreppet uppenbara samordningsfördelar är enligt NOU:s bedömning i stort sett omöjligt att tillämpa för såväl NOU som domstolarna eftersom det är alltför vitt och saknar juridisk precision.

1. NOU:s uppfattning är att kommitténs förslag inte stämmer överens med lydelsen i Teckal-domen<sup>2</sup> i vilken det sägs att direktiv 93/36/EEG är tillämpligt när en upphandlande enhet "avser att sluta ett skriftlig kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet...".
2. Undantaget från upphandlingsskyldighet skulle vidare innebära ett avsteg från den i Sverige sedan länge rådande principen, nämligen att kontrakt med en från den egna upphandlande enheten i juridisk hänseende skild person skall upphandlas. Avtal med organisationer/enheter som tillhör samma upphandlande enhet behöver inte upphandlas, medan kontrakt med en från den egna upphandlande enheten skild juridisk person skall föregås av en upphandling. NOU hänvisar vidare till nämndens synpunkter framförda i rapporten avseende regeringsuppdraget om kommuners och landstings köp från egna företag<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Mål C-107/98 Teckal Srl mot Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, REG 1999 s I-8121

<sup>3</sup> NOU:s ärende dnr 1999/0165-29, 98-03-27 som finns inlagd på NOU:s hemsida.

Datum  
2001-08-28

Vår beteckning  
2001/0094-22

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

3. I de fall en kommun vill anlita sina resurser utan offentlig upphandling kan den behålla verksamheten inom den kommunala förvaltningen, vilket inte medför någon upphandlingsskyldighet.
4. Om en lagändring med det angivna syftet ändå skulle genomföras, vill NOU föreslå att en annan juridisk lösning övervägs med 4 kap. 4 a § LOU som utgångspunkt.
5. NOU vill också lämna några kommentarer till utformningen av det nuvarande förslaget. Enheten medges undantag från LOU om det finns ”uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar”. I författningskommentaren till paragrafen uppges att med begreppet uppenbara samordningsfördelar skall förstås att ”ett upphandlingsförfarande skulle motverka ett effektivt resursutnyttjande” och att ”vinsten med att kunna sluta avtal utan upphandlingsförfarande överstiger nackdelarna”. Enligt NOU:s uppfattning blir det svårt att i förväg uppskatta samordningsfördelarna. Här kan erinras om problemen att göra utvärderingar när egenregianbud lämnats. Oftast borde samordningsfördelarna - vid en upphandling i konkurrens - komma till uttryck i ett förmånligt anbud från det egna bolaget. Fördelarna med en upphandling där det egna bolagets verksamhet utsätts för konkurrens, visar sig inte förrän en upphandling har genomförts. Begreppet är enligt NOU:s bedömning i stort sett omöjligt att tillämpa för såväl NOU som domstolarna, eftersom det är alltför vitt och saknar juridisk precision.
6. Vad som skall förstås med uppenbara samordningsfördelar är oklart. I författningskommentaren uppges, att bevisbördan för att det föreligger sådana, åvilar den kommun eller det landsting som ingår avtal med stöd av bestämmelsen. Stor osäkerhet kommer därmed att råda huruvida ett pågående kontrakt kommer att konkurrensutsättas på nytt eller kommer att utan upphandling slutas med ett kommunalt bolag. Enligt NOU:s mening erbjuder LOU:s rättsmedel i nuläget inte förfördelade leverantörer tillräckliga möjligheter att föra talan i situationer där den föreslagna paragrafen felaktigt tillämpas. NOU saknar en tydlig redovisning av hur kommittén anser att rättssäkerheten för leverantörer skall tillförsäkras om förslaget genomförs.
7. En annan effekt som förslagets utformning skulle medföra är, att ju mer ineffektiv inköpsorganisation en enhet har desto större blir upphandlingskostnaderna och därmed anledningen att inte upphandla enligt LOU. Jämför den liknande situation som uppstår vid tillämpning av förslaget när direktupphandling får genomföras på den grunden att kostnaderna för en upphandling skulle överstiga värdet av upphandlingen (se nedan under avsnittet om direktupphandling).
8. Lagändringen är föreslagen att gälla för upphandling inom den klassiska sektorn enligt 1 kap. 6 a § LOU. Om avsikten är att undantaget även skall

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

gälla för upphandlingar under tröskelvärdena bör en hänvisning till denna bestämmelse göras i 6 kap.1 § LOU.

### Antidiskrimineringsklausuler

NOU tar principiellt avstånd från det synsätt som präglar flera av kommitténs förslag, nämligen att upphandlande enheter skall kunna ställa krav på leverantörer och dess företag som inte har något samband med det behov som skall täckas. Om förslag på olika former av positiv särbehandling ändå genomförs, krävs enligt NOU:s mening av rättssäkerhetsskäl att

- bedömningar av kravuppfyllelsen inte skall åvila den upphandlande enheten utan den på området ansvariga myndigheten (t.ex. Jämställdhetsombudsmannen och Ombudsmannen mot etnisk diskriminering) samt att
- kraven skall formuleras som skall-krav och att kravuppfyllelsen utgör del av kvalificeringsförfarandet, dvs. att avvägningar aldrig skall ske mot övrig kravuppfyllelse (på varan/tjänsten).

NOU delar inte kommitténs uppfattning att gemenskapsrätten och affärsmässighetsbegreppet medger upphandlande enheter att ta sådana samhällspolitiska hänsyn som inte har direkt koppling till det som upphandlas.

1. Reglerna i LOU för inköpare och för de leverantörer som säljer till offentlig sektor måste vara förutsebara och transparenta. Trots kommitténs uppgift vad gäller frågan om det är tillåtet att beakta sociala hänsyn vid en offentlig upphandling uppges det i betänkandet att offentlig upphandling bör kunna användas för att motverka diskriminering *så länge grundläggande EG-rättsliga principer iakttas* (NOU:s kursivering). Med ett så oklart rättsläge bör Sverige inte genomföra någon lagändring på området som skulle innebära att osäkerheten att avgöra vad som är tillåtet i stället övervältrades på inköparna.
2. Kommittén har uttalat att NOU är lämpad ”att bedöma om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt är förenliga med LOU och gemenskapsrätten” (sid. 309). Uppgiften innebär i dagsläget före kommissionens tolkningsdokument, en stor ökning av NOU:s arbetsbörda för utredningsarbete. NOU bedömer inte som sannolikt att det kommande tolkningsmeddelandet från kommissionen kommer att förändra denna bild.
3. NOU får vidare hänvisa till synpunkter avseende antidiskrimineringsklausuler i samband med offentlig upphandling som framförts i yttranden över utredningen Räkna med mångfald (SOU 1997:174, NOU:s dnr 1997/0292-22) och Invandrare som företagare (SOU 1999:49, NOU:s dnr 1999/0111-22). Kommitténs utredning har inte löst de problem som förs fram i dessa yttranden.

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

4. Beträffande det i kommitténs delbetänkande framförda författningsförslaget för tillsynsmyndigheten att bidra till samhällspolitiska mål hänvisas till nämndens remissvar (dnr 1999/0266-22).

## Miljöhänsyn

NOU anser att LOU och EG-direktiven medger att miljöhänsyn beaktas vid upphandlingsprocessen men delar inte helt kommitténs och EKU-delegationens tolkning som redovisas i slutbetänkandet av gällande rätt och de föreslagna ändringarna av EG-direktiven.

1. NOU anser att EG-domstolens praxis ger möjlighet till andra tolkningar<sup>4</sup> än dem som kommittén hänvisar till och att det är osäkert huruvida det befintliga utkastet till direktiv för den klassiska sektorn verkligen leder till en förändring av möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling utan endast är att betrakta som en kodifiering av gällande rätt. Kommissionen framhåller nämligen i tolkningsmeddelandet<sup>5</sup>, som inte var publicerat när kommittén avgav sitt betänkande, att upphandlingsdirektiven ställer upp två villkor för de kriterier som tillämpas för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. ”För det första gäller förbudet mot diskriminering och för det andra skall de kriterier som tillämpas innebära en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten.”
2. NOU vill betona vikten av att det så långt som möjligt bedrivs ett aktivt miljöarbete i samband med utarbetandet av gemensamma standarder som de upphandlande enheterna sedan kan hänvisa till vid offentliga upphandlingar.

## Lokal upphandling

NOU delar kommitténs uppfattning att det inte är möjligt eller önskvärt att underlätta lokal upphandling genom att vid vissa upphandlingar öppna möjligheterna till gynnande av lokala leverantörer, utöver vad dagens lagstiftning medger.

## Ökad konkurrens genom positiv särbehandling

NOU avstyrker kommitténs förslag att det i LOU införs ett avknoppningsstöd i form av överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling, eftersom förslaget bedöms strida mot gemenskapsrätten.

<sup>4</sup> Se särskilt mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike

<sup>5</sup> Om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling



Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

NOU ställer sig bakom förslaget om utredning av tillämpligheten av LOU vid kundvalssystem. Frågan brådskar, eftersom sådana system redan införts eller övervägs på många håll i landet.

Särbehandling av leverantörer som bedriver verksamhet utan vinstsyfte strider sannolikt mot gemenskapsrätten och LOU.

1. *Avknopningsstöd* - Det är primärt andra aktörer än NOU som har att verka för åtgärder som påverkar konkurrenssituationen på en viss marknad. Kravet på upphandlande enheter att utnyttja konkurrensen på marknaden är emellertid det mest väsentliga inslaget i affärsmässighetsbegreppet och framgår också av portalparagrafen i 1 kap. 4 § LOU.
2. NOU anser att frågan om möjligheten att tilldela kontrakt till avknoppad verksamhet bör utredas vidare, särskilt huruvida B-tjänster skulle kunna hanteras enligt kommitténs förslag. Utöver avtalsrättsliga frågor måste därvid beaktas även de regler som gäller för statsstöd, anställningsskydd och konkurrens.
3. NOU bedömer att kommitténs förslag till avknopningsstöd strider mot gemenskapsrätten. Ett genomförande är också förenat med en mängd praktiska problem, såsom att avgöra vilka som omfattas av begreppet anställda, hur länge de skall ha fullgjort uppgifter som anställda samt om ett avtal kan slutas med dessa, medan de fortfarande är anställda hos den upphandlande enheten.
4. NOU saknar information i betänkandet om hur andra medlemsstater ser på avknopningsstöd i form av undantagande från upphandlingsreglerna.
5. *Kundvalssystem* - Det är mycket viktigt att den av kommittén föreslagna utredningen tillsätts och ges möjlighet att snarast utreda och ge förslag avseende kundvalssystem. Oklarhet råder beträffande upphandlingslagstiftningen tillämpning i förhållande till genomförandet av kundvalssystem. Ett klargörande av detta behövs, eftersom det för närvarande etableras många olika typer av kundvalssystem i landet.
6. *Positiv särbehandling av icke-vinstgivande företag*. Kommitténs ställningstagande förefaller grunda sig på en feltolkning av en dom utan relevans för offentlig upphandling. NOU delar inte kommitténs uppfattning att det går att utläsa av EG-domstolens dom<sup>6</sup> att det är möjligt att föreskriva att endast de aktörer som verkar utan vinstsyfte skall få leverera tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst.
7. Avsnittet återfinns under rubriken ”Ökad konkurrens genom positiv särbehandling”. NOU vill peka på att även motsatt uppfattning kan hävdas,

<sup>6</sup> C-70/95, Sodemare SA m.fl och Regione Lombardia

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

nämligen att ifrågavarande krav medför att vissa leverantörer utesluts från att delta i upphandlingar och att konkurrenstrycket vid sådana upphandlingar därmed minskar med risk för samhällsliga effektivitetsförluster som följd.

8. Vid en upphandling från organisationer utan vinstintresse kan svårigheter uppstå t.ex. vid prövning av anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning.
9. Då övervägandena är i huvudsak desamma som vad avsåg lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan, hänvisar NOU till sitt yttrande (dnr 2000/0317-22) i det sammanhanget. NOU vidhåller att särbehandling av leverantörer som bedriver verksamhet utan vinstsyfte strider mot gemenskapsrätten och LOU.

### Direktupphandling

NOU avstyrker förslaget om att införa i lag fastställda beloppsgränser för direktupphandling och i synnerhet att fastställa en sådan gräns till sju prisbasbelopp exklusive mervärdesskatt. Möjligheterna till ytterligare avsteg från ett formellt upphandlingsförfarande är alltför långtgående och alltför oklart definierade.

#### *Allmänna synpunkter*

1. NOU avstyrker kommitténs förslag att i LOU införa en generell gräns för direktupphandling på sju basbelopp, exklusive mervärdesskatt. NOU anser att den nuvarande regleringen med att det i LOU anges "lågt värde" som en grund för direktupphandling fungerar bra. Nuvarande lösning möjliggör för upphandlande enhet att vid behov fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden.
2. Förslaget skulle få allvarliga följder för svenska små och medelstora företag. För dessa företag utgör de aktuella upphandlingarna en stor marknad vilken skulle undantas från konkurrensutsättning om förslaget genomfördes. Kommitténs kommentar på sid. 384, att små företag skulle få en lättnad i ett mera informellt förfarande, stämmer endast i de fall dessa företag överhuvudtaget kommer att få en möjlighet att delta i förfarandet. För det mindre företaget med några få anställda är ett uppdrag i denna storleksordning ett attraktivt uppdrag. Det finns sannolikt många sådana företag som skulle vilja konkurrera om uppdragen. Att vända sig enbart till ett företag, och i upprepade upphandlingar kanske till samma företag, skapar lätt misstankar om svågerpolitik eller annat otillbörligt beteende.
3. Definitionen på direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU är upphandling utan krav på anbud. Härmed skall förstås skriftliga anbud. Definitionen innebär däremot

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

inte att en upphandlande enhet därmed automatiskt kan köpa direkt av en leverantör utan att jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud. NOU anser det angeläget att detta förhållande särskilt påtalas i förarbetet till en eventuell lagändring och att en hänvisning görs till kravet på ett affärsmässigt beteende.

4. Direktupphandling innebär ofta att enheten inte har samma kontroll på om priset och övriga villkor för upphandlingen var marknadsmässiga eller inte, eftersom något konkurrensutnyttjande i regel inte sker. Enheten har i regel inte heller samma kontroll över vad som har överenskommit mellan enheten och leverantören, eftersom det inte upprättats något skriftligt förfrågningsunderlag. Denna kontroll har inte ansetts nödvändig vid mycket små belopp.
5. En obligatorisk annonsering träder numera in vid förenklad- och urvalsupphandling. Till den del förslaget syftar till att annonseringskravet inte skall slå igenom vid alltför beloppsmässigt små upphandlingar, anser NOU att det bör lösas på annat sätt än genom att höja gränsen för direktupphandling på föreslaget sätt. Övervägas bör istället att höja gränsen för obligatorisk annonsering till ett högre värde än gränsen för vad som anses vara lågt värde för direktupphandling och behålla begreppet lågt värde som gräns för direktupphandling.
6. Oavsett det faktum att EG-direktiven om offentlig upphandling i huvudsak reglerar upphandlingar över vissa tröskelvärden, skall EU:s grundläggande rättsprinciper tillämpas vid all offentlig upphandling. Principerna om likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och icke-diskriminering är således tillämpliga även vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Frånvaron av annonsering, skriftlighet och dokumentation kommer dock att medföra att domstolsprövning och tillsyn avsevärt försvåras.

*Upphandlingens värde är lågt (förslaget om ändring av 6 kap. 2 § 1 p.)*

7. Direktupphandling på grund av lågt värde är i första hand avsett dels för köp till smärre belopp, då den administrativa kostnaden och enhetens tidsåtgång vid ett formellt upphandlingsförfarande inte står i rimlig proportion till upphandlingens värde. Det skall dessutom vara fråga om ett enstaka behov som inte täcks av ett ramavtal.
8. Förslaget, om det genomförs, ställer mycket höga krav på överblick och samordning inom en upphandlande enhet, eftersom tröskelvärdet för att i stället genomföra en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU snabbt kan komma att överskridas, för statliga myndigheter redan efter fem sådana direktupphandlingar.
9. Om förslaget skulle genomföras, anser NOU, att 6 kap. 2 § 1 p LOU istället bör utformas så att grund för direktupphandling finns när upphandlingens

Datum  
2001-08-28

Vår beteckning  
2001/0094-22

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

värde understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. Att tala om "låga värden" avseende inköp till det föreslagna beloppet rimmar illa med normalt språkbruk.

10. Kommittén konstaterar (på sid. 336) att den förenklade upphandlingen är den kraftigt dominerande formen av offentlig upphandling. Detta innebär att de allra flesta inköp görs genom denna form av upphandling. NOU anser det därför synnerligen angeläget att de upphandlande enheternas resurser används till att genomföra dessa förenklade upphandlingar på ett så kostnadseffektivt sätt som möjligt, dvs. genom att i största möjliga mån utnyttja den befintliga konkurrensen.

*Kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen  
(förslaget om ändring av 6 kap. 2 § 2 p.)*

11. Kommittén föreslår att direktupphandling skall kunna genomföras även i de fall kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen. Om den föreslagna gränsen för direktupphandling skulle genomföras torde det vara obehövt med denna punkt. Samma resonemang kan vidare föras här som ovan avseende avsnittet "Köp mellan kommun och kommunalt bolag" vad gäller osäkerheten att i förväg kunna beräkna vad ett upphandlingsförfarande kostar och vad enheten vinner på att konkurrensutsätta behovet. Ju mer ineffektiv inköpsorganisation enheten har, desto större möjligheter finns det att inte behöva tillämpa LOU. Det är inte heller rimligt att en enhet skulle kunna genomföra en rad direktupphandlingar med hänvisning till att ett förfarande enligt LOU skulle medföra höga kostnader i form av upphandling av utomstående upphandlingsexpertis.
12. Kommitténs användning av gemenskapsrättens proportionalitetsprincip på sid. 337 synes för övrigt inte vara riktig. Den definition som angavs i delbetänkandet sid. 58 stämmer bättre överens med verkligheten, nämligen att principen "förutsätter att den upphandlande enheten inte ställer högre krav på leverantören eller föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen." Detta innebär att kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas.

*Upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvård m.m.  
(förslaget om ändring av 6 kap. 2 § 3 p.)*

13. NOU avstyrker förslaget till direktupphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvård. Förslaget är alltför oprecist uttryckt. Med föreslagen skrivning kan man inte utesluta en risk för överutnyttjande. Många av de upphandlingar som avses kan, enligt NOU:s mening, dessutom undantas från LOU:s tillämplighet redan idag på grund av utrymmet för synnerliga skäl. NOU anser att det snarare bör övervägas om inte reglering av denna fråga som

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

rör frågor om vårdtagares fria val av vårdgivare bör ske inom ramen för annan lagstiftning såsom Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) och Socialtjänstlagen (1980:620).

*Synnerlig brådska och synnerliga skäl (förslaget om ändring av 6 kap. 2 § 4 – 5 p.)*

14. NOU avstyrker förslaget till ändring som innebär att nuvarande punkt delas upp i två punkter. Om förslaget genomförs bör det åtföljas av ett uttalande i propositionen att det inte är fråga om att vidga nuvarande tillämpningsområdet för användningen av direktupphandling.

### Information om och överprövning av tilldelningsbeslut

NOU tillstyrker förslaget att LOU ändras så att förfördelade leverantörer ges möjlighet att i ökad utsträckning begära överprövning av tilldelningsbeslutet. Den lagtekniska lösning som föreslås förefaller dock ha vissa brister. Vad avser tidsfristen på tio dagar har NOU inget att erinra.

NOU avstyrker förslaget att bestämmelsen om skyldighet att informera i 4 kap. 15 § 2 st. överförs till 1 kap. 27 §.

NOU avstyrker förslaget att införa nya regler för telekommunikationssektorn vad avser informationsskyldighet.

NOU avstyrker förslaget att de upphandlande enheterna skall lämna upplysningar om hur en leverantör begär överprövning och skadestånd.

NOU saknar bestämmelser avseende anbudssökandes möjlighet vid urvalsupphandling att få del av beslut om förkastande av ansökningar.

NOU tillstyrker att det i LOU införs krav på formalavtal. De föreslagna undantagen förefaller dock vara alltför omfattande och den föreslagna rättsverkan inte tillräckligt analyserad. NOU avstyrker de föreslagna reglerna om ogiltighetsförklaring av avtal.

NOU anser att effekterna av kommitténs förslag om ändrade sekretessregler inte analyserats tillräckligt för att de rättsliga och ekonomiska konsekvenserna skall kunna bedömas.

### *Alcatel-domen och dess effekter*

1. I kommitténs förslag, sid. 22 st. 2 och sid. 340 st. 5, står att läsa att det är nödvändigt att den svenska lagstiftningen anpassas till de krav som rättsmedelsdirektiven ställer på den nationella lagstiftningen. Som konstateras

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

nedan ställer rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG inte krav på att Sverige inför ett förfarande vari ett redan ingånget kontrakt kan ogiltigförklaras. Trots detta väljer kommittén att föreslå en sådan bestämmelse, utan att noggrant ha utrett konsekvenserna härav.

2. EG-domstolen uttalade i förhandsavgörandet i mål C-81/98 (Alcatel) att varje medlemsstat är skyldigt att tillhandahålla ett prövningsförfarande i vilket klaganden i ärende om offentlig upphandling ges möjlighet att begära överprövning av en upphandlande enhets beslut om val av leverantör. Enligt NOU:s tolkning av avgörandet kräver domstolen att varje medlemsstat skall säkerställa att anbudssökande, anbudsgivare och s.k. potentiella leverantörer skall kunna begära överprövning av beslut av en upphandlande enhet i en offentlig upphandling innan kontrakt ingås. Det anges inte i rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG någon begränsning vad gäller nämnda besluts natur eller innehåll. Alla beslut där gemenskapsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivandet av gemenskapsrätten har åsidosatts måste således kunna överprövas.
3. I rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG, art. 2.6, stadgas att medlemsstaterna får begränsa prövningsorganets behörighet till att, sedan ett upphandlingsavtal genomförts, lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen. Enligt domstolen framgår det av direktivet att det inte krävs av medlemsstaterna att dessa tillhandahåller en möjlighet för anbudssökande, anbudsgivare och potentiella leverantörer att, sedan ett kontrakt ingåtts få detta kontrakt upphävt eller ogiltigförklarat.
4. I Sverige har lagstiftaren hittills valt att inte införa möjligheten att ogiltigförklara ett civilrättsligt bindande avtal eller att möjliggöra att ett ingånget avtal betraktas som en nullitet. I förarbetena till LOU (prop. 1992/93:88, sid. 101 st. 4) angavs bl.a. att anledningen till att en framställning inte får prövas efter nämnda tidpunkt är att ”det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning”.
5. I en undersökning genomförd av EG-kommissionen i slutet av år 2000 visade det sig, att av de femton medlemsländerna hade endast fyra infört möjlighet att ogiltigförklara ett redan ingånget avtal. I tio av medlemsländerna finns således inte den möjligheten, även om det i Österrike planeras att införas en regel om att ingångna avtal kan anses som en nullitet. Det pågår f.n. en omfattande omarbetning av alla EG-direktiv om offentlig upphandling i EU-rådets arbetsgrupp för offentlig upphandling. NOU anser det därför direkt olämpligt att Sverige i dag inför strängare bestämmelser för en viss typ av överträdelse, särskilt som EG-direktivet om rättsmedel inom den klassiska sektorn inte gör åtskillnad mellan de olika typerna av brott mot lagstiftningen. Som kommittén själv påpekar på sid. 359 st. 2, innebär den föreslagna bestämmelsen om avtals

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

ogiltighet inte att ett upphandlingsavtal är ogiltigt när en upphandlande enhet brutit mot andra bestämmelser i LOU.

6. Den föreslagna sanktionen är dessutom verkningslös, såsom kommittén själv konstaterar på sid. 391 st. 5, eftersom en upphandlande enhet efter den föreslagna tidsfristen på tio dagar kan underteckna bindande avtal oavsett om en anbudssökande, anbudsgivare eller en potentiell leverantör begärt överprövning hos länsrätt. De fall, där länsrätten beslutat om inhibition och den upphandlande enheten trots detta tecknar avtal med den utvalda anbudsgivaren, omfattas inte av utredningen, även om kommittén på sid. 265 f konstaterar att överprövning enligt 7 kap. 1 § 2 st. LOU då inte längre kan ske. NOU saknar en analys av möjligheten att istället införa en reglering för den klassiska sektorn liknande den som finns i 7 kap. 2 § 1 st. LOU för försörjningssektorerna, vari länsrätten kan koppla ett vite till ett interimistiskt beslut.
7. I NOU info dec-2000 gav NOU förslag på avtalsvillkor de upphandlande enheterna kunde infoga i avtalen "Detta avtal börjar gälla fr.o.m. tidpunkt XX under förutsättning att ansökan om överprövning inte sker." Enligt NOU:s bedömning är detta en bättre lösning än lagförslaget om ogiltighet.
8. Vad avser tidsfristen på tio dagar har NOU inget att erinra. Det bör vidare övervägas om en så lång tidfrist bör omfatta påskyndat förfaranden.

#### *Information till leverantörer*

9. NOU har vid ett flertal tillfällen starkt poängterat det juridiskt och pedagogiskt angelägna i att de specialregler som gäller för försörjningssektorerna inte sammanblandas med de striktare regler som gäller för den klassiska sektorn. NOU anser till skillnad från kommittén att den föreslagna lydelsen av 1 kap. 27 § LOU om skyldigheten att lämna information till anbudssökande och anbudsgivare skiljer sig sakligt från innehållet i nuvarande 4 kap. 15 § 2 st. LOU (se sid. 348 st. 2) och att bestämmelsen innebär en skärpning av reglerna i försörjningssektorerna. NOU förslår därför att bestämmelsen i 4 kap. 15 § 2 st. LOU kvarstår.
10. Upphandlande enheter inom telekommunikationssektorn är enligt EG-kommissionens meddelande av den 12 maj 1999, beslutat med stöd av art. 8 i direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet), undantagna från reglerna om offentlig upphandling, se även 4 kap. 4 § st. 2 LOU. Vidare förefaller alla medlemsstater vara överens om att telekommunikationssektorn, bl.a. på grund av att alla medlemsstater nu infört EG:s regler om avreglering inom denna sektor, skall uteslutas från försörjningsdirektivets tillämpningsområde. Det förefaller därför onödigt att införa en bestämmelse som inte har stöd i EG-direktiven om försörjningssektorerna (se tilläggsdirektiv 98/4/EEC) och som inte heller får någon praktisk effekt. Vad NOU känner till förekommer det

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

inga offentliga upphandlingar inom telekommunikationssektorn i dag, vare sig i Sverige eller i övriga EU/EES-området.

11. NOU instämmer i kommitténs förslag att de upphandlande enheterna fortsättningsvis även vid upphandlingar över tröskelvärdena på eget initiativ skall informera anbudssökanden och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Även vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU utökas informationsskyldigheten. Just bristen på relevant information utgör ett av de största hindren för att begära rättslig prövning.
12. Den juridiska betydelsen av kommitténs förslag angående undantag från informationskyldighet i vissa situationer kommenteras nedan under ”Undantag från formkrav för upphandling”.
13. NOU ställer sig tveksam till förslaget att de upphandlande enheterna även skall informera anbudssökande och anbudsgivare avseende de tillgängliga rättsmedlen, särskilt som denna information inte skall behöva lämnas till leverantörer. NOU anser inte att beslut om att anta ett visst anbud utgör myndighetsutövning, utan utgör ett beslut i den upphandlande enhetens kommersiella verksamhet riktad mot kommersiella motparter. Dessutom är motiveringen på sid. 346 st. 3 att leverantörer oftast inte får ut besked om beslutet avseende vald anbudsgivare förrän efter det att upphandlingen avslutats med kontrakt, inte i överensstämmelse med förslaget att den absoluta sekretessen skall upphävas redan vid beslut om anbudsgivare. Såsom kommittén själv konstaterar på sid. 345 och 267 f. jämföras dessutom leverantörer med anbudsgivare och anbudssökande både i 7 kap. 6 § LOU och i rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG, art. 1.3.
14. Den 1 januari 2001 infördes genom SFS 2000:877 en ny upphandlingsform i LOU, urvalsupphandling. Lagstiftaren skriver i förarbetena till ändringen (prop. 1999/2000:128, sid. 24 st. 3) att urvalsupphandling skall motsvara selektiv och förhandlad upphandling. Trots detta har det inte införts, och föreslås inte heller av kommittén, att en anbudssökanden i en urvalsupphandling skall ha rätt att erhålla information om varför hans ansökan har förkastats. En hänvisning i 1 kap. 6 § LOU till 1 kap. 27 § LOU vore önskvärd, så att anbudssökanden vid upphandlingar enligt 6 kap. 1 § LOU erhåller samma möjligheter till rättslig prövning av ett beslut att förkasta hans ansökan som anbudssökanden vid upphandlingar över tröskelvärdena. NOU har i skrivelse daterad 2001-05-30, dnr. 2001/0114-29, uppmärksammat regeringen på frågeställningen.

#### *Formkrav för upphandlingsavtal*

15. NOU instämmer i kommitténs förslag att det införs bestämmelser avseende formen för slutande av avtal om upphandling. Trots Regeringsrättens dom, RÅ 1996 ref. 50, råder det osäkerhet, både bland upphandlande enheter och bland



Datum  
2001-08-28

Vår beteckning  
2001/0094-22

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

domstolarna, huruvida avtal om offentlig upphandling som ingås genom skriftliga kontrakt måste vara egenhändigt undertecknade för att vara giltiga. Nuvarande rättspraxis från allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar visar att dessa inte behandlat upphandlingskontrakt såsom formalavtal.

16. NOU instämmer i kommitténs synpunkter på sid. 354 att terminologin i LOU avseende begreppet skriftliga avtal kan behöva ändras vid en omarbetning av lagstiftningen vid införandet av de EG-direktiv som f.n. behandlas i EU-rådets arbetsgrupp. NOU har redan tidigare, inför lagändringarna den 1 januari 2001, för regeringen påpekat att ett system där begreppet skriftligt i LOU inte omfattar elektroniska överföringar inte överensstämmer med terminologin i t.ex. den nyligen införda lagen (2000:832) om elektroniska signaturer. NOU anser det olämpligt om terminologin i LOU skiljer sig från den i övrig svensk lagstiftning.
17. Vad avser kommitténs förslag att ett avtal skall vara giltigt endast i det fall ett skriftligt kontrakt med parternas egenhändiga undertecknanden existerar, anser NOU att kommittén inte tillräckligt analyserat de effekter en sådan bestämmelse kan få i olika situationer. Ett sådant fall är t.ex. situationen för den anbudsgivare som redan levererat halva beställningen när en ansökan om överprövning görs.

#### *Undantag från formkravet för upphandling*

18. Kommittén föreslår att vissa former av upphandlingar undantas från kravet på ett egenhändigt undertecknat kontrakt. NOU instämmer i att s.k. direktupphandlingar p.g.a. lågt värde och synnerliga skäl inte skall behöva vara skriftliga (se dock vad NOU ovan anfört avseende det föreslagna maxbeloppet för direktupphandlingar).
19. Kommittén föreslår vidare att inte heller upphandlingar som regleras i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § 2 st. och 5 kap. 17 § LOU eller de upphandlingar som regleras i 6 kap. 2b § och 1 kap. 3 § LOU skall behöva formaliseras. Dessa avtal skall ingås i enlighet med avtalslagens bestämmelser. NOU är starkt kritisk till förslaget. Vad avser de direktivstyrda upphandlingarna gäller undantagen från annonsering inte bara situationer där upphandlande enheter kan vända sig direkt till en leverantör. Inte heller är dessa situationer undantagna från skriftlighetsbegreppet i direktiven. Som kommittén själv skriver på sid. 279 är medlemsstaterna skyldiga att i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande. Att införa undantag från informationskravet, skriftlighetskravet och kravet på viss tidsfrist för dessa avtal vore att införa en lagstiftning som strider mot EG-domstolens förhandsmeddelande i Alcatel-målet. Avtalen enligt 1 kap. 3 § LOU och 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § 2 st. och 5 kap. 17 § LOU avser sådana värden och kan innehålla så omfattande och komplicerade kontraktsvillkor att de endast av de anledningarna bör formaliseras. Sådan upphandling utgör

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

dessutom undantag från huvudregeln att all offentlig upphandling skall annonseras. Det är därför extra viktigt att andra leverantörer ges en reell möjlighet att få besluten prövade i domstol. I de fall det råder synnerlig brådska kan eventuellt en annan lösning vara godtagbar. Naturligtvis bör dessa upphandlingar omfattas av upplysningsskyldigheten i den föreslagna bestämmelsen i 1 kap. 28 § LOU.

20. Även vid upphandlingar enligt 6 kap. 2 b § LOU anser NOU det nödvändigt med formkrav. Sådana upphandlingar kan uppgå till betydande belopp. Även de upphandlingar som regleras i nu nämnda paragraf är undantag från huvudregeln att all offentlig upphandling skall annonseras. Det är således här extra viktigt med ett fungerande rättsmedelssystem vid överträdelser. Det föreligger heller inte någon brådska i dessa fall som skulle motivera undantag från formkravet.

#### *Sekretess*

21. Kommitténs förslag innebär att den absoluta anbudssekretessen hävs redan när en upphandlande enhet fattat beslut om vilket anbud den kommer att anta. NOU saknar en utförlig analys av konsekvenserna av förslaget, bl.a. konsekvenserna i de fall den upphandlande enhetens beslut upphävs genom ett överprövningsförfarande eller den upphandlande enheten beslutar sig för att avbryta upphandlingen.
22. Kommitténs förslag på sid. 361, att de upphandlande enheterna kan kräva att anbudsgivarna i samband med överprövning skall vara bundna av sina anbud till dess ett giltigt upphandlingskontrakt tecknats, förefaller vara kostnadsdrivande.

### **Riktlinjer för regeringens arbete inom EU**

NOU:s förhoppning är att regeringen i kommande arbete inom EU kan diskutera nya organisationslösningar och inköpsrutiner som utvecklas i Sverige, t.ex. frågan om kundvalssystem och avknoppning, och vid behov påverka EG:s upphandlingsdirektiv så att de anpassas efter önskade förändringar.

1. I avsnittet uppmanar kommittén regeringen bland annat att med kraft driva att långsiktig hållbar utveckling läggs till som en grundprincip i gemenskapsrätten, vid sidan av öppenhet och transparens, icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. NOU anser att ett sådant engagemang från regeringens sida i första hand bör riktas mot de internationella arbetsgrupper som verkar för harmonisering av EU:s medlemsstaters miljöpolitik och framtagandet av gemensamma standarder på miljöområdet.

Camilla Graf Morin  
Andrea Sundstrand

2. Europeiska kommissionen har under hösten 1996 i grönboken om offentlig upphandling föreslagit att medlemsstaterna upprättar oberoende tillsynsmyndigheter på upphandlingsområdet. Liknande förslag läggs av kommittén (sid. 370). NOU tillstyrker förslaget men vill påminna om att NOU saknar tillräckliga befogenheter för att effektivt kunna fullfölja sina uppgifter. Som exempel kan nämnas vissa statliga bolags bristande efterlevnad av LOU. Ett sedan flera år tillbaka pågående projekt, det s.k. Pilotprojektet är delvis vad kommittén synes åsyfta. Pilotprojektet drivs av sex medlemsstater på Danmarks initiativ och med EG-kommissionens stöd och Sverige deltar endast som observatör. Dess syfte är att skapa ett nätverk för snabba och informella lösningar på de problem som leverantörer möter vid offentliga upphandlingar.<sup>7</sup> Detta skulle ske via s.k. kontaktpunkter i medlemsstaterna.

Beslut om utformningen av detta remissvar har fattats vid nämndsammanträde den 28 augusti 2001, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, 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. Camilla Graf Morin och jur. kand. Andrea Sundstrand. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Avvikande mening har lämnats av ledamoten Peter Thore avseende avknopningsstöd under avsnittet Ökad konkurrens genom positiv särbehandling och direktupphandlingsbelopp under avsnittet Direktupphandling, se bilaga.

## NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Andrea Sundstrand

### **Bilaga**

Avvikande mening från ledamoten Peter Thore

---

<sup>7</sup> De viktigaste delarna av projektet är:

- att identifiera metoder för att skapa pålitliga och snabba informella lösningar på problem som uppstår i ms avseende offentlig upphandling.
- att identifiera hur effektiva rättsmedel och enhetlig tillämpning och iakttagande av regler kan försäkras.
- att utbyta information om tolkning och tillämpning av EG-direktiven mellan medlemsstaterna.

Bilaga till NOU:s remissvar dnr. 2001/0094-22  
Upphandlingskommitténs slutbetänkande "Mera värde för  
pengarna"

Gällande "Mera värde för pengarna"

Peter Thore skriver sig skiljaktig från NOU's beslut gällande avkoppling och direktupphandlingsbelopp:

1. Direktupphandling:

När det gäller B-tjänster bör det finnas möjligheter att direktupphandla avknoppningar idag - men då måste man också se det hela i ett 3 stegs förfarande - a) Drift i egen regi - förvaltningsform b) Avknoppningen - mellanstadiet c) Upphandling - konkurrens på lika villkor - ser man förfarandet som en "3-stegsraket" är det lättare att motivera att man får 3 år på sig att klara konkurrensen på den öppna marknaden.

"3-stegsraketen" skulle också med stor sannolikhet uppfattas positivt från ett konkurrensrättsligt håll och även arbetsrättsligt perspektiv.

Jag tror också att det går att skapa en bred enighet politiskt över partigränser för att genomföra förfaringssättet med "3-stegsraketen".

B-tjänster: Möjligheterna att direktupphandla avknoppningar måste återkopplas till marknaden på ett tydligt sätt - en juridisk översikt måste göras.

A-tjänster: Måste utredas vidare - inte lika tydligt idag - vad gäller möjligheter till avknoppning.

2. Direktupphandlingsbelopp:

Tillstyrker utredningens förslag

Datum  
2001-06-19  
Ert datum  
2001-03-30

Vår beteckning  
2001/0078-22  
Er beteckning  
N2000/10877/NL

Näringsdepartementet  
Näringslivsenheten  
103 33 STOCKHOLM

## **Yttrande över betänkandet "Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor" (SOU 2000:117) och departementspromemorian "Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor" (Ds 2001:17)**

### **Inledning och avgränsning**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inkommer härmed med remissvar på Näringsdepartementets rubricerade utredningar.

### **Allmänna synpunkter**

Betänkandet framstår för NOU som väl genomarbetat och slutsatserna i allt väsentligt välgrundade. NOU ställer sig positiv till den i departementspromemorian föreslagna konfliktlösningsregeln.

NOU upplever dock departementspromemorian som onödigt svårläst. NOU vill understryka vikten av tydliga och klara spelregler som främjar konkurrensneutralitet mellan privat och offentlig sektor. Enligt NOU framgår det inte med önskvärd tydlighet av departementspromemorian under vilka omständigheter som konfliktlösningsregeln kan komma att tillämpas. Det är förvirrande att omständigheterna/typfallen kategoriseras på olika sätt i betänkandet respektive departementspromemorian. Vidare försvåras tolkningen av de föreslagna lagändringarna genom korsvisa hänvisningar i departementspromemorian. Det framstår som oklart vad som är tillåtet respektive otillåtet beteende enligt konfliktlösningsregeln. Att ett regelöverskridande "offentligt företag" drabbas av vitessanktionen enbart om beteendet upprepas kan endast till viss del uppfylla kraven på rättssäkerhet. Vidare kan tillsynsmyndigheten Konkurrensverket, åtminstone i ett initialt skede, behöva tydligare vägledning beträffande tolkningen av den föreslagna bestämmelsen.

Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) behandlas kortfattat i departementspromemorian. LIU beskrivs delvis som förebild för konfliktlösningsregelns lagtekniska utformning. Enligt vad NOU erfarit har dock LIU endast kunnat tillämpas i ett fåtal fall vilket torde bero bland annat på dess lagtekniska utformning. Vidare hade NOU gärna sett att departementspromemorian tydliggör gränsen mellan LIU och den föreslagna konfliktlösningsregeln.

I övrigt begränsar NOU sitt remissvar till att avse främst de frågor som har beröring med offentlig upphandling och NOU:s verksamhet.

### **Betänkandet och departementspromemorian**

**I avsnitt 3.2 i betänkandet** beskrivs lagen om offentlig upphandling (LOU). NOU vill i sammanhanget påpeka att 6 kap. LOU omfattar, utöver upphandlingar under tröskelvärdena, även s.k. B-tjänster oavsett värde och försvarstjänster m.m. Dessa upphandlingar utgör värdemässigt en mycket stor andel av den upphandling som sker enligt 6 kap. LOU.

**I avsnitt 5.9 i betänkandet** behandlas typfallet gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling. NOU anser liksom Konkurrensrådet att det föreligger ett samhällsekonomiskt intresse av att så långt som möjligt förhindra snedvridning av konkurrensen i samband med att egenregiverksamhet lämnar anbud i konkurrens med privata aktörer. Betänkandet har i princip avgränsats till verksamhetsområden inom den offentliga sektorn där det sker en faktisk *försäljning* mellan säljare och köpare. Därutöver omfattar betänkandet sådana situationer när en egenregienhet utför tjänster åt den egna kommunen efter att ha vunnit en upphandling i konkurrens med andra aktörer. Det framgår dock enligt NOU inte med önskvärd tydlighet av **departementspromemorian** om den föreslagna konfliktlösningsregeln kan bli tillämplig på sådana situationer. NOU anser att konfliktlösningsregeln bör omfatta situationer där den egna regin deltar och konkurrensproblematik uppstår med anledning av eventuell underprissättning, orättvis fördelning av avvecklingskostnader etc. Enligt NOU:s mening bör dock avbrytande av upphandlingar regleras i LOU. Det är också en logisk slutsats av uttalandet i avsnitt **4.4.2.1 i departementspromemorian**, dvs. att den föreslagna konfliktlösningsregeln ”i princip inte” omfattar ”den offentliga aktörens roll som upphandlare”. Det är i sin tur enligt NOU en riktig avgränsning mot LOU:s tillämpningsområde.

Enligt NOU:s mening bör det övervägas om offentliga aktörer skall vara skyldiga att ange i sitt förfrågningsunderlag om den egna regin ges möjlighet att delta i en upphandling. Leverantörerna bör enligt NOU ges möjlighet att överväga om de är beredda att konkurrera med egenregiverksamhet.

**I avsnitt 5.10 i betänkandet** behandlas typfallet kommunal försäljning över kommungränserna. Konkurrensrådet föreslår att kommuner, för att undvika överträdelse av lokaliseringsprincipen, organiserar viss verksamhet i ett kommunalförbund eller annan form av interkommunalt samarbete. NOU vill i sammanhanget peka på EG-domstolens dom av den 18 november 1999 (C-107/98) i det s.k. Teckal-målet.

I Teckal-målet behandlar EG-domstolen frågan om en kommuns tilldelning av ett tjänstekontrakt till en sammanslutning av kommuner (i vilken kommunen i fråga var medlem) omfattas av LOU. Kontraktet hade inte upphandlats i enlighet med direktivet som reglerar upphandling av tjänster. EG-domstolen förklarar i domen att tjänstedirektivet gäller för avtal som sluts mellan en upphandlande enhet och en i

förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i de fall som den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som enheten utövar över sin egen förvaltning och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla. Direktivet är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av varor eller tjänster med en i *formellt hänseende* fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet.

I Regeringsrättens dom av den 19 december 2000 (mål nr 180-2000) behandlas en liknande fråga. Frågan om kommuners och landstings köp från deras egna bolag beaktas även i Upphandlingskommitténs slutbetänkande "Mera värde för pengarna" (SOU 2000:31) på sid. 103 ff. och 289 ff.

**I avsnitt 5.12 i betänkandet** redovisas olika lagar som upplevs som konkurrensnedvridande. NOU vill uppmärksamma Näringsdepartementet på att Riksdagen har beslutat att undanta uppdragsarkeologi enligt 2 kap. 11 och 13 §§ lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. (KLM) från LOU:s tillämpningsområde. Dessa undantagsbestämmelser gäller länsstyrelsens beslut om särskild utredning, arkeologisk förundersökning eller särskild undersökning. Undantagen bygger enligt motiveringen till lagändringen (prop. 1996/97:99 sid. 17f) på antagandet att länsstyrelsens beslut utgör myndighetsutövning. NOU har vid ett antal tillfällen kontaktats muntligen och skriftligen av privata entreprenörer som erbjuder arkeologitjänster. Dessa anser att undantagsbestämmelserna har resulterat i att konkurrensen inte längre fungerar tillfredsställande på den ifrågavarande marknaden trots att det i många fall finns mer än ett privat alternativ. Enligt NOU:s mening, som framförts till Kulturdepartementet i ett yttrande (NOU:s dnr 174/96-22) över departementspromemorian Uppdragsarkeologi (Ds 1996:48), utgör länsstyrelsens *beslut* om särskild utredning, särskild undersökning och arkeologisk förundersökning myndighetsutövning medan länsstyrelsens *angivande* av vem som skall utföra utredningen eller undersökningen inte kan anses utgöra myndighetsutövning utan borde föregås av upphandling enligt LOU.

**I avsnitt 8.5 i betänkandet** anges att klagomål rörande offentliga företag ofta handlar om den prissättning som tillämpas av offentliga aktörer. NOU avstår från att uttala sig om innehållet i självkostnadskalkyler m.m. NOU vill dock understryka vikten av att systemen upplevs trovärdiga för de privata leverantörer som deltar i offentliga upphandlingar. Trovärdigheten främjas framförallt av transparens så att tillsynsmyndigheter och revisorer m.fl. ges möjlighet att granska och följa upp kalkylerna. NOU anser att det bör vara ett krav att förfrågningsunderlaget skall innehålla information om hur jämförelsen/utvärderingen av egenregiverksamheten kommer att ske.

**I avsnitt 9.2 i betänkandet och avsnitt 4.5 i departementspromemorian** behandlas bl.a. den organisatoriska framtiden för Konkurrensrådet. NOU har inget principiellt att invända mot att rådet knyts organisatoriskt till Konkurrensverket. Ett sådant råd skulle enligt NOU sannolikt också kunna tillföra värdefulla syn-

punkter m.m. i upphandlingssammanhang om Upphandlingskommitténs förslag enligt delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt" (SOU 1999:139 sid. 272) realiseras. Upphandlingskommitténs förslag innebär i stort att NOU och Konkurrensverket bildar en myndighet. NOU förespråkar dock inte en sådan sammanslagning.

**I avsnitt 10.2 i betänkandet** anges förslag till ändringar av bl.a. LOU. Konkurrensrådet framhåller behovet av att LOU ändras i två avseenden. För det första vill rådet införa en ordning där en offentlig aktör skall lämna ersättning till företaget som drabbas i händelse att upphandlingen avbryts utan saklig grund. För det andra att hitta en lösning där det blir möjligt för t.ex. kommuner att kunna "knoppa av" en verksamhet och samtidigt skydda sådan verksamhet från upphandlingsbestämmelserna under en begränsad övergångsperiod. Den senare frågan behandlas i Upphandlingskommitténs slutbetänkande 2001:31 sid. 223 ff. och 323 ff. Detta betänkande kommer framgent att remissbehandlas av NOU.

NOU saknar förslag till lagreglering av avbruten upphandling i departementspromemorian. NOU vill understryka behovet av sådan reglering i LOU. NOU vill härvid hänvisa till följande yttrande med anledning av ett klagomålsärende (NOU:s dnr 250/98-21). 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 och resurser 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 anbudstävlingen avbryts utan till synes sakliga skäl. NOU anser att 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 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.

Högsta Domstolen har sedermera i två domar från 2 januari 2001 (mål nr T 1683-99 och T 370-99) slagit fast att en leverantör inte kan erhålla skadestånd till följd av att en upphandlande enhet avbryter en upphandling. Därtill skulle krävas en lagändring.



Datum  
2001-06-19

Vår beteckning  
2001/0078-22

Behovet av att reglera avbrytande av upphandlingar i LOU har också uppmärksamats av bl.a. Upphandlingskommittén i delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt" (SOU 1999:139 sid. 310 f.).

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 19 juni 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, civilekonomen Jonas Berggren, kanslirådet Charlotte Hedlund, 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. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag efter ändringar enligt de direktiv som beslutats vid nämndsammanträdet.

Ledamöterna Lisbeth Johnson, Charlotte Hedberg och Eva Sveman reserverar sig mot de delar av yttrandet som behandlar reglering av avbruten upphandling. De anser inte att avbrytande av offentliga upphandlingar skall regleras i lag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

Datum	Vår beteckning
2001-03-21	2001/0015-22
Ert datum	Er beteckning
2001-01-09	S2000/3275/ST

Socialdepartementet  
Enheten för sociala tjänster  
Kerstin Jansson  
103 33 STOCKHOLM

## Nationellt stöd vid upphandling av hjälpmedel

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inkommer härmed med remissvar på Landstingsförbundets, Svenska Kommunförbundets och Socialdepartementets utredning av "Nationellt stöd vid upphandling av hjälpmedel" (november 2000).

NOU vill uppmärksamma Socialdepartementet på att den tolkning av LOU som görs på sid. 10 och som blev resultatet av Svenska Kommunförbundets, Landstingsförbundets och SUB:s överläggningar med NOU, kan behöva ses över med anledning av den senaste utvecklingen i rättspraxis och de ändringar i verksamheten som utredningen föreslår. NOU vill i sammanhanget peka på EG-domstolens dom av den 18 november 1999 (C-107/98) i det s.k. Teckal-målet och Regeringsrättens dom av den 19 december 2000 (mål nr 180-2000).

I Teckal-målet behandlar EG-domstolen frågan om en kommuns tilldelning av ett tjänstekontrakt till en sammanslutning av kommuner (i vilken kommunen i fråga var medlem) omfattas av LOU. Kontraktet hade inte upphandlats i enlighet med direktivet som reglerar upphandling av tjänster. EG-domstolen förklarar i domen att tjänstedirektivet gäller för avtal som sluts mellan en upphandlande enhet och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i de fall som den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som enheten utövar över sin egen förvaltning och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla. Direktivet är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet.

I Regeringsrättens dom (mål nr 180-2000) behandlas frågan om ett landsting skall upphandla vissa tjänster i enlighet med LOU. Landstinget i fråga har ingått ett avtal med AB Dalatrafik som därigenom fick i uppdrag att ansvara för drift av beställningscentral inklusive planering, upphandling, utförande, samordning och administration av sjukresetransporter. Landstinget är tillsammans med länets kommuner ägare av AB Dalatrafik. Bolaget skall enligt avtalet fakturera landstinget för utförda tjänster. I målet hävdade landstinget att LOU inte är tillämplig eftersom det inte är fråga om en upphandling utan en uppgiftsöverföring. Regeringsrätten ansåg dock att det var fråga om en upphandling som utförts i enlighet med LOU.

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2001/0015-22

Socialdepartementet bör utreda närmare om det föreslagna nationella stödet vid upphandling av hjälpmedel kommer att innebära att upphandlande enheter sluter avtal med ekonomiska villkor med en i formellt hänseende fristående enhet som kan fatta beslut oberoende av de upphandlande enheterna som anlitar dess tjänster.

Frågan om kommuners och landstings köp från deras egna bolag behandlas även i Upphandlingskommitténs slutbetänkande "Mera värde för pengarna" (SOU 2000:31) på sid. 103 ff. och 289 ff.

Det har också kommit till NOU:s kännedom att EG-kommissionen har visat intresse för området, bl.a. genom att kartlägga och diskutera lagligheten av de olika medlemsstaternas organisationer för centraliserade inköp.

NOU vill också erinra om att dagens regelverk avseende den s.k. klassiska sektorn, dit ifrågavarande upphandlingar hör, saknar bestämmelser om ramavtal. Frågan om utformningen av bestämmelser om ramavtal är inte slutdiskuterad utan är enbart på förslagsstadiet. Även om förslaget antas enligt kommissionens tidplan kan ändringar i svensk lagstiftning träda i kraft tidigast om ett par år. NOU ställer sig därför tveksam till att samordningsorganisationens uppgifter beträffande upphandling baseras på ännu inte antagna EG-direktiv.

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 21 mars 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedlund, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, juristen Eva Sveman och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag efter ändringar enligt de direktiv som beslutats vid nämndsammanträdet.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

NOU

Datum  
2001-03-21  
Ert datum  
2000-12-27

Vår beteckning  
2001/0003  
Er beteckning  
M2000/4479/Kn

Miljödepartementet  
103 33 Stockholm

## **NOU:s yttrande angående Principförslag från Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling till organisation, drift, kvalitetssäkring och finansiering av ett Internetbaserat verktyg för ekologiskt hållbar upphandling**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats yttra sig över rubricerade förslag. NOU, som endast yttrar sig över de delar av förslaget som rör NOU, avger följande yttrande.

NOU föreslås delta med representant i referensgrupp till styrgruppen. Av förslaget framkommer inte arbetets omfattning men NOU vill påpeka att det är ett svårt och viktigt område som kräver kontinuerlig bevakning och omfattande sakkunskap. Om NOU skall delta med sakkunskap i referensgruppen förutsätter NOU att erforderliga resurser tilldelas för uppgiften. NOU:s resurser är såsom framförts i flera sammanhang utomordentligt hårt ansträngda.

NOU:s framtida uppgifter har ännu inte preciserats, men NOU vill framhålla att det inte kan anses förenligt med den nuvarande tillsynsrollen att godkänna verktyget så att det är utformat inom ramen för gällande rätt. NOU:s uppfattning är slutligen att även verktyget borde remissbehandlas bland upphandlare och leverantörer branschvis.

Detta yttrande har beslutats vid nämndsammanträde den 21 mars 2001, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, juristen Eva Sveman och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Linda Dahlström. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Linda Dahlström

## SOU 2000:111 IT-infrastruktur för stad och land

### Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU:s yttrande över SOU 2000:111 IT-infrastruktur för stad och land begränsas till de frågor som har en tydlig koppling till LOU.

Den beskrivning av de upphandlingar som kan komma till stånd avseende bredbandsnät som återfinns i SOU 2000:111 synes inte avse sådana offentliga kontrakt med ekonomiska villkor vilka regleras av LOU.

Endast i det fall en kommun samtidigt upphandlar bredbandstjänster för att täcka sina egna behov av sådana tjänster kan LOU vara tillämplig.

Begreppet upphandling synes användas utan att offentlig upphandling avses, vilket NOU anser innebära risk för begreppsförvirring.

### Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU:s yttrande över SOU 2000:111 IT-infrastruktur för stad och land begränsar sig därför till de frågor som har en tydlig koppling till LOU.

I SOU 2000:111 beskriver Bredbandsutredningen (Utredningen) hur kommuner skall kunna erhålla stöd vid upphandling alternativt egen drift av nät för s.k. bredband. Det anges att kommuner för att erhålla stöd skall genomföra upphandlingar så att konkurrensen på marknaden inte snedvrids. Vad NOU förstår av utredningen är avsikten att näten skall anläggas, ägas och drivas av privata operatörer. Endast i de fall inga anbud inkommer eller inga anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlagen skall kommunerna kunna anlägga, äga och driva näten själva.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0350-22

## Yttrande

Syftet med LOU är att bl.a. att uppfylla de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i EU. Syftet med bakomliggande EG-direktiv är främst att värna om etableringsfrihet och de fria rörligheterna av varor, tjänster, personer och kapital och ge alla kvalificerade anbudsgivare samma chans att erhålla offentliga upphandlingskontrakt. I 1 kap. 5 § LOU stadgas att en upphandling är köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Ett upphandlingskontrakt definieras som ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU. Den beskrivning som återfinns i SOU 2000:111 av de upphandlingar som kan komma till stånd avseende bredbandsnät, synes inte avse sådana offentliga upphandlingskontrakt med ekonomiska villkor vilka regleras av LOU. Detta då den upphandlande enheten inte köper något för att täcka sina egna behov eller för att fullfölja ett för dem lagstadgat åtagande.

NOU anser som sagt att LOU kan bli tillämplig endast i det fall en kommun har för avsikt att sluta ett avtal om bredbandstjänster för att täcka sitt eget behov härav. I det fallet skall det ekonomiska värdet av kommunens behov fastställas vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas i det enskilda fallet. Den ersättning som betalas av kommunen utgör i det fallet endast betalning för de tjänster som nätoperatören kommer att tillhandahålla kommunen, inte betalning för anläggandet av själva nätet.

I SOU 2000:111 ges förslag till en förordning som skall reglera hur kommuner skall kunna erhålla stöd för anläggande av ortssammanbindande nät och lokala allmänt tillgängliga telenät med hög överföringskapacitet (IT-infrastruktur). Enligt 3 § i den föreslagna förordningen skall kommunerna upphandla IT-infrastrukturen. Kan det inte ske genom upphandling får kommunerna anlägga näten.

Samtidigt har förordningen (SFS 2000:1469) om stöd till kommuner för anläggande av telenät redan trätt i kraft (den 15 januari 2001). I dess 6 § stadgas att ett villkor för att erhålla stöd är att kommunen upphandlar IT-infrastrukturen. Först om inga skäliga anbud inkommit får nätet tillhandahållas av kommunerna.

Förhållandet mellan SOU 2000:111 och förordningen SFS 2000:1469 förefaller vara oklar. NOU är tveksam till innebörden av begreppet ”skäliga anbud” i 6 § i nämnda förordning. I vare sig utredningen eller förordningen definieras begreppet upphandling och LOU nämns överhuvudtaget inte. NOU är även tveksam till om utredningen tillräckligt analyserat innebörden av reglerna kring tilldelning av kontrakt inom den offentliga sektorn.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0350-22

Begreppet upphandling synes användas utan att offentlig upphandling avses, vilket NOU anser innebära risk för begreppsförvirring.

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, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze 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

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50Datum  
2001-03-21  
Ert datum  
2000-12-111 (7)  
Vår beteckning  
2000/0339-22  
Er beteckning  
N2000/10048/IRTNäringsdepartementet  
Ulf Lundin  
103 33 STOCKHOLM

## Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap

### Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). LOU reglerar bl.a. den offentliga upphandlingen av bygg- och anläggningsentreprenader, byggkoncessioner och tjänster. NOU:s yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap begränsas till de frågor som har en tydlig koppling till LOU.

NOU vill påpeka att oavsett vad en upphandling kallas eller hur den skall finansieras måste den upphandlande enheten, efter det att den planerat vad som skall upphandlas, välja någon av de i LOU angivna upphandlingsförfarandena. Vid upphandlingar över tröskelvärdena innebär detta att öppen, selektiv eller förhandlad upphandling skall användas. Inom den s.k. klassiska sektorn, dit bl.a. Vägverket hör, får förhandlad upphandling endast användas i särskilt angivna undantagsfall. Inom försörjningssektorerna, dit bl.a. Banverket hör, får de upphandlande enheterna välja fritt mellan de tre upphandlingsförfarandena.

Under vissa omständigheter kan en upphandlande enhet upphandla ett visst projekt som en koncession. *Förutsättningarna för att en upphandlande enhet skall kunna tilldela en koncession är att koncessionshavaren i avtal ges rätt att ekonomiskt utnyttja anläggningen och att den upphandlande enheten överlåtit en betydande ekonomisk risk på denne.* Avtal i vilka entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning i de fall han utför arbetet tillfredsställande, kan inte anses utgöra en koncession.

Syftet med upphandling av koncession är inte att ge den upphandlande enheten möjlighet att förhandla, utan att genomföra offentliga byggnationer eller tjänster till en låg kostnad för den offentliga sektorn, frångå sig risken för en eventuell förlust samt att på ett effektivt sätt tillvarata den expertis som finns inom den privata sektorn.

NOU är tveksam till om Arbetsgruppen som utarbetade Ds 2000:65 på ett tillräckligt ingående sätt analyserat innebörden av reglerna kring tilldelning av kontrakt avseende koncession i den offentliga sektorn.



Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

## Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). LOU reglerar bl.a. den offentliga upphandlingen av bygg- och anläggningsentreprenader, byggkoncessioner och tjänster (1 kap. 1 §, 3 kap. 1 § och 5 kap. 1 § LOU). NOU:s yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap (Ds 2000:65) begränsas till de frågor som har en tydlig koppling till LOU. Ds 2000:65 behandlar endast upphandling över de s.k. tröskelvärdena<sup>1</sup>.

NOU har i sitt remissyttrande avseende Riksdagens revisorers rapport 2000/01:5 Nya vägar till vägar och järnvägar? konstaterat att inga av där granskade projekt varit koncessioner i LOU:s mening<sup>2</sup>.

Arbetsgruppen som utarbetade Ds 2000:65 (Arbetsgruppen) använde i sina överväganden den rapport om Privatfinansiering genom partnerskap som Statskontoret utarbetat (Statskontorets rapport 1998:12)<sup>3</sup>. NOU var i sitt yttrande över denna rapport kritisk till att Statskontoret inte tillräckligt analyserat LOU i förhållande till de upphandlingsmodeller som föreslogs. NOU:s remissyttrande daterat 1999-03-19, dnr. 34/99-22, bifogas som bilaga till detta yttrande<sup>4</sup>.

Arbetsgruppen använde sig vidare av en särskilt beställd utredning avseende en målrelaterad ersättningsmodell, utarbetad av Transek i Solna<sup>5</sup>. Modellen visar hur entreprenören i ett arbete avseende väg- eller tågutbyggnad skall förmås arbeta mot de övergripande transportpolitiska målen genom att ersättningen till leverantören kopplas till vissa parametrar. Tanken är att entreprenörens ersättning skall minska i de fall han inte uppfyller de i avtalet uppställda parametrarna, såsom miljö, tillgänglighet m.m. *NOU anser att en sådan konstruktion av ett avtal inte i sig innebär att avtalet kan klassas som en koncession.* I de flesta offentliga upphandlingsavtal erhåller leverantören minskad ersättning i de fall han inte uppfyller de uppställda kraven.

## Begreppet koncession

NOU vill påpeka att oavsett hur en upphandling finansieras måste den upphandlande enheten, efter det att den planerat vad som skall upphandlas, välja någon av de i LOU angivna upphandlingsförfarandena. Vid upphandlingar över tröskelvärdena innebär detta att öppen, selektiv eller förhandlad upphandling skall användas<sup>6</sup>. Inom den s.k. klassiska sektorn, dit bl.a. Vägverket hör, får förhandlad

<sup>1</sup> Se Förordning om tröskelvärden vid offentlig upphandling, SFS 2000:63.

<sup>2</sup> Dnr 2000/0345-22, daterat 2001-01-24.

<sup>3</sup> Ds 2000: 65 sid. 12.

<sup>4</sup> Se bilaga 1.

<sup>5</sup> Ds 2000:64 sid. 12.

<sup>6</sup> Se 1 kap. 5 § LOU för definitioner av de olika upphandlingsförfarandena.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

upphandling endast användas i särskilt angivna undantagsfall<sup>7</sup>. Inom försörjningssektorerna, dit bl.a. Banverket hör, får de upphandlande enheterna dock välja fritt mellan de tre upphandlingsförfarandena<sup>8</sup>.

Under vissa omständigheter kan en upphandlande enhet välja att upphandla ett visst projekt genom att tilldela en koncession istället för att upphandla ett offentligt upphandlingskontrakt. Koncessioner för bygg- och anläggningsarbeten i den klassiska sektorn regleras i 3 kap. LOU. Koncessioner för bygg- och anläggningsarbeten i försörjningssektorn samt tjänstekoncessioner är inte reglerade i LOU. De upphandlande enheterna skall dock vid tilldelning av alla typer av koncessionsavtal följa de grundläggande principerna i EU-fördraget avseende transparens, likabehandling, ömsesidigt erkännande, icke-diskriminering och proportionalitet.

Syftet med att upphandla en koncession i stället för ett offentligt upphandlingskontrakt är enligt NOU:s mening inte att ge den upphandlande enheten möjlighet att förhandla, utan att genomföra offentliga byggnationer eller tjänster till en lägre kostnad för den offentliga sektorn, att inte behöva bära risken för en eventuell förlust samt att på ett effektivt sätt kunna tillvarata den expertis som finns inom den privata sektorn.

Begreppet koncession definieras i 1 kap. 5 § LOU: "Koncession: ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättningen för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning."<sup>9</sup> EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 2000-04-12, utvecklar dess syn på hur koncessioner skall upphandlas och de regler som styr detta förfarande. EG-domstolen uttalade följande i dom i mål C-324/98 (Telaustria): "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."

<sup>7</sup> 2 kap. 8 §, 3 kap. 12 § och 5 kap. 14 § LOU.

<sup>8</sup> 4 kap. 16 § LOU.

<sup>9</sup> För bakomliggande direktivtext, se direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993, art. 1, st. 3, pp. c och d.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

En upphandlande enhet som väljer att använda koncession skall dock följa de grundläggande principerna i EU-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet<sup>10</sup>.

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 anläggningen<sup>11</sup>. Upphandlingar där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning i de fall han utför arbetet tillfredsställande, kan inte anses utgöra en koncession<sup>12</sup>.

De risker som skall föreligga för att ett koncessionsförhållande skall anses uppstå är istället de risker som är förenade med projektförfinansieringen, 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 användare<sup>13</sup>. Vid offentliga upphandlingskontrakt bär leverantören 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 EG-kommissionens 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)<sup>14</sup>. Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som skall föreligga för att ett avtalsförhållande skall anses utgöra en koncession.

Vad avser gränsdragningen mellan tjänstekoncessioner och byggkoncessioner skriver EG-kommissionen i sitt tolkningsmeddelande, att det handlar om att kartlägga huruvida utförandet av ett bygg- eller anläggningsarbete för koncessionsgivarens räkning är *huvudsyftet* med kontraktet, eller om ifrågasvarande arbeten endast är av underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga syftet med kontraktet<sup>15</sup>. NOU anser att köp av en byggentreprenad avseende en väg eller en tågräls med tillhörande tjänster för skötsel och underhåll,

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Se EG-kommissionens tolkningsmeddelande avsnitt 2.1.2 sid. 7

<sup>12</sup> a.a. fotnot 9.

<sup>13</sup> a.a. sid. 8 st. 3 och fotnot 13.

<sup>14</sup> a.a. sid. 8, st. 3 och fotnot 12.

<sup>15</sup> a.a. sid. 11, st. 3.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

oavsett kontraktens längd, är att anse antingen som upphandling av en byggtreprenad och en tjänst eller som en byggkoncession, beroende på utformningen av avtalet. En sådan upphandling kan således inte anses utgöra upphandling av enbart tjänst eller tjänstekoncession.

För det fall ett kontrakt består av två separata delar (t.ex. vara och tjänst) är det de särskilda reglerna som gäller för var och en av dessa som bör tillämpas vid val av upphandlingsförfarande<sup>16</sup>.

NOU vill här även påpeka att 3 kap. LOU innehåller regler för hur en koncessionshavare, privat eller offentlig, skall offentliggöra sin upphandling.

## Ytterligare kommentarer till Ds 2000:65

### *Allmänt*

I Ds 2000:65 talas det genomgående om att riskerna mellan entreprenören och den upphandlande enheten skall fördelas efter vilken part som har bäst förutsättningar att hantera dessa. Om det med sådana risker avses verkliga ekonomiska risker framgår ej klart av texten, dvs. om entreprenören åtar sig en ekonomisk risk t.ex. i samband med byggandet eller om han kommer att få full kostnadstäckning från den upphandlande enheten i ett senare skede (se särskilt sid. 26 st. 1, sid. 27 p.5 och sid. 56 st. 3 i Ds 2000:65).

På sid. 21 i DS 2000:65 anges att vägavgifter inte ytterligare kommer att utredas i detta sammanhang. NOU vill påpeka att ett av kriterierna för att bedöma om en byggtreprenad istället utgör en byggkoncession, är just koncessionshavarens möjlighet att ta ut avgifter av användarna. Som anges ovan har denna distinktion avgörande betydelse för hur avtalet skall klassificeras och därmed för valet av upphandlingsförfarande.

Begreppen upphandlingskontrakt, förhandlad upphandling med föregående prekvalificering och koncessioner används inte konsekvent och utan hänsyn till nödvändiga skillnader mellan de olika förfarandena. NOU vill här hänvisa till att olika regler styr olika typer av upphandlingsförfaranden, varför det är av vikt när man diskuterar offentlig upphandling att klargöra vilket förfarande som avses.

Vad som avses med begreppet förhandlad upphandling med föregående prekvalificering framgår inte av utredningen. Enligt LOU innefattar varje förhandlad upphandling en prekvalificeringsfas. Om Arbetsgruppen här avser det prekvalificeringsförfarande som beskrivs i 4 kap. 23 § ff. i LOU, vill NOU påpeka att detta förfarande endast äger tillämpning inom försörjningssektorerna och inte får användas av t.ex. Vägverket.

<sup>16</sup> Se EG-domstolens dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88 (Data processing) och dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98 (Teckal).

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

*NOU anser inte att en upphandling kan klassas som en upphandling av koncession i de fall entreprenören i avtal ges full ersättning om han uppfyller alla avtalsvillkor. Det är det normala för alla kontrakt som tilldelas efter offentlig upphandling. För att klassificeras som koncession måste koncessionshavarens ersättning vara beroende av antalet användare av en viss anläggning eller tjänst, som t.ex. vid vägtullar.*

### ***Kapitel 6.3 En svensk modell för alternativ finansiering av infrastruktur genom partnerskap***

NOU vill påminna om regeln i 1 kap. 23 b § LOU, vilken innebär att en grupp av leverantörer har rätt att lämna anbud och att förhandla. Den upphandlande enheten kan inte kräva att en sådan grupp skall anta en bestämd juridisk form förrän den blivit tilldelad kontraktet.

NOU vill även nämna att de privata operatörer som Banverket upphandlar för drift av järnväg sannolikt kommer att vara upphandlande enheter och kommer att omfattas av reglerna i 4 kap. LOU<sup>17</sup>.

I kapitlet, under rubriken ”Upphandling”, nämns att en modell för upphandling skall diskuteras med tänkta anbudsgivare och låntagare innan det första projektet bjuds ut. NOU vill här hänvisa till likabehandlingsprincipen i EU-fördraget, vilken i detta fall innebär att sådan diskussionspartner inte får ges annan eller ytterligare information än den som tillhandahålls alla presumtiva anbudsgivare i upphandlingsskedet. NOU vill vidare nämna EG-kommissionens förslag till ett nytt upphandlingsförfarande för den klassiska sektorn, s.k. kompetitive dialogue. Detta förfarande ingår i det förslag till nytt direktiv för offentlig upphandling inom den klassiska sektorn vilket överlämnades till EU-rådet och Europaparlamentet våren 2000<sup>18</sup>. Tanken är att ”competitive dialogue” skall kunna användas i komplicerade upphandlingar, där den upphandlande enheten skall få möjlighet att diskutera med potentiella anbudsgivare. Möjligheten till förhandling upphör dock enligt förslaget när anbuden lämnats in. Förslaget diskuteras f.n. i EU:s rådsarbetsgrupp för offentlig upphandling.

### ***Kapitel 6.7 Finansiering***

I kapitlet sägs i tredje stycket att förutsättningen för partnerskap är att staten inte köper en anläggning utan en tjänst. NOU vill här förtydliga att den upphandlande enheten vid köp av byggnation och underhåll av en väg eller järnväg antingen köper en byggentreprenad och en tjänst, alternativt köper en byggkoncession. Någon annan definition av det som avses i Ds 2000:65 återfinns inte i LOU.

### ***Kapitel 6.9 Upphandling***

<sup>17</sup> 4 kap. 1 § 1 st. 3 p. LOU.

<sup>18</sup> KOM (2000) 275 slutlig, daterad 10 maj 2000.

Andrea Sundstrand  
08-454 48 50

Datum  
2001-03-21

Vår beteckning  
2000/0339-22

På sid. 65 talas om att projektavtalet måste upphandlas som en koncession för att möjliggöra förhandling. NOU vill därför ännu en gång framhålla att syftet med reglerna för upphandling av koncession inte är att den upphandlande enheten skall kunna förhandla med anbudsgivarna, vilket utvecklas ovan under "Begreppet koncession", st. 3.

### ***Kapitel 6.11 Vissa rättsliga frågor***

På sid. 75 anger Arbetsgruppen att risktagandet för den privata anbudsgivaren kommer i varje upphandling att bli så stor att ett koncessionsförhållande kommer att föreligga. Det anges att upphandlingsförfarandet förhandlad upphandling resp. förhandlingsupphandling därför kommer att tillämpas. NOU vill börja med att påpeka att möjligheten att använda förfarandet förhandlingsupphandling upphörde den 1 januari 1994, när LOU trädde ikraft.

NOU vill vidare påpeka att begreppet koncession är komplicerat, varför det i regel blir svårt att i förväg kunna bedöma huruvida varje enskilt avtal kommer att uppfylla förutsättningarna för koncession. En upphandlande enhet riskerar därför att använda sig av ett felaktigt upphandlingsförfarande om det tilldelade kontraktet senare visar sig vara ett bygg- eller tjänstekontrakt. Av EG-domstolens domar kan utläsas att domstolen är restriktiv till användningen av undantagsbestämmelser och att det är den upphandlande enheten som skall styrka att förutsättningarna för undantag är uppfyllda.

NOU vill även påpeka att en upphandlande enhet i ett koncessionsförfarande inte behöver använda sig av förhandlad upphandling. Den upphandlande enheten behöver inte vare sig vid bygg- eller tjänstekoncessioner välja ett av de i LOU angivna upphandlingsförfarandena, så länge det valda förfarandet följer de grundläggande principerna i EU-fördraget.

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, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson och konsulten Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze 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

Datum	Vår beteckning
2000-03-10	1999/0266-22
Ert datum	Er beteckning
1999-12-14	Fi1999/2339

Finansdepartementet  
Charlotte Hedberg  
103 33 STOCKHOLM

## Yttrande avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling - för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139)

### NOU:s huvudsakliga inställning till betänkandet

NOU konstaterar att många av de förslag som läggs fram i betänkandet överensstämmer med förslag som NOU tidigare fört fram. Detta gäller dock inte den framtida organisationen av tillsynsmyndigheten.

NOU beklagar också att kommittén inte har haft möjlighet att göra en översyn av hela LOU. NOU har i tidigare remissvar framfört önskvärdheten av att LOU i den direktivstyrda delen skall utgöra en direkt översättning av direktivtexten.

### Tillsynsmyndighetens mål, organisation och uppgifter

NOU har invändningar mot vissa förslag och slutsatser som kommittén för fram beträffande den nya tillsynsmyndighetens mål, organisation och uppgifter. Målen för tillsynsverksamheten är oklara och diskussionen om metodiken ofullständig och delvis motsägelsefull.

Enligt NOU:s uppfattning bör tillsynsmyndighetens verksamhet handhas av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Nämnden, såsom mötesplats för ledamöter med olika erfarenhetsbakgrund och kompetens, behövs för att ge verksamhet och regelverk erforderlig förankring.

Det framlagda organisationsförslaget är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt underbyggt. De olika alternativa organisationsförslagen har inte behandlats analogt. En analys saknas av hur de fördelar och nackdelar som framförts beträffande den nuvarande modellen ”slår” i alternativen. En

**analys saknas vidare av möjligheterna att eliminera hävdade nackdelar med den nuvarande organisationen och i stället utveckla den. NOU vill i sammanhanget hänvisa till kommitténs skrivning om att de arbetsuppgifter som NOU utför är av god kvalitet. Vissa ansvarsfördelningsproblem inom NOU skulle lösas om beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regelefterlevnaden lades på nämndens ordförande, som samtidigt skulle vara myndighetens chef.**

**Upphandlingskommitténs uppdrag enligt direktiven var att definiera begreppet tillsyn. Enligt NOU:s uppfattning har emellertid en sådan definition inte föreslagits i betänkandet. Tillsynsmyndighetens övergripande mål bör vara att verka för en effektivare offentlig upphandling.**

**NOU föreslår följande definition av begreppet tillsyn. "Tillsyn utgörs av kontroll av regelefterlevnad". Tillsynsmyndigheten kan sedan ha även andra verksamheter för främjandet av regelefterlevnaden såsom information och utveckling.**

**Utredningen har inte analyserat svårigheterna för en tillsynsmyndighet att utöva effektiv kontroll av regeringkansliets upphandlingar. Eventuellt bör sådan tillsyn åvila Riksdagens revisorer eller något annat organ som inte sorterar under regeringen.**

**Utredningen har inte heller berört problemet med att statliga och privata bolags upphandling idag inte omfattas av offentlighetsprincipen respektive sekretesslagen. Dessa kanske därmed bör ägnas mer tillsyn än övriga enheter.**

**Beträffande den nya tillsynsmyndighetens indelning i verksamhetsområden överensstämmer förslagen med NOU:s nuvarande indelning. NOU instämmer i att de frågor som kan komma att ligga inom en s.k. marknadsfunktion *inte* bör ingå i den nya tillsynsmyndighetens uppgifter.**

**NOU vill framhålla vikten av att *god information* kan lämnas av tillsynsmyndigheten och anser att denna har anledning att försöka utveckla begreppet god upphandlingssed samt utfärda allmänna råd på upphandlingsområdet. NOU har en god stomme för detta i nyhetsbrevet sedan starten 1993, NOU info.**

**I betänkandet framförs att NOU är otillräckligt dimensionerad, något som NOU påtalat sedan lång tid. Det föreslås ett kraftigt resurstillskott för den nya tillsynsorganisationen. NOU vill i anslutning till detta endast understryka vikten av att resurstillskottet inte "äts upp" av enbart nytillkommande uppgifter. Avgiftsfinansiering för den typ av uppgifter som skall utföras av tillsynsmyndigheten är enligt NOU:s mening inte möjlig i någon större omfattning.**



**Möjligheten att väga in samhällspolitiska mål begränsas både av LOU och gemenskapsrätten. *Effektivitet* i offentlig *upphandling* bör enligt NOU:s uppfattning ställas i relation till de traditionella, strikt ekonomiska målen. Sverige bör därför enligt NOU:s mening invänta EG-kommissionens tolkningsdokument innan slutliga beslut tas om lagstiftning. Detsamma gäller de förslag på detta område som rör myndighetens instruktion.**

### **6 kap. LOU**

**Beträffande lagändringsförslagen som gäller 6 kap. LOU anser NOU, att den överskuggande principen skall vara att de regler i 6 kap. som begreppsmässigt och till sin konstruktion har sin motsvarighet i bestämmelser över tröskelvärdena, så långt möjligt är ordagranna med och i tolkningshänseende i överensstämmelse med dessa bestämmelser.**

**NOU ser stora fördelar med att förenkla regelsystemet så långt det är möjligt. Detta gäller såväl över tröskelvärdena, där reglerna är mycket detaljerade, omfattande och ofta komplicerade, som i 6 kap. LOU. Bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena kan ibland vara svåra att tolka och dessa skall dessutom iaktas av ett mycket stort antal tjänstemän i ett mycket stort antal upphandlingar. Förslag på mer genomgripande förenklingar av nuvarande regelsystem finner dock inte NOU i betänkandet.**

**En förenklad upphandlingsprocedur skulle enligt NOU:s uppfattning medföra fördelar både för beställare och för leverantör. NOU instämmer i att tydliga och fullständiga underlag underlättar för leverantörerna att bedöma vad den upphandlande enheten är ute efter och vad som kommer att vägas in i bedömningen av bästa anbud. Bättre förfrågningsunderlag ger enheterna bättre och mer ändamålsenliga anbud och är samtidigt en god utgångspunkt för leverantörsutveckling (bättre anpassade produkter).**

**NOU instämmer i resonemanget om krav på ökad öppenhet även under tröskelvärdena genom annonsering. NOU bedömer att konkurrensen på marknaden därmed utnyttjas bättre, till fördel särskilt för små och medelstora företag samt för nya företag som ännu inte "hittat" de offentliga beställarna. NOU är dock tveksam till att kravet på annonsering bör gälla ända ner till direktupphandlingsgränserna. Hur annonsering skall gå till och genom vilka kanaler bör enligt NOU:s förmenande utredas ytterligare.**

**Förslaget om möjlighet för upphandlande enheter att begränsa antalet anbudsgivare vid förenklad upphandling stöds av NOU. En förutsättning för detta bör dock vara att upphandlingen annonserats.**

**Att något hårdare reglera att riktlinjer för direktupphandling skall finnas och vad de skall innehålla stöds likaledes av NOU. Det kan tyckas som en självklarhet att fastställa sådana riktlinjer, men så sker inte på alla håll. En**

**inte helt lätthanterlig fråga är om tillsynsmyndigheten skall kunna ha synpunkter på hur dessa riktlinjer ser ut.**

**Kraven på ökad dokumentation av upphandlingsprocessen gagnar sannolikt både den upphandlande enheten själv och leverantörerna, framför allt med tanke på att ökade sanktionsmöjligheter medför större behov av tillfredsställande underlag för uppföljning och bevisföring. De upphandlande enheternas interna dokumentationskrav siktar normalt in sig på interna uppföljningsbehov vid sidan av de formella kraven.**

### **7 kap. LOU**

**NOU instämmer i att LOU bör förses med ett förstärkt sanktionssystem och att tillsynsmyndigheten bör ges ökade befogenheter, framför allt talerätt i överprövnings- och marknadsskademål. Härigenom ökar möjligheterna att komma tillrätta med vissa problem på upphandlingsområdet, framför allt otillåtna direktupphandlingar. En tillsynsmyndighet med större befogenheter än NOU:s kan förväntas inverka positivt på den framtida regelefterlevnaden, oavsett om befogenheterna utnyttjas eller ej. Den föreslagna möjligheten för tillsynsmyndigheten att föra talan om förelägganden mot upphandlande enheter att inte upprepa en regelöverträdelse bör, enligt NOU:s mening medföra, att lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling upphävs.**

**NOU saknar en analys av hur sanktionsförslagen skulle fungera tillsammans. Ett ställningstagande vad gäller förslagen rörande sanktioner försvåras även av att kommittén avser att återkomma till ett övervägande avseende frågan om ersättning för det negativa kontraktsintresset.**

**NOU instämmer i att tillsynsmyndigheten ges möjlighet att medverka till att tvister i upphandlingsprocessen över tröskelvärdena löses på lägsta möjliga nivå.**

**NOU saknar förslag vad avser ett sedan tidigare påkallat behov för tillsynsmyndigheten att kunna väcka en fastställsetalan vad avser organisationer som hävdar att de inte omfattas av LOU:s bestämmelser.**

**NOU saknar avslutningsvis utredning och förslag avseende en eventuell begränsning av antalet förvaltningsdomstolar som skall handlägga mål enligt LOU.**

## 1. Inledning och förutsättningar för NOU:s remissvar

NOU konstaterar att många av de förslag som NOU tidigare framfört i t.ex. remissyttranden eller skrivelser och underhandskontakter med utredarna nu återfinns som förslag i delbetänkandet.

NOU anser det angeläget att den nya tillsynsmyndigheten i framtiden ges stort utrymme för att ägna sig åt information för såväl upphandlande enheter som leverantörer. Information och andra åtgärder för undvikande av regelöverträdelser bör få spela en stor roll särskilt mot bakgrund av de förstärkta sanktionsmöjligheter som föreslås.

Enligt kommittédirektiven skall inte någon total översyn av LOU göras. NOU vidhåller behovet av en sådan. NOU har i remissyttranden tidigare framfört önskemål om en *allmän och total översyn av såväl bestämmelserna i LOU som tillhörande frågor* och därvid bl.a. tagit upp frågan om att införa EG:s upphandlingsdirektiv mer eller mindre ordagrant till svensk rätt<sup>1</sup>. Det hade varit önskvärt att vid översynen av 6 kap. LOU samtidigt utreda innehållet i bestämmelserna för upphandlingar över tröskelvärdena, eftersom vissa kopplingar till reglerna över tröskelvärdena nu saknas trots en ambitiös genomgång av problemställningar på upphandlingsområdet. Vägledning saknas om vilka effekter EG-domstolens dom<sup>2</sup> avseende tolkning av nationell rätt som anpassats efter gemenskapsrätten får beträffande de bestämmelser i 6 kap. som införts efter mönster av någon bestämmelse i EG:s upphandlingsdirektiv. Även andra organisationer verksamma inom offentlig upphandling i Sverige har förespråkat en sådan ansats. Exempelvis påtalade Riksdagens revisorer behovet av en samlad och övergripande översyn av reglerna för offentlig upphandling<sup>3</sup>.

NOU kan konstatera att betänkandet vad gäller exempel och avsnitt har blivit tämligen kommuntungt. Frågor med anknytning till den kommunala och landstingskommunala upphandlingen behöver i vissa avseenden fokuseras. Det förefaller dock som om frågor med anknytning till den statliga upphandlingen fått stå tillbaka, t.ex. den statliga inköpssamordningen, köp mellan statliga myndigheter och frågor om upphandling i samband med biståndsgivning. NOU konstaterar även att någon särskild kommentar eller analys av upphandling inom försörjningssektorerna inte heller återfinns i betänkandet.

Kommittén har i flera fall gjort uttalanden utan att redovisa grunderna härför. Detta gäller exempelvis uttalanden om regelefterlevnaden i Sverige i förhållande till övriga medlemsstater i avsnitt 8.6 (s. 196-198).

---

<sup>1</sup> NOU dnr 295/96-22

<sup>2</sup> C-28/95, A. Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam, REG 1997

<sup>3</sup> Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10 offentlig upphandling, s. 19.

## 1.1 Den s.k. problembilden inom offentlig upphandling

I betänkandet har det talats om att en problembild inom området offentlig upphandling successivt har vuxit fram. I de kommittédirektiv som ligger till grund för kommitténs arbete förefaller den problembild som successivt har vuxit fram på upphandlingsområdet till största delen hänga samman med NOU:s organisation och litenhet. Det är inte NOU:s uppfattning.

Den s.k. problembilden hänger snarare samman med frågor som har direkta samband med upphandlingsförfarandet och LOU, nämligen att

- upphandling är en integrerad del av kärnverksamheten
- upphandling genomförs på så många håll att informations- och kompetensfrågor blir svårhanterbara
- sanktionssystemet inte varit tillräckligt väl anpassat till behovet och att det samtidigt rört sig om frågor med partsintressen
- nya koncept uppstått som inte regelverket är anpassat för, t.ex. samarbete genom s.k. private partnership initiative (PPI) .

## 1.2 NOU - befintlig organisation och uppgifter

Den kritik mot NOU som förekommit från såväl leverantörer som inköpare kan, enligt kommittén, i allt väsentligt förklaras med *resursbrist, rådande myndighetsstruktur och avsaknad av sanktionsbefogenheter*. NOU:s uppfattning är att dessa förhållanden inte analyserats tillräckligt inför tillskapandet av en ny tillsynsorganisation.

I betänkandet s. 42 har NOU:s verksamhet beskrivits enligt följande "Resurserna har enligt regeringen i för stor utsträckning använts för informationsverksamhet på bekostnad av tillsynsverksamheten". Det förtjänar nämnas att NOU följt de direktiv som årligen lämnats i regleringsbrev. Vid tillskapandet av NOU uppgav föredragande statsråd dessutom följande. "Av remissutfallet att döma kommer nämnden dessutom att ha en mycket viktig stödfunktion genom att sprida information eller ge ut allmänna råd och genom att med exempel och kommentarer visa hur vissa särskilda situationer kan hanteras."<sup>4</sup>

NOU lämnar nedan synpunkter och förslag i anslutning till innehållet i delbetänkandet i den ordning som de där presenteras. Angiven siffra efter rubriker avser motsvarande avsnitt i betänkandet.

---

<sup>4</sup> Prop. 1992/93:88, s. 43

## **2. NOU:s kommentarer vad avser tillsynsmyndighetens uppgifter**

### **2.1 Kommitténs förslag till definition av begreppet tillsyn (9.2.7)**

Upphandlingskommitténs uppdrag enligt direktiven var att definiera begreppet tillsyn. Enligt NOU:s uppfattning har emellertid en sådan definition inte föreslagits i betänkandet. Kommittén föreslår en definition vari anges hur tillsynen skall utövas med följande lydelse:

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

Det förslag som lämnas i delbetänkandet avseende tillsynsmyndighetens verksamhet i lagförslagets 9 § lyder något annorlunda:

"Tillsynen utövas genom kontroll av regelefterlevnad och främjande av förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling".

I huvudbetänkandet skall innebörden av "en effektiv offentlig upphandling" behandlas och presenteras vid årsskiftet 00/01, (s. 218). Kommittén har dock slagit fast vissa mål som den offentliga upphandlingen skall tillgodose. Ett ställningstagande som återstår är huruvida den offentliga upphandlingen skall kunna ta hänsyn till andra mål än ekonomiska mål knutna till den enskilda upphandlingen.

Tillsynsmyndighetens övergripande mål bör vara att verka för en effektivare offentlig upphandling.

NOU föreslår följande definition av begreppet tillsyn. "Tillsyn utgörs av kontroll av regelefterlevnad". Tillsynsmyndigheten kan sedan ha även andra verksamheter för främjandet av regelefterlevnaden såsom information och utveckling.

### **2.2 Kommitténs förslag till instruktionstext för tillsynsmyndigheten**

I betänkandet anges, utan att något författningsförslag presenteras, att "I instruktionen för tillsynsmyndigheten kan lämpligen införas följande: 'I syfte att främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling skall tillsynsmyndigheten, med sina särskilda kunskaper om offentlig upphandling, bidra till att ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål främjas enligt de grunder som anges i lag och i gemenskapsrätten".

Om förslaget skulle genomföras vill NOU framhäva att det kan få orimliga konsekvenser i det enskilda fallet. Som exempel kan nämnas att tillsynsmöjligheten av miljöskäl skulle ifrågasätta att ett landsting köper t.ex.

operationshandskar och därvid ställer krav på att dessa, för att erhålla den bästa elasticiteten, skall innehålla PVC.

Det är olämpligt att en tillsynsmyndighet både skall utöva tillsyn över regelefterlevnaden och samtidigt tänja på gränser eller driva frågor på gränsen till vad som är tillåtet (jämför önskemålen att pröva otillåtna miljökrav). Förfarandet kan t.o.m. bidra till att enskilda upphandlingar anmäls till EG-kommissionen.

NOU vill redan nu anföra att sådana överväganden principiellt sett inte bör göras vid avvägningar avseende vilken leverantör som skall väljas. En enhet skall givetvis kunna ställa de krav som åligger den enligt t.ex. arbetsmiljölag eller annan miljölagstiftning och som är knutna till den aktuella upphandlingen. Att utsträcka möjligheten att ställa krav i en upphandling till att avse även mål som i och för sig är angelägna men som inte har anknytning till den aktuella upphandlingen anser NOU inte vara förenligt vare sig med EG-rätten eller den inställning som rått enligt tidigare regelverk Upphandlingsförordningen (UF) och Upphandlingsreglementet (UR) eller som framgår av Upphandlingskommitténs betänkande Offentlig upphandling - Regler och riktlinjer för stat och kommun (SOU 1971:88).

Syftet med upphandling är att anskaffa en vara eller tjänst för att tillgodose ett aktuellt behov. Det huvudsakliga intresset vid en upphandling måste vara att fokusera till ekonomi, teknik och juridik som är direkt knutna till den enskilda varan eller tjänsten.

Man behöver betänka risken att listan över önskvärda mål att ta hänsyn till kan göras mycket lång. Från inköparhåll framförs att viktningen mellan olika angivna omständigheter redan med nuvarande lagstiftning kan vara mycket svår att göra. Genom att införa möjligheten att ställa nya typer av krav som inte hänförs direkt till den produkt eller tjänst som upphandlingen avser, försvåras upphandlingsprocessen avsevärt. Mycket stora kompetenskrav kommer att ställas på inköpare och kraven kommer sannolikt att driva utvecklingen mot att upphandlingar i framtiden i stort sett enbart kan genomföras centralt. Risken är att de samhällspolitiska målen får övervikt och att de tekniska och ekonomiska kraven får stå tillbaka med risk för patientsäkerhet, trafiksäkerhet m.m.

Vidare kan inköpare komma i den situationen att de nödgas värdera olika sociala krav mot varandra. Svårigheter uppstår t.ex. när enheten uppställt ett eller kanske flera sådana samhällseliga krav, t.ex. om leverantören har en jämställdhetsplan och vad denna i så fall innehåller och dessa skall värderas sinsemellan och även jämföras med leverantörens möjlighet att uppfylla leveranstid, kvalitet, estetiska och funktionella m.fl. omständigheter. NOU vill starkt avråda från att tynga upphandlingsprocessen ytterligare. Samhällseliga mål bör genomföras på annat sätt och med regelsystem och myndigheter som är särskilt anpassade för sådana uppgifter.

Utredningen har inte bedömt den tidsutdräkt, de kostnadsfördyringar och eventuella kvalitetsförsämringar som de sociala kraven medför för den offentliga upphandlingen.

Risken för att utvärderingsfasen, i en upphandling där enheten vägt olika krav och omständigheter mot varandra, blir så luddig att en domstol endast i undantagsfall kan klargöra om enheten brutit mot LOU eller gemenskapsrätten är uppenbar, när det subjektiva momentet i utvärderingen utökas. Varken leverantör, branschorganisation eller tillsynsmyndighet är sannolikt beredda att föra talan mot en enhet som ställt sådana krav.

Innebörden av lydelsen "en effektiv offentlig upphandling" i förslaget till myndighetens instruktion bör åsyfta frågor som direkt hänger samman med upphandlingsprocessen, såsom möjligheten till information och tolkning av upphandlingsbestämmelserna, befintliga blanketter med kommentarhäften för annonsering, mallar för olika steg i en upphandling, existensen av ramavtal och tillgänglighet vad gäller annonseringsmedia. De hänsyn som föreslås kunna tas till de samhälleliga målen är av en annan karaktär och har inte samband med effektivitet i upphandling utan med effektivitet i t.ex. jämställdhets-, arbetsmarknads- och socialpolitik.

### **2.3 Genomförandet av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål**

Möjligheten att väga in samhällspolitiska mål begränsas både av LOU och gemenskapsrätten. Sverige bör därför enligt NOU:s mening invänta EG-kommissionens tolkningsdokument innan slutliga beslut tas om lagstiftning. Detsamma gäller de förslag på detta område som rör myndighetens instruktion.

Beträffande detta avsnitt i övrigt kommer NOU att tillskriva Upphandlingskommittén direkt.

### **2.4 Dimensionering av tillsynsmyndigheten**

Det har länge varit uppenbart att kansliet inte har varit dimensionerat efter myndighetens nuvarande uppgifter. I avsnitt 11.4 uppger kommittén att NOU redovisat uppfattningen att ytterligare ca 4 heltidstjänster skulle behövas för att få bukt med ärendebalanser, telefonköer och administrativt arbete, dvs. så att nuvarande uppgifter skall kunna utföras till fullo. För en myndighet av NOU:s storleksordning innebär den ovan återgivna uppskattningen att det saknas personår motsvarande en tredjedel av myndighetens totala personalinnehav, bara för att utföra nuvarande arbetsuppgifter på ett tillfredsställande sätt och utan att verksamhetens ambitionsnivå i realiteten höjs. Arbetsuppgifterna klaras idag bl.a genom ett stort overtidsuttag främst på ledningsnivå. Det framkommer även i betänkandet att den kritik NOU har fått bottnar i resursbrist hos myndigheten. NOU har också mottagit kritik för att endast handlägga klagomålsärenden som anses vara av allmänt eller principiellt intresse. Kritik har t.ex. förekommit om att det är svårt att komma fram på telefontiden (och även i övrigt), handläggningen av

skriftliga ärenden har varit för lång och önskvärda initiativ avseende t.ex. egeninitierad tillsyn eller angelägna utvecklingsprojekt har fått skjutas på framtiden eller inte kunnat genomföras alls. Informationsverksamheten har på senare år i enlighet med regleringsbrevet begränsats och motsvarar endast med tveksamhet förvaltningslagens krav.

Vid uppskattning av organisationen är det angeläget att denna ges tillräckliga resurser både vad avser befintliga uppgifter men även för uppbyggnaden av de tillkommande uppgifterna samt för det administrativa arbete som en större myndighet innebär. Avgiftsfinansiering för den typ av uppgifter som skall utföras av tillsynsmyndigheten är enligt NOU:s mening inte möjlig i någon större omfattning.

## **2.5 Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter (10)**

Enligt utredningsdirektiven skall föreslås hur tillsynsrollen kan utvecklas och ges större tyngd. Det kapitel i betänkandet som behandlar "Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter" innebär dock i stort sett endast en kodifiering av framför allt de olika uppgifter på området som NOU redan utför men också handläggs av andra aktörer såsom Kammarkollegiet, Konkurrensverket och Kommerskollegium.

Trots formuleringen i kommittédirektiven om en förstärkt tillsyn och att det i betänkandet på ett flertal ställen hänvisas till behovet härav, saknas konkreta förslag, förutom att det föreslås mer resurser på området. I stället nämner kommittén under avsnittet "Central tillsyn respektive egentillsyn" (s. 226) att "Statlig kontroll av att kommuner och landsting följer regelverket in i minsta detalj kan vidare uppfattas som ett grundskott mot den kommunala självstyrelsens kärna - friheten att inom lagens ramar själv få bestämma formerna för sin verksamhet. Huvudansvaret för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling måste därför ligga på de upphandlande enheterna själva eller de juridiska personer till vilka enheterna hör. Över kommuner och landsting utövas främst systemtillsyn, dvs. att den juridiska personen kommuner eller landstinget har fungerade system för egentillsyn. I enstaka fall skall tillsynen efter klagomål kunna utvidgas till kontroll av enskild upphandling."

Som integrerad del av kärnverksamheten (-erna) inom en upphandlande enhet och en "hjälpverksamhet" till denna, är upphandling ett område som inte med lätthet låter sig avgränsas och "tillses". Varje upphandling är unik och möjligheterna att generalisera ytterst begränsade. "Rätt" och "fel" i upphandlingen kan avgöras endast i förhållande till ett begränsat antal regler i LOU. Just dessa regler, t.ex. ett exakt angivet antal dagar för att lämna anbud, är samtidigt av förhållandevis underordnad betydelse, åtminstone för granskning på tillsynsmyndighetsnivå.

Tillsynsverksamhet (frånsett handläggningen av klagomålsärenden?) kan inte, såsom också framhålls i betänkandet, vara inriktad på enskilda



upphandlingsärenden utan bör vara inriktad på systemfrågor (s.202, 215, 226, dock något motsägelsefulla uttalanden), framför allt om det yttersta syftet skall vara en effektivare offentlig upphandling. Bättre regelefterlevnad och en effektivare offentlig upphandling (även i övrigt) kräver normalt förändring av i första hand organisation (såsom grad av centralisering) och ansvar, styrning och ledning, rutiner, kompetens m.m.) Betänkandet lämnar dock inget stöd beträffande vad tillsynsmyndigheten kan och bör granska och ha synpunkter på.

NOU hade förväntat sig en analys av hur granskning bör bedrivas utan att komma i konflikt med t.ex. den kommunala självstyrelsen och varje enhets rätt att bestämma sin egen organisation. Frågan inställer sig genast hur NOU ska bedöma "systemen" inom den kommunal världen. Inte heller ges någon närmare innebörd av begreppen egentillsyn och systemtillsyn i detta sammanhang.

NOU:s uppfattning är att det är ologiskt att acceptera att en granskning av en enskild upphandling *efter ett klagomål* kan genomföras men inte när tillsynsmyndigheten tar ett eget initiativ till granskning, med tanke på att den kommunala självstyrelsen gäller i båda situationerna. Tillsynsmyndigheten torde dessutom behöva granska mer systematiskt än vad klagomål från en enskild leverantör innebär.

NOU:s uppfattning är att egna initiativ av tillsynsmyndigheten bör vara särskilt angelägna på den kommunala sidan mot bakgrund av att upphandlingen är så omfattande som 2/3 av den totala offentliga upphandlingen.

Den framtida tillsynsmyndigheten bör kunna granska enskilda upphandlingsärenden hos alla typer av upphandlande enheter. NOU instämmer dock i uppfattningen att den centrala tillsynskontrollen inte ens med förstärkta resurser kommer att kunna utöva en effektiv kontroll av det stora antalet upphandlande enheter med denna metod. Huvudansvaret för regelefterlevnaden får enligt NOU:s uppfattning även framgent ligga hos de upphandlande enheterna själva men en granskning från den centrala tillsynsmyndighetens sida får med hänsyn till dess preventiva effekt inte vara utesluten. Det är också angeläget att information om resultatet av genomförda granskningar kan spridas till andra enheter såsom goda, alternativt varnande, exempel.

Utredningen har inte analyserat svårigheterna för en tillsynsmyndighet att utöva effektiv kontroll av regeringskansliets upphandlingar. Eventuellt bör sådan tillsyn åvila Riksdagens revisorer eller något annat organ som inte sorterar under regeringen.

Utredningen har inte heller berört problemet med att statliga och privata bolags upphandling idag inte omfattas av offentlighetsprincipen respektive sekretesslagen. Dessa kanske därmed bör ägnas mer tillsyn än övriga enheter.

NOU instämmer i att de frågor som tas upp för en s.k. marknadsfunktion *inte* bör ingå i den nya tillsynsmyndighetens uppgifter.

Betänkandets uppräknning av och förslag till uppgifter för den framtida tillsynsmyndigheten samt indelningen i verksamhetsområden stämmer väl överens med nämndens nuvarande verksamhet.

Även NOU vill framhålla vikten av att *god information* kan lämnas av tillsynsmyndigheten och anser att denna har anledning att försöka utveckla begreppet god upphandlingssed samt utfärda allmänna råd på upphandlingsområdet. NOU har en god stomme för detta i nyhetsbrev sedan starten 1993, NOU info.

## **2.6 Statistikinsamling (10.4.2)**

NOU noterar att betänkandet endast i begränsad utsträckning behandlar frågor som sammanhänger med NOU:s nuvarande uppgift vad avser statistikinsamling. NOU:s kostnad för att utföra uppgiften motsvarade 1999 ca 5% av myndighetens anslag. Uppgiften har huvudsakligen utförts av Statistiska centralbyrån.

### **3. NOU:s kommentarer vad avser organisationen av tillsynsmyndigheten (11)**

#### **3.1 Finansiering (11.5)**

*Kommitténs uppfattning om ekonomiska mått när det gäller effekterna av kontrollverksamheten*

Marknadsskadeavgifter och viten tillfaller statskassan. Dessa kan emellertid, enligt kommittén, användas som ekonomiska mått när det gäller effekterna av den skärpta kontrollverksamheten. NOU vill här framföra uppfattningen att den skärpta kontrollverksamheten kan sägas ha lyckats ännu bättre vid en granskning om det inte blivit någon avgift eller vite utan oklarheter/överträdelser har klarats ut utan domstolsförfaranden. Det bör vara ett incitament för tillsynsorganisationen att ett klagomål klaras upp i ett så tidigt skede som möjligt.

#### **3.2 Vilket är det bästa organisationsalternativet? (11.12.3)**

NOU kan inte tillstyrka förslaget om en sammanslagning av Konkurrensverket och NOU på grundval av förhållanden som anges nedan.

I betänkandet uppges att kritiken mot NOU kan i allt väsentligt förklaras med *resursbrist, den rådande myndighetsstrukturen och avsaknaden av sanktionsbefogenheter*. Ett förslag till lösning av hur den nya tillsynsmyndigheten skall organiseras måste sålunda komma tillrätta med samtliga dessa tre förhållanden. Vad gäller förhållandet "den rådande myndighetsstrukturen" uppges bl.a. att NOU tyngs genom sin kollektiva beslutsform av en ineffektiv beslutsstruktur, möjligheten till delegering har varit begränsad, många beslut p.g.a. tidsbrist måste fattas på kansliet. Vidare nämns som en uppenbar risk att NOU:s beslut i enskilda tillsynsärenden utåt sett framstår som ett resultat av lämplighetsöverväganden och kompromisser mellan partsföreträdare i stället för en strikt rättstillämpning.

Enligt NOU:s uppfattning bör tillsynsmyndighetens verksamhet handhas av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Nämnden, såsom mötesplats för ledamöter med olika erfarenhetsbakgrund och kompetens, behövs för att ge verksamhet och regelverk erforderlig förankring.

Det framlagda organisationsförslaget är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt underbyggt. De olika alternativa organisationsförslagen har inte behandlats analogt. En analys saknas av hur de fördelar och nackdelar som framförts beträffande den nuvarande modellen "slår" i alternativen. En analys saknas vidare av möjligheterna att eliminera hävdade nackdelar med den nuvarande organisationen och i stället utveckla den. NOU vill i sammanhanget hänvisa till kommitténs skrivning om att de arbetsuppgifter som NOU utför är av god kvalitet.

Vissa ansvarsfördelningsproblem inom NOU skulle lösas om beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regelefterlevnaden läggs på nämndens ordförande, som samtidigt skulle vara myndighetens chef.

NOU anser att den nuvarande nämndformen med ledamöter från bl.a. Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet och Industriförbundet positivt bidragit till att NOU:s uppfattningar och rekommendationer lättare vunnit gehör hos representanter för kommuner och landsting och att NOU:s budskap till kommunala politiker och inköpare samt leverantörer snabbare och enklare accepterats.

Beträffande frågor avseende storleken på myndigheten se avsnittet ovan om dimensionering av den framtida tillsynsmyndigheten.

NOU:s nämnd har 99-02-01 avgivit ett yttrande (25/99-11) till kommittén med anledning av översynen av NOU m.m.

## 4. Förslag till ändringar i 6 kap. LOU

NOU konstaterar att flertalet av de förslag som kommittén lämnar vad avser 6 kap. LOU grundar sig på förslag som NOU tidigare framfört till kommittén.

Upphandling enligt 6 kap. LOU är klart mer omfattande, såväl beloppsmässigt som antalsmässigt, än den upphandling som sker enligt övriga kapitel i LOU. NOU anser att rubriken till 6 kap. LOU i enlighet härmed är något missvisande och ger en felaktig uppfattning av det endast är mindre upphandlingar som avses. En utbredd uppfattning är att kapitlet gäller för mindre upphandlingar. I rubrikens "m.m." inryms både B-tjänster oavsett värde och undantagen upphandling t.ex. försvarsupphandlingar oavsett värde. Rubriken till kapitlet bör, enligt NOU:s uppfattning, ses över särskilt med tanke på den pågående utvecklingen mot en ökad konkurrensutsättning av olika B-tjänster.

### 4.1 Affärsmässighetsbegreppet

NOU vill redan i detta sammanhang framföra att, trots att kommittén ännu inte föreslagit någon ändring, begreppet affärsmässighet har stor betydelse för regleringen av upphandling och inte torde kunna ersättas av de EG-rättsliga principerna. För genomförande av egeninitierad tillsynsverksamhet och i främjande av en effektiv offentlig upphandling är det viktigt att iakttagelser kan ifrågasättas med hänsyn till om förfarandet kan inrymmas i begreppet affärsmässighet. Begreppet härstammar från de inhemska upphandlingsbestämmelserna och inrymmer mycket av det som faller inom de EG-rättsliga principerna för offentlig upphandling. NOU anser att ett förtydligande som innebär att 1 kap. 4 § LOU anses omfatta principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande är önskvärt. Alternativt bör 7 kap. 2 § LOU ändras till "... brutit mot gemenskapsrätten, 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag..." såsom nedan föreslås.

### 4.2 Bestämmelser i 6 kap. LOU föreslås utgå

Kommittén föreslår att ett antal paragrafer i 6 kap. LOU skall utgå eftersom motsvarande bestämmelse redan finns i 1 kap. LOU och dessa kan gälla efter en hänvisning från 6 kap. 1 § LOU. (omfattar bl.a. nuvarande 6 kap. 8 §, 12 §, 15 §). Att få ner antalet paragrafer i LOU kan i och för sig vara ett eftersträvt mål men det kan av pedagogiska skäl vara värdefullt att de paragrafer som gäller vid upphandling enligt 6 kap. så långt som möjligt återfinns i detta kapitel. Inköparen som tillämpar 6 kap. LOU har ofta inte den juridiska skolning för att snabbt och enkelt tillgodogöra sig lagtext med hänvisningar till paragrafer i andra kapitel. En jämförelse kan även göras med 4 kap. LOU där lagstiftaren nyligen genomfört en ändring så att de flesta bestämmelser som reglerar upphandling enligt detta kapitel skall återfinnas i kapitlet, även om en likalydande paragraf återfinns i 1 kap. LOU.

#### **4.3 Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde (12.3.1)**

NOU instämmer i kommitténs uppfattning att förhållandena för de privata företag vars upphandling omfattas av bestämmelserna i 4 kap. är sådana att LOU bör omfatta även deras upphandling under tröskelvärdena.

#### **4.4 Upphandling av telefonitjänster (12.3.2)**

En ändring föreslås i 6 kap.1 § som innebär att undantagna tjänster i 5 kap. 1 § andra stycket 3 punkten (telefonitjänster) skall omfattas av 6 kap. i de fall de understiger tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att Sverige bör invänta den föreslagna direktivändringen som innebär bl. a. att telekommunikation undantas från direktivet för försörjningssektorerna. Effekten av att tjänsterna skulle vara undantagna bestämmelserna om anskaffningen överstiger tröskelvärdena men omfattas om de understiger är inte lyckad enligt NOU:s förmenande. Att de mindre anskaffningarna är reglerade i LOU medan de mer omfattande investeringarna är undantagna är ologiskt. NOU:s uppfattning generellt är att en strävan bör vara att reglerna är desamma över som under tröskelvärdena och att en avvikelse från detta bör vara välmotiverad. Bestämmelserna i 6 kap. LOU bör åtminstone inte vara strängare än reglerna över tröskelvärdena.

#### **4.5 Direktupphandling (12.4.1)**

Att något hårdare reglera att riktlinjer för direktupphandling skall finnas och vad de skall innehålla stöds likaledes av NOU. Det kan tyckas som en självklarhet att fastställa sådana riktlinjer, men så sker inte på alla håll. En inte helt lätthanterlig fråga är om tillsynsmyndigheten skall kunna ha synpunkter på hur dessa riktlinjer ser ut.

NOU har som anges i betänkandet tidigare framfört förslag om att definitionen av begreppet direktupphandling bör ändras eftersom det ofta är både lämpligt och möjligt från affärssynpunkt att infordra anbud eller åtminstone göra prisjämförelser innan valet av leverantör görs. Definitionen av direktupphandling föreslås nu i enlighet härmed ändras till "upphandling utan krav på annonsering och infordrande av skriftliga anbud".

Beträffande möjligheten att tillämpa direktupphandling på den grund att synnerliga skäl föreligger föreslås, dock utan något konkret förslag till lagändring, en ändring i riktning mot det som gäller över tröskelvärdena (förhandlad upphandling utan annonsering). Kommittén föreslår att direktupphandling får göras i fyra situationer utöver den som redan anges i 6 kap. 2 § LOU (synnerlig brådskas), t.ex. att det som upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör.

NOU anser att författningskommentaren till 6 kap. 2 § LOU bör ange att riktlinjerna för användningen av direktupphandling bör innehålla information om tröskelvärdesberäkning för användningen av upphandlingsförfarandet. NOU har i

NOU info<sup>5</sup> i samband med ett ärende behandlat frågan om anskaffningen av en tjänst borde ha genomförts såsom en förenklad upphandling av ett ramavtal eller upprepade direktupphandlingar. NOU har av affärsmässiga skäl hänvisat till tröskelvärdesberäkningen för upphandling enligt de direktivstyrda bestämmelserna och framfört bland annat följande. "För att fastställa tröskelvärdet för upphandling enligt direktivstyrda regler i 2 kap. LOU måste en upphandlande enhet vid upphandling av varor beakta reglerna i 4 § att en upphandling avseende en viss kvantitet varor inte får delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Regler om sammanläggning av upphandlingar finns i 2 kap. 3 § LOU. Samma principer bör tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket en direktupphandling får användas."

#### 4.6 Förenklad selektiv upphandling (12.4.2)

Det uppges felaktigt i betänkandet (s. 285) att det av *anbudsinfordran* skall framgå antalet leverantörer som får lämna anbud. I lagförslaget anges att uppgiften skall anges i ansökningsinbjudan, inte i förfrågningsunderlaget.

En leverantör kan med denna information göra bedömningar om det är mödan värt att lämna anbud. Vid en jämförelse med motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena 1 kap. 7 a § LOU där den upphandlande enheten *får* ange antalet kan NOU konstatera att det blir en strängare reglering under tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att reglerna för upphandling enligt 6 kap. LOU inte bör vara strängare än bestämmelserna för annan upphandling.

NOU ser fördelar med att definitionen av förenklad selektiv upphandling så långt möjligt uttrycks på samma sätt som motsvarande förfarande över tröskelvärdena. Enligt NOU:s förslag bör lydelsen bli: upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och *där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.*

Det bör av författningskommentaren framgå att om något antal inte anges måste *alla* kvalificerade tänkbara leverantörer få lämna anbud.

Författningskommentaren till 6 kap. 3 § LOU bör innehålla en hänvisning till proportionalitetsprincipen och ange att endast sådana krav får ställas som behövs med hänsyn till det som upphandlas.

I betänkandet uppges att det enligt gällande lagstiftning räcker med att tillfråga tre stycken leverantörer vid förenklad upphandling. En hänvisning görs till ett länsrättsavgörande avseende en upphandling av begravnings tjänster där dock 5 anbud ansågs tillräckligt<sup>6</sup>. NOU anser det direkt felaktigt att generalisera på sätt som skett och att detta inte står i överensstämmelse med reglerna i LOU. Problem för enheten och fördyringar kan uppstå i det fall enheten tillfrågat för få leverantörer dels därför att konkurrensen sällan utnyttjats fullt ut och dels om en

<sup>5</sup> NOU info juni -99, s. 9f.

<sup>6</sup> Länsrätten i Göteborgs och Bohus län, 1994-05-25, (Ö 1615-94)

anbudsgivare inkommer för sent med sitt anbud och en av någon anledning avböjer. Kvar för utvärdering finns i exemplet endast ett anbud och enheten blir hänvisad, om inte upphandlingen skall göras om, dennes pris och villkor i övrigt.

En upphandlande enhet har i exemplet när endast en leverantör inkommer med anbud enligt EG-domstolen visserligen rätt att avbryta upphandlingen pga. bristande konkurrens men ett förnyat upphandlingsförfarande innebär sannolikt en förskjutning i tiden för det som upphandlas och ett fördyrande administrativt förfarande för enheten.

I vissa fall – främst vid mindre upphandlingar – kan ofta tre leverantörer anses vara tillräckligt antal. NOU har tidigare föreslagit att annonsering inte skall behöva göras av anskaffningar som värdemässigt beräknas överstiga gränser för direktupphandling men inte överstiger 300 000 kr. Här skulle det vara tillräckligt att kravet är att minst tre tänkbara leverantörer skall tillfrågas. NOU anser att en sådan lösning är att föredra framför kommitténs förslag.

#### *Urval av anbudsgivare - Lottning*

Kommittén uppger i författningskommentaren att lottning är ett exempel på hur den upphandlande enheten på ett objektivt sätt kan begränsa antalet kvalificerade leverantörer vid en förenklad selektiv upphandling

Det hävdas att lottning är det enda förfarande som är helt fritt från godtycke. De krav som har angetts i en ansökningsinbjudan skall vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas. Genom lottningsförfarandet undviker man att successivt "höja ribban" så att dessa krav blir oproportionerliga, d.v.s. kraven ändras i förhållande till vad som angivits.

I den lagakraftvunna länsrättsdom<sup>7</sup> som kommittén hänvisar till framkommer att den upphandlande enheten uppgivit att den gjort bedömningen att lottningsförfarandet vid kvalificering var "...det mest objektiva och minst diskriminerande tillvägagångssättet...". Begreppet affärsmässighet och objektivitet innefattar enligt länsrättens mening att det "icke är tillräckligt att den upphandlande enheten använder det minst diskriminerande urvalsförfarande vid val av vilka leverantörer som kan komma ifråga vid det slutliga upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten har i stället att följa ett förfarande som inte är diskriminerande och byggt på enbart affärsmässiga grunder. Enligt länsrättens mening tillgodoser ett lottningsförfarande inte kraven på objektivitet och affärsmässighet vid upphandling".

Följande uppfattning har framförts avseende selekteringsfasen över tröskelvärdena i lagbokscommentaren Offentlig Upphandling<sup>8</sup>. "Det är vår uppfattning att det borde vara möjligt för den upphandlande enheten att bland de kvalificerade anbudssökandena få välja dem som den finner lämpligt med hänsyn till önskemål

<sup>7</sup> Länsrätten i Skåne län, Mål nr 1373-98

<sup>8</sup> Margareta Hentze, Hans Sylvén, Offentlig upphandling, s. 127



om att variera anbudsgivarkretsen, blanda stora och små företag, välja också utländska anbudssökandena, eliminera omständigheter som risk för strejk eller blockad (t.ex. när ett företag inte har ett kollektivavtal) o.s.v." NOU:s uppfattning är att detsamma bör kunna gälla även vid förenklad selektiv upphandling. NOU delar således inte kommitténs uppfattning att urvalet av kvalificerade anbudsansökanden vid förenklad selektiv upphandling kan ske medelst lottning.

#### **4.7 Försvarsupphandlingar (12.4.3)**

Enligt betänkandet behöver försvarsupphandlingar som ofta innebär teknikupphandling regleras separat. Teknikupphandlingsutredningen meddelade nyligen i ett betänkande<sup>9</sup> att teknikupphandling går att förena med LOU och föreslog därför ingen ändring. NOU ser inga skäl till att försvarsupphandling skall undantas i högre grad än de möjligheter som redan finns genom lydelsen av 6 kap. 17 § LOU. Såvitt NOU känner till meddelar regeringen generella undantag för viss försvarsupphandling.

#### **4.8 Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör (12.4.4)**

NOU avstyrker förslaget till 6 kap. 4 § LOU som innebär att enheter vid förenklad upphandling får infordra anbud från endast en leverantör om särskilda skäl föreligger. NOU:s uppfattning är att om förslaget om en marknadsskadeavgift genomförs bör utfallet av denna möjlighet avvaktas innan en lagändring med nu aktuellt innehåll övervägs.

#### **4.9 Formgivningstävlingar (12.4.5)**

Det bör övervägas om inte bestämmelser för formgivningstävlingar borde införas även i 6 kap. LOU. NOU delar utredningens uppfattning att behov föreligger att tillåta sådana tävlingar även under tröskelvärdena. Benämningen bör såväl över som under tröskelvärdena emellertid ändras till konstruktions- och formgivningstävling. Nuvarande benämning är missvisande när det gäller konstruktionstävlingar. Namnet har tillkommit genom en mindre lämplig översättning av det engelska ordet "design".

Den föreslagna ändringen i 6 kap. 2 § LOU avseende formgivningstävling bör vara att det i stället hänvisas till "formgivningstävling i förenklad form" eftersom det i nämnda paragraf endast åsyftas denna förenklade form av formgivningstävling och inte den mer detaljreglerade i 5 kap. LOU.

#### **4.10 Förfrågningsunderlaget (12.5)**

Bestämmelserna om innehållet i ett förfrågningsunderlag bör av pedagogiska skäl föras samman till en paragraf. NOU stöder de förslag som kommittén har tagit fram. NOU anser att det i författningskommentaren bör erinras om att enheten

---

<sup>9</sup> Teknikupphandlingsutredningen, Upphandling för utveckling SOU 1997:88

enligt proportionalitetsprincipen endast får ställa sådana krav och begära sådana upplysningar som behövs med hänsyn till det som upphandlas.

#### **4.11 Implementeringstid (12.5.4)**

Det torde underlätta för intresserade leverantörer om den s.k. implementeringstiden alltid framgår av förfrågningsunderlaget. NOU är emellertid tveksam till att detta generellt kan efterlevas av upphandlande enheter. Med implementeringstid avses den tid som beräknas löpa från det avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas.

Med hänsyn till att motsvarande regel inte återfinns i reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena torde en regel av den föreslagna innebörden kunna undvaras också i 6 kap. LOU.

#### **4.12 Rangordning av utvärderingskriterierna (12.5.6)**

I de direktivändringar som föreslagits av EG-kommissionen ingår en regel om angivande av utvärderingskriteriernas relativa värde tydligare än nuvarande regel om rangordning.

NOU anser att en ändring bör anstå till dess den inom EG-kommissionen pågående översynen av motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena är klar.

NOU konstaterar att om förslaget skulle genomföras, skulle bestämmelserna under tröskelvärdena innehålla strängare krav på de upphandlande enheterna än motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena. En sådan lösning är inte lämplig.

#### **4.13 Obligatorisk publicering i elektronisk databas (12.6)**

NOU föreslår ett krav på ökad annonsering vid förenklad upphandling av de skäl som återges i betänkandet. För att undvika alltför mycket byråkrati och risker för administrativa kostnader (både vad avser själva annonseringsförfarandet och utvärderingsprocessen med ökad mängd anbud) som inte står i relation till de förväntade besparingarna i upphandlingsprocessen anser NOU att den obligatoriska annonseringen bör göras när upphandlingen beräknas överstiga förslagsvis 300 000 kr. Mellan direktupphandlingsbeloppet och 300 000 kr. skulle de enda formella kraven utöver vad som gäller för direktupphandling vara, ett skriftligt förfrågningsunderlag, förfrågan till minst tre leverantörer, krav på skriftliga anbud samt samtidigt anbudsöppnande efter anbudstidens utgång.

##### *Elektronisk databas*

Kommittén anser att det bör överlämnas åt marknadskrafterna att utveckla system för föreslagen obligatorisk annonsering av förenklade upphandlingar. NOU:s uppfattning är att det bör utredas vidare vilka för- och nackdelar som olika alternativ medför innan ställning tas. Ett alternativ är att tillsynsmyndigheten ansvarar för en databas, i princip godkänner alla som önskar delta eller

uppställer vissa förutsättningar och i förväg bestämmer att endast ett begränsat antal kommer att godkännas med hänsyn till enhetens ambition och skyldighet att uppsöka och utnyttja konkurrensen på en viss marknad samt leverantörens intresse av att hitta pågående upphandlingar utan alltför stora ansträngningar. Alltför många databaser eller all annonsering på enheternas hemsidor kan innebära alltför omfattande sökningar för leverantörerna.

#### **4.14 Prövning av anbud**

NOU tillstyrket inte förslaget att en upphandlande enhet skall kunna pröva ett anbud eller en ansökan som inkommit för sent om det är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande. NOU anser inte att behov föreligger för den förslagna ändringen och befarar att den skulle orsaka praktiska svårigheter vid avvägningen av om en handling inkommit i rätt tid.

#### **4.15 Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare (12.9.5)**

NOU instämmer delvis i kommitténs förslag. NOU anser att reglerna som gäller kontroll av anbudsgivare bör kompletteras till att omfatta även kontroll av företrädare för juridiska personer och uteslutning på grund av sådan kontroll. Kontroll och uteslutning bör dock begränsas till den krets av företrädare som utgörs av verkställande direktör och styrelseledamöter.

På sikt bör reglerna härvidlag bringas i överensstämmelse med dem som gäller upphandlingar över tröskelvärdena.

Författningskommentaren till föreslagen 6 kap. 13 § 1 stycket 3 och 4 punkterna LOU bör ange att det brott eller det fel som åberopas förutsätts allmänt känt och har betydelse för den aktuella upphandlingen. De eventuella praktiska olägenheter som kan uppstå vid begäran om utdrag ur t.ex. kriminalregistret bör belysas innan en lagändring görs. Förslagets betydelse för behörigheten att erhålla sådana utdrag bör granskas, liksom betydelsen av hur långt tillbaka i tiden ett brott eller ett begånget fel har ägt rum som tillåts ha avgörande betydelse för kvalificeringen.

#### **4.16 Ange underleverantör (12.9.7)**

Om 1 kap. 18 a § LOU skall gälla även för upphandling enligt 6 kap. anser NOU att 6 kap. 1 § LOU bör hänvisa till paragrafen. Kommittén uppger att det inte behövs någon ytterligare reglering eftersom upphandlande enheter redan idag kan ställa krav på att redovisning skall ske av vilka delar av upphandlingskontraktet som avses läggas ut på tredje man. Om någon hänvisning inte görs finns emellertid risk för att detta tolkas på det sätt att det inte är tillåtet vid upphandling enligt 6 kap. LOU.

#### **4.17 Avbruten upphandling (12.11)**

NOU välkomnar förslaget att det i LOU skrivs in att sakliga skäl erfordras för att avbryta en upphandling. Att sakliga skäl bara skulle handla om rena s.k. force majeure situationer är alltför begränsat. Att endast starka skäl för ett avbrytande accepteras är dock viktigt för att upprätta en stark trovärdighet till den offentliga upphandlingen.

NOU anser att ett av de exempel på godtagbara skäl som ges i betänkandet, nämligen att avbryta en upphandling om en ny politisk majoritet tar vid, inte utan vidare inryms i vad som kan anses godtagbart. NOU:s uppfattning är i första hand att situationen inte skall accepteras såsom ett sakligt skäl för att avbryta och i andra hand att enheten informerat om situationen i underlaget i enlighet med transparensprincipen. Exempel på godtagbara skäl anser NOU vara att inga inkomna anbud ryms inom tillgänglig budget att, utifrån kommande, oförutsedda omständigheter gör det onödigt att upphandla eller utgör grund för annan upphandling att ett myndighetsbeslut fattas som förhindrar viss verksamhet (ett sådant beslut måste dock bedömas som förutsebart och möjligheten till avbrytande bör anges i underlaget) och att regeringen godkännande erfordras för en upphandling (även detta bör anges i underlaget).

#### **4.18 Jäv (12.12.2)**

Kommitténs förslag till lagändring avseende jävsförhållanden har tidigare upphandlingsbestämmelser som förebild. När LOU infördes ansågs att jävsförhållanden kunde angripas utifrån LOU:s krav på objektiv behandling av anbud och anbudsgivare. Någon särskild bestämmelse ansågs inte erforderlig. Av pedagogiska skäl kan det dock ha ett värde att införa regler om jäv, mutor och bestickning samt anbudskarteller i likhet med vad som gällde i UF och UR. NOU föredrar emellertid en lydelse som överensstämmer med den i UF och UR, att det ankommer på enheten att avgöra huruvida anbud skall antas (9 § UF och 18 § UR).

De lagar vid sidan av LOU som reglerar förhållanden som blir aktuella vid en upphandling, är inte automatiskt tillämpliga för alla olika kategorier av upphandlande enheter (myndigheter, kommuner, offentliga och privata bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser). Områden som avses är t.ex. sekretess och offentlighet, jävsförhållanden, arkivfrågor. NOU:s uppfattning är att upphandlande enheter så långt som möjligt vad gäller inköpsverksamheten bör följa samma bestämmelser. Det skulle vara olyckligt om ett förhållande hos vissa enheter är otillåtet, medan det hos andra skulle vara tillåtet.

#### **4.19 Obligatorisk dokumentation (12.13)**

Kommittén betonar vikten av att enheter dokumenterar olika händelser i en upphandling. NOU välkomnar förslaget till ändring i 6 kap. 19 § LOU som markerar en vidgning av kravet på dokumentation. Förutom att skälen för beslut

skall dokumenteras skall även det som i övrigt förekommit av betydelse *vid upphandlingsförfarandet* (tidigare anbudsprövningen) finnas dokumenterat.

Kommittén uppger i betänkandet att det skall finnas dokumenterat varför den upphandlande enheten valt direktupphandling. NOU anser att detta bör förtydligas i författningskommentaren så att regleringen endast avser situationerna när direktupphandling genomförs p.g.a. synnerliga skäl. Om riktlinjer fastställs och följs bör det inte krävas dokumentation vid direktupphandlingar p.g.a. lågt värde. Om enheten har tillämpat förenklad upphandling från endast en anbudsgivare bör enligt NOU:s uppfattning skälet härför dokumenteras.

#### 4.20 Särskilda bestämmelser (12.14)

NOU avstyrker Upphandlingskommitténs förslag till 6 kap. 24 § LOU. Förslaget lyder: "En upphandlande enhet får överenskomma med leverantör om ändring i avtalade villkor efter det att avtal tecknats. Därvid skall enheten iaktta 1 kap. 4 §." Om en möjlighet skall införas, bör den begränsas till extrema undantagssituationer som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse eller som beror på leverantören och där leveransen eljest äventyras och hävning skulle vara det enda alternativet. Jämför också köplagens påföljder vid dröjsmål med varans avlämnande och påföljder vid fel i varan. Lagtexten bör innehålla restriktionen att en ändring endast kan ske om synnerliga skäl föreligger. Alla väsentliga förändringar skall som regel leda till en ny upphandling, jämför med bestämmelserna över tröskelvärdena avseende övergång till förhandlad upphandling utan annonsering (t.ex. 2 kap. 11 § LOU).

EG-kommissionen riktade kritik avseende Rikspolisstyrelsens (RPS) upphandling av mössmärken i samband med ett uniformsprojekt. Den aktuella upphandlingen var avslutad och RPS skulle enligt avtalet (och förfrågningsunderlaget) köpa mössmärken framställda på ett visst sätt men de märken som levererades var av annat slag än som upphandlats och detta ansågs därför vara i strid med upphandlingsdirektiven.

De förändringar som är förutsebara bör regleras i avtalet, såsom valutaklausuler, prisvariationsklausuler, optioner samt mindre ändringar som är brukliga i en bransch t.ex. vid upphandling av byggentreprenader. Detsamma gäller ändringar, såsom mindre ökning eller minskningar av kvantitet där det skulle vara orimligt att vända sig till annan leverantör, t.ex. viss ökning av antalet vårdplatser.

## 5. Förslag till ändringar i 7 kap. LOU

Eftersom NOU begärt sanktionsbefogenheter välkomnas de lämnade förslagen. Det nuvarande sanktionssystemet är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt för en stor andel av de regelöverträdelser som sker. Missnöjda leverantörer avhåller sig helst från att föra talan mot en enhet i en pågående upphandling trots att processen i förvaltningsdomstol är förhållandevis lättåtkomlig<sup>10</sup>, ofta av rädsla för "svartlistning". När upphandlingen väl avslutats återstår endast möjligheten att begära skadestånd, vilket sker i en allmän domstol med risk för en tidskrävande process och höga rättegångskostnader, om inte leverantören lyckas visa fel och skada samt kausalitet mellan felet och skadan.

Bland förslagen saknas emellertid en möjlighet för tillsynsmyndigheten att föra talan om fastställelse av huruvida en organisation är en upphandlande enhet, se avsnitt nedan.

De ökade befogenheterna för NOU möjliggör en bättre tillsynsverksamhet och torde föra med sig att färre regelöverträdelser sker. Talerätten kan användas som påtryckning i enskilda fall och den vägen, i likhet med vad som gäller i Danmark, ha stor betydelse. Problemet med att upphandlande enheter mer eller mindre riskfritt har kunnat genomföra otillåtna direktupphandlingar minskar sannolikt drastiskt om de förslag som lämnas i delbetänkandet genomförs.

NOU har i rapporten om fel och brister framfört: "Åtgärder som kommer att övervägas mot de fel och brister som tillgängliga rättsmedel idag inte kommer tillrätta med, måste givetvis balanseras mot intresset av att upphandlingsprocessen inte onödigtvis fördröjs eller får ett alltför stort inslag av byråkrati. Ett väl fungerande och effektivt rättsmedelssystem bör tillskapas som uppfyller de krav som ställs i EG:s rättsmedelsdirektiv samtidigt som risken att leverantörer orättfärdigt utnyttjar systemet bör minimeras."

NOU anser inte att kommittén i tillräcklig utsträckning prövat om förenligheten av de föreslagna åtgärderna är rimlig.

Kommittén uppger att det inför slutbetänkandet kommer att övervägas om skadeståndsansättning för det negativa kontraktshintresset i förenklade upphandlingar skall kunna utdömas. NOU beklagar att frågan inte kunnat lösas inom ramen för detta betänkande, eftersom ett sådant införande har betydelse för de sanktionsförslag som nu ges.

7 kap. 2 och 6 §§ LOU bör hänvisa både till LOU och till *gemenskapsrätten*. Detta har flera gånger påtalats av NOU.

---

<sup>10</sup> Ingen risk för att åläggas betala motpartens rättegångskostnader, en snabb och oftast skriftlig process.

### 5.1 Det positiva kontraktsintresset (13.4)

NOU delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU. NOU anser det som ovan anförts olyckligt, att frågan om ersättning för det negativa kontraktsintresset inte behandlats i ett sammanhang tillsammans med övriga frågor som rör skadestånd.

#### *Jämkning av skadestånd*

Kommittén anser att skadeståndet bör kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset så att skadeståndet omfattar ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp. NOU har inget att erinra mot att en sådan jämningsmöjlighet.

### 5.2 Preskription (13.5)

NOU tillstyrker förslaget att preskriptionstiden för skadestånd i 7 kap. förlängs till två år.

Det är NOU:s uppfattning att ett år ofta är för kort tid för att en anbudsgivare skall kunna förbereda en skadeståndstalan. Det har uppgivits att en anbudsgivare som upplever sig förfördelad bör påtala detta direkt i anslutning till upphandlingen. Enligt NOU:s uppfattning görs detta ofta men då inte till en domstol direkt, eftersom ett företag ofta anser sig behöva sakkunnig hjälp innan det ger sig in i en process med risk för att behöva ersätta motpartens rättegångskostnader. En leverantör vill kanske att NOU ska uttala sig i ärendet innan en stämning sker. Det har ett flertal gånger förekommit att en leverantör inte har kunnat invänta NOU:s yttrande innan han måste avgöra om en stämning skall ske eller inte. Det kan ta flera månader, i vissa fall över ett år, att få ut alla nödvändiga handlingar från en upphandlande enhet och leverantören får i vissa fall vända sig till domstol - ibland t.o.m. flera gånger - för att få ut dessa.

Ett argument mot en förlängning har varit att det inte anses rimligt att en upphandlande enhet skall behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadestånd och att enheten inför nästa upphandling av liknande slag skall kunna rätta till eventuella fel. NOU:s uppfattning är att en skadeståndstalan ändå mycket sällan avgörs så snabbt att ett lagakraftvunnet avgörande finns inom ett par år.

Det kan anmärkas att de flesta medlemsstaterna i EU har allmän preskriptionstid för skadestånd vid offentlig upphandling och i Sverige är denna 10 år.

### 5.3 Marknadsskadeavgift (13.6.1)

NOU välkomnar förslaget om införande av en marknadsskadeavgift. Denna bör rimligen kunna bli ett verksamt instrument för att motverka främst problemet med otillåtna direktupphandlingar. Bland de hänsyn som domstolen skall ta vid fastställande av avgiftens storlek bör också kontraktsvärdet ingå såsom anges i betänkandet. Med hänsyn till regelverkets komplexitet - främst över

tröskelvärdena - bör författningskommentaren innehålla en uppgift om att marknadsskadeavgift inte bör utgå alls eller att beloppet sätts särskilt lågt om tolkningen av en regel är tveksam.

NOU anser att mål rörande marknadsskadeavgift bör, i enlighet med förslaget, handläggas av förvaltningsdomstol. Detta får särskild betydelse om NOU:s förslag nedan att antalet länsrätter som prövas mål enligt LOU begränsas. Däremot behöver mål om marknadsskadeavgift sannolikt inte behandlas med förtur eftersom upphandlingen är avslutad.

Kommittén anger ett antal typsituationer för när marknadsskadeavgift är tänkt att användas. I författningskommentaren till 7 kap. 2 b § LOU anges under punkten 3 att marknadsskadeavgift skall kunna utdömas om den upphandlande enheten uppsåtligt eller av oaktsamhet har utformat godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier utan rangordning *så att endast viss leverantör kunnat komma i fråga*. Godtyckliga och oprecisa kriterier får snarast den motsatta effekten, nämligen att många leverantörer kan komma i fråga. Avsikten torde ha varit att förhindra att den upphandlande enheten genom att uttrycka sig så luddigt, kan välja t.ex. den leverantör de på förhand bestämt sig för eller den leverantör som tidigare har anlitats.

#### **5.4 Talerätt i överprövningsmål m.m. (13.8)**

NOU har i många sammanhang påtalat behovet av att inte bara leverantörer har talerätt. NOU tillstyrker förslaget att tillsynsmyndigheten ges talerätt i överprövnings och marknadsskademål samt mål om föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende. Att även branschorganisationer ges talerätt i överprövningsmål kan vara en lämplig åtgärd för att komma till rätta med den stora mängde av upplevda överträdelser som aldrig påtalas av rädsla för t.ex. svartlistning. Vidare kan en fråga ha stor principiell betydelse för en bransch. Vid en jämförelse med Danmark där ca 40 branschorganisationer har talerätt torde antalet överprövningsärenden i länsrätt öka i endast relativt begränsad omfattning.

NOU avstyrker dock förslaget att leverantörer ges talerätt i marknadsskademål. Det finns enligt NOU:s mening ingen rimlig anledning för en enskild att för statens räkning utkräva en marknadsskadeavgift i de fall staten bestämt sig för att avstå från att föra talan om avgiften. Tvärtom kan risken för missbruk inte uteslutas.

#### **5.5 Förebyggande av regelöverträdelser (13.9)**

Någon sådan avsiktsförklaring som avspeglas i betänkandet (s.141) avseende Sveriges aktiva deltagande i det s.k. pilotprojektet känner inte NOU till.

Kommittén föreslår att tillsynsmyndigheten ges en mer aktiv roll i det förebyggande arbetet efter danskt mönster. I tillsynsmyndighetens instruktion föreslås följande: "För att förebygga regelöverträdelser i ett enskilt fall får Konkurrens- och upphandlingsverket informera den upphandlande enheten och



berörda leverantörer om gällande bestämmelser, lämna övriga upplysningar samt aktivt verka för en godtagbar lösning". Lydelsen av förslaget till instruktionsinnehåll ger uppfattningen att tillsynsmyndighetens rekommendationer har karaktären av en lösning mellan två parter som är godtagbar och mer liknar en kompromiss än en strikt tolkning av LOU och gemenskapsrätten. NOU vill uppmärksamma problemet med att en överenskommelse (förlikning) som har accepterats av NOU kan av utomstående felaktigt tolkas så att ett förfarande stått i överensstämmelse med upphandlingsbestämmelserna och ge intryck av ett korrekt handlande.

Om förslaget om tillägg till instruktionen vad gäller förebyggande av regelöverträdelser genomförs uppstår frågan om sådana ärenden hos tillsynsmyndigheten bör behandlas med förtur eftersom det avser pågående upphandlingar. Frågan inställer sig då om denna uppgift skall prioriteras framför alla andra uppgifter. Förslaget avser alla upphandlingar oavsett förfarande (och inte bara upphandlingar över tröskelvärdena som i Danmark), vilket kan medföra ett stort antal ärenden hos tillsynsmyndigheten. Kommittén har inte behandlat situationen att ett stort antal brådskande anmälningar kommer in till tillsynsmyndigheten för behandling. Övervägas bör, om en sådan uppgift kommer att läggas på tillsynsmyndigheten, om insatserna endast skall omfatta upphandlingar över tröskelvärdena.

NOU anser att det bör övervägas att i LOU införa en bestämmelse motsvarande den möjlighet som ges i art. 1. 3 rättsmedelsdirektiv II, dvs. att den som anser sig förfördelad skall påtala detta för den upphandlande enheten och även uppge att han avser begära en prövning. Vidare bör det i 7 kap. 6 § LOU övervägas att införas ett tillägg att en skadelidande som har eller har haft en möjlighet att genom att begära överprövning och härigenom kunnat begränsa skadan skall ha vidtagit en sådan åtgärd.

## 6. Övrigt

### 6.1 Förslag i syfte att påskynda en enhetlig domstolspraxis i förvaltningsdomstol

NOU kan konstatera att det fortfarande inte utbildats någon enhetlig praxis i överprövningsmål. NOU:s uppfattning är att flera likartade ärenden har lett till helt olika domslut. Det bör därför övervägas, om inte mål enligt LOU av rättssäkerhetsskäl bör koncentreras till ett mindre antal domstolar. En jämförelse bör därvid göras särskilt med Danmark och Finland. NOU har vid ett par tillfällen framfört önskemål om begränsning av antalet domstolar som handlägger mål enligt LOU. NOU föreslår att överprövnings- och marknadsskademålen prövas av endast en länsrätt inom varje kammarrättsområde, alternativt endast av en särskilt utvald länsrätt med tillhörande kammarrätt. Det är angeläget att så snabbt som möjligt åstadkomma en enhetlig praxis inom ett så komplicerat och ibland svårtolkat område. Ett övervägande enligt ovan får inte leda till att handläggningstiden för upphandlingsmål blir längre.

### 6.2 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

NOU har redan tidigare framfört förslaget att LOU och lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling bör sammanföras till en lag. NOU:s uppfattning avseende lagen om ingripande mot otillbörligt beteende är att den innebär en dubbelreglering i förhållande till LOU, särskilt om förslaget genomförs att tillsynsmyndigheten skall kunna föra talan om ett föreläggande att inte upprepa en viss regelöverträdelse som kan förenas med vite. Lagen har heller inte tillämpats mer än i ett fall. Dubbla sanktionssystem är inte önskvärt och upphandlingsmål skulle genom en sådan sammanslagning begränsas till förvaltnings- och allmän domstol.

### 6.3 Möjlighet att fastställa att en organisation är en upphandlande enhet

NOU har till regeringen överlämnat en skrivelse från Göteborgs stad som har tillställts NOU som en följd av den pågående utredningen om kommunala bolags tillämpning av LOU. I skrivelsen ifrågasätts att vissa kommunala bolag är upphandlande enheter i LOU:s mening (dnr 1999/0187-29).

I följebrevet till regeringen har NOU anfört följande. "NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. För närvarande saknar NOU befogenhet att vidta några åtgärder för att fastställa eller genom annan få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter. Även Sveriges internationella åtaganden kräver att de upphandlande enheterna kan identifieras. NOU hänvisar också till vad som härom anges i rapporten från NOU avseende uppdraget från

regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar LOU. Rapporten har överlämnats till finansdepartementet den 1 december 1998."

I den framtida tillsynen ingår, enligt betänkandet, att tillsynsmyndigheten i sin kontrollverksamhet skall kunna fastställa (få fastställt) om en organisation är en upphandlande enhet eller inte. Oklart är vilken väg som anvisas härför. Om tillsynsmyndigheten för talan mot en organisation avseende en genomförd, till synes otillåten direktupphandling genom ett marknadsskademål (7 kap. 2 a § LOU) förutsätts att uppsåt eller oaktsamhet kan visas, vilket kan vara svårt t.ex. om organisationen gjort en tveksam tolkning av 1 kap. 6 § LOU eller om överträdelsen inte var väsentlig.

Kommittén anger vissa typsituationer då marknadsskadeavgift skall kunna dömas ut. En av dem är otillåtna direktupphandlingar. Enligt förslaget förutsätts att det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet, alternativt att domstolen kommer fram till detta (författningskommentaren till 7 kap. 2 a § LOU. Detta förefaller enligt NOU vara en otymplig väg att komma till rätta med organisationer som felaktigt beslutat att de inte omfattas av bestämmelserna.

Att tillsynsmyndigheten för talan i ett överprövningsmål möter samma svårigheter som leverantörer har idag eftersom en direktupphandling oftast avslutas i princip samtidigt som den påbörjas.

Kommittén anger i samband med att nämnda problem uppmärksammas att det finns behov av åtgärder för att underlätta tillsynsmyndighetens arbete med att skapa regelefterlevnad, dock utan att föreslå några konkreta åtgärder. NOU anser att det i LOU bör inskrivas en rätt för tillsynsmyndigheten att föra en sådan fastställsetalan.

I sammanhanget bör nämnas att olika revisionsorgan på den offentliga sidan, med hänvisning till Göteborgsärendet, har anmält problem med att motivera uppfattningen att kommunala bolag skall omfattas av regelverket.

#### **6.4 Synpunkter på sådant som bör rättas till**

1) I avsnittet om de svenska reglerna som styr den offentlig upphandlingen anges i 4.3 avseende överprövning, att länsrätten får avslå en framställan även om ett fel har begåtts, om den skada som föranletts av felet är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående upphandlingsförfarande. Den åsyftade skadeavvägningen kan endast göras vid övervägande av ett interimistiskt beslut och inte som det uttryckts, vid det slutgiltiga avgörandet.

2) Beskrivningen av att det i underlaget skall anges att anbud kan komma att antas utan förhandling vid förenklad upphandling bör uttryckas så att det inte ger intryck av att enheten måste förhandla om den inte särskilt markerat att den inte skall förhandla.

3) Författningskommentaren till 6 kap. 24 § LOU (s. 342) nämner ramavtal som exempel på avtal som sträcker sig över en längre tid. En annan exemplifiering bör ske, eftersom ramavtal inte alltid sträcker sig över en längre tid.

4) Inledningen av 6:6, 2 st. (Därutöver skall det av förfrågningsunderlager framgå" Bör ersättas med "Ett förfrågningsunderlag skall innehålla".

5) Författningskommentaren till 6:6 anger "*I de allra flesta upphandlingar kan den upphandlande enheten på förhand klargöra vilka krav och villkor som skall gälla.*" Kommentaren måste ändras och i stället ange att enhetens förberedelsearbete inför en upphandling måste resultera i att enheten har gjort klart för sig vilka krav och villkor som skall gälla för upphandlingen.

6) Ordet "om" bör ersättas med "att" , dvs. det skall framgå av underlaget att ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Beslut i detta ärende har fattats vid nämnsammanträde den 10 mars 2000, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, upphandlingsexperten Lisbeth Johnsson, juristen Eva Sveman och marknadsdirektören Peter Thore. Föredragande var kanslichefen Margareta Hentze (vad avser avsnitten 1-3) och jur.kand. Camilla Graf Morin (vad avser avsnitten 4-6). Beslutet fattades i närvaro av chefsjuristen Hans Sylvén. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandenas förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Avvikande meningar (bifogas) har lämnats av ledamöterna Eva Sveman, Lisbeth Johnson avseende obligatorisk annonsering (4.13), avbruten upphandling (4.17) och preskriptionstiden (5.2) i bilaga 1 samt föredragande och närvarande från kansliet Margareta Hentze, Camilla Graf Morin och Hans Sylvén, beträffande organisation bilaga 2. Förslaget till remissvar har MBL-förhandlats enligt §12 MBL. Protokollet biläggs detta beslut bilaga 3.

#### NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Camilla Graf Morin

#### **Bilagor**

- 1 – 2 Reservation och avvikande mening
- 3 Protokoll från MBL-förhandling

#### **För kännedom**

Upphandlingskommittén  
Konkurrensverket

1. INLEDNING OCH FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR NOU:S REMISSVAR .....	5
1.1 Den s.k. problembilden inom offentlig upphandling .....	6
1.2 NOU - befintlig organisation och uppgifter .....	6
2. NOU:S KOMMENTARER VAD AVSER TILLSYNSMYNDIGHETENS UPPGIFTER .....	7
2.1 Kommitténs förslag till definition av begreppet tillsyn (9.2.7).....	7
2.2 Kommitténs förslag till instruktionstext för tillsynsmyndigheten .....	7
2.3 Genomförandet av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål .....	9
2.4 Dimensionering av tillsynsmyndigheten.....	9
2.5 Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter (10).....	10
2.6 Statistikinsamling (10.4.2) .....	12
3. NOU:S KOMMENTARER VAD AVSER ORGANISATIONEN AV TILLSYNSMYNDIGHETEN (11) .....	13
3.1 Finansiering (11.5) .....	13
3.2 Vilket är det bästa organisationsalternativet? (11.12.3).....	13
4. FÖRSLAG TILL ÄNDRINGAR I 6 KAP. LOU .....	15
4.1 Affärsmässighetsbegreppet .....	15
4.2 Bestämmelser i 6 kap. LOU föreslås utgå.....	15
4.3 Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde (12.3.1).....	16
4.4 Upphandling av telefonitjänster (12.3.2).....	16
4.5 Direktupphandling (12.4.1).....	16
4.6 Förenklad selektiv upphandling (12.4.2) .....	17
4.7 Försvarsupphandling (12.4.3).....	19
4.8 Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör (12.4.4).....	19
4.9 Formgivningstävlingar (12.4.5).....	19
4.10 Förfrågningsunderlaget (12.5) .....	19
4.11 Implementeringstid (12.5.4).....	20
4.12 Rangordning av utvärderingskriterierna (12.5.6).....	20
4.13 Obligatorisk publicering i elektronisk databas (12.6) .....	20
4.14 Prövning av anbud .....	21
4.15 Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare (12.9.5) 21	
4.16 Ange underleverantör (12.9.7).....	21
4.17 Avbruten upphandling (12.11) .....	22
4.18 Jäv (12.12.2) .....	22
4.19 Obligatorisk dokumentation (12.13) .....	22
4.20 Särskilda bestämmelser (12.14).....	23
5. FÖRSLAG TILL ÄNDRINGAR I 7 KAP. LOU .....	24
5.1 Det positiva kontraktsintresset (13.4) .....	25
5.2 Preskription (13.5).....	25
5.3 Marknadsskadeavgift (13.6.1).....	25
5.4 Talerätt i överprövningsmål m.m. (13.8) .....	26
5.5 Förebyggande av regelöverträdelser (13.9) .....	26
6. ÖVRIGT.....	28
6.1 Förslag i syfte att påskynda en enhetlig domstolspraxis i förvaltningsdomstol .....	28
6.2 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling .....	28
6.3 Möjlighet att fastställa att en organisation är en upphandlande enhet .....	28
6.4 Synpunkter på sådant som bör rättas till.....	29

## **Reservation avgiven av nämndledamöterna Lisbeth Johnson och Eva Sveman**

Vi reserverar oss på följande punkter i NOU:s remissvar över Upphandlingskommitténs delbetänkande (SOU 1999:139). I övriga delar står vi bakom nämndens remissvar.

### **Obligatorisk publicering i elektronisk databas**

För de upphandlande enheter som väljer förenklad upphandling utan selektivt förfarande bör annonseringen även i framtiden vara frivillig. Det föreslagna systemet med obligatorisk annonsering riskerar att medföra omfattande merarbete och därmed åtföljande kostnader för de upphandlande enheterna. Dessa bör även fortsättningsvis anförtros förmågan att själv kunna avgöra på vilket sätt som upphandlingar skall tillkännagivas. Förslaget kan också medföra att förenklad selektiv upphandling blir den vanligaste upphandlingsformen, vilket inte kan vara meningen.

### **Avbruten upphandling**

Upphandlingar skall inte avbrytas om det inte finns starka skäl härför. Däremot anser vi att det är olämpligt att ta in ett stadgande härom i LOU. Svårigheten är att avgöra vad som är sakliga skäl.

Kommittén har inte redovisat några tungt vägande skäl för en särbestämmelse om detta under tröskelvärdena. Kommitténs förslag härom bör avvisas.

Frågan om ett avbrytande av upphandling kan leda till skadeståndsskyldighet har besvarats nekande i två hovrättsavgöranden. Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i båda dessa mål, och det finns all anledning att avvakta HD:s ställningstagande i dessa mål.

### **Preskription**

Vi anser att preskriptionstiden även fortsättningsvis skall vara ett år. Det är inte rimligt att en upphandlande enhet skall behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. Preskriptionstiden när det gäller marknadsskadeavgift bör inte heller vara längre än ett år.

Ofta påbörjas arbetet med en ny upphandling ett år efter det att tidigare upphandling är avslutad. En upphandlande enhet bör då ha fått kännedom om eventuella felaktigheter i det tidigare arbetet så att man kan ta hänsyn till detta i den nya upphandlingen.

## U T K A S T

### **Avvikande mening beträffande skrivningen om den nya tillsynsmyndighetens organisation i remissvaret till remissen 1999:139, Effektivare offentlig upphandling**

Vi anser inte att NOU:s organisationsförslag i remissvaret är det mest ändamålsenliga. Vi föredrar en enrådighetsmyndighet med ett råd knutet till myndigheten, där frågor/ärenden som myndigheten önskar ta upp, kan behandlas.

Om en nämndorganisation av insynsskäl skulle anses lämpligast, bör nämnden bestå av representanter, med ersättare, för de organisationer från vilkas sida insyn bedöms lämplig. Nämnden bör vara beslutande endast i särskilt i instruktionen angivna typer av ärenden, såsom t.ex. utgivande av allmänna råd och/eller utformning av god upphandlingssed.

Vi anser slutligen att ytterligare utredning krävs beträffande hur tillsynsmyndigheten bör bedriva tillsyn i kommunala och landstingskommunala organisationer med en effektivare offentlig upphandling som målsättning utan att komma i konflikt med den kommunala självstyrelsen.

Stockholm 2000-03-10

Margareta Hentze,  
föredragande,  
kanslichef

Hans Sylvén  
chefjurist  
närvarande

Camilla Graf Morin  
jur.kand.  
närvarande

## **Jusek och ST vid NOU lämnar följande förslag avseende den framtida tillsynsmyndighetens organisation**

Jusek och ST vid NOU har en annan uppfattning än den som framförs i utkastet till NOU:s yttrande över Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling - för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) vad gäller den framtida tillsynsmyndighetens organisation.

### ***Tillsynsmyndigheten organiserad som en enrådighetsmyndighet***

Jusek och ST vid NOU anser att den framtida verksamheten vad gäller tillsyn m.m. över den offentlig upphandlingen skall bedrivas av ***en självständig myndighet i form av en enrådighetsmyndighet.***

I betänkandet uppges att kritiken mot NOU i allt väsentligt kan förklaras med *resursbrist, den rådande myndighetsstrukturen och avsaknaden av sanktionsbefogenheter.* Jusek och ST vid NOU vill betona att ett förslag i organisationsfrågan måste komma tillrätta med *samtliga tre ovan angivna förhållanden.* Betänkandets förslag vad avser ytterligare resurser och sanktionsmöjligheter för myndigheten kan väntas gynnsamt påverka inriktningen av och möjligheterna till en mer effektiv tillsynsverksamhet. Det i betänkandet framlagda organisationsförslaget med ett Konkurrens- och Upphandlingsverk är emellertid inte tillräckligt underbyggt. Den skrivelse (dnr. 258/98-11) som kansliet har ingivit till Upphandlingskommittén kommenteras inte i betänkandet, än mindre analyseras de farhågor som framfördes för det fall uppgifterna skulle komma att placeras på någon annan myndighet eller de skäl varför uppgifter bör skötas av en självständig enrådighetsmyndighet. Uppfattningen i NOU:s yttrande att tillsynsmyndigheten bör organiseras som en nämndmyndighet delas inte av Jusek och ST vid NOU.

Vad gäller förhållandet "den rådande myndighetsstrukturen" uppges i betänkandet bl.a. att NOU tyngs genom sin kollektiva beslutsform av en ineffektiv beslutsstruktur, möjligheten till delegering har varit begränsad, många beslut måste p.g.a. tidsbrist fattas på kansliet och den uppenbara risken för att NOU:s beslut i enskilda tillsynsärenden utåt sett framstår som ett resultat av lämplighetsöverväganden och kompromisser mellan partsföreträdare i stället för en strikt rättstillämpning. Risk föreligger för att t.ex. remissyttranden p.g.a. kompromisser blir urvattnade och att kontroversiella frågor inte tas upp.

Med ungefär ett nämndmöte per månad beslutas idag endast per år omkring 20 ärenden av nämnden och övriga ca 500 avgörs av kansliet. NOU:s



verksamhet är numera välkänd i offentlig förvaltning. Det är främst kansliprodukterna NOU info och telefoninformationen som fått den största uppskattningen.

Jusek och ST vid NOU ansluter sig till innehållet i den skrivelse som kansliet vid NOU framförde till kommittén avseende fördelar med att organisera den framtida tillsynsmyndigheten såsom en självständig enrådgighetsmyndighet. Kansliet framförde dels synpunkter mot att tillsynsuppgiften skulle överföras till en annan myndighet och dels behovet av en effektivare ledningsform. Synpunkter på nuvarande ledningsform bestod av de risker den för med sig avseende oklar arbetsfördelning mellan nämnd och kansli, lång handläggningstid av nämndärenden och "urvattnade" yttranden p.g.a. nämndledamöternas förankring i den organisation som föreslagit dem. Det senare förhållandet har kommittén återgivit som en risk för att NOU:s beslut i enskilda tillsynsärenden utåt sett framstår som ett resultat av lämplighetsöverväganden och kompromisser mellan partsföreträdare i stället för en strikt rättstillämpning (s. 225).

Den framtida tillsynsmyndigheten bör i ökad utsträckning fatta beslut efter hörande av referensgrupper i olika frågor, något som resurserna idag inte medger. Sådana grupper bör också övervägas i det fall tillsynsmyndigheten slås samman med annan myndighet t.ex. Konkurrensverket.

### ***Tillsynsmyndigheten organiserad som en nämndmyndighet***

För det fall det även i fortsättningen skulle bli aktuellt med en självständig myndighet i form av en nämndmyndighet vill Jusek och ST vid NOU framföra följande.

För att skapa den legitimitet för tillsynsmyndighetens verksamhet som framförts av NOU:s ledamöter och skapa förankring hos politiker/inköpare hos kommuner och landsting samt hos leverantörer, förutsätts att nämnden består av *representanter för olika organisationer*. Är ledamöterna experter som i dag finns inte samma förutsättningar för denna förankring.

Nämndledamöterna vid NOU består av experter men det torde i flera fall vara svårt att inte uppfattas och uppträda som partsföreträdare p.g.a. den förankring de naturligen har i den organisation som utsett dem och inom vilken de bedriver sin huvudsakliga verksamhet. Förhållandet att ledamöterna uppfattas som representanter allmänt och även av berörda organisationer understryks av att de gånger som en expert som är anställd i en intresseorganisation har bytts ut har den nye ledamoten utsetts från samma organisation.

Även i andra centrala frågor avseende tillsynsmyndighetens organisation och uppgifter saknas analys och förslag i betänkandet, t.ex. bristen på praktisk inköpserfarenhet. Jusek och ST vid NOU vill här framföra att vid tillkomsten av NOU var tanken att nämndledamöterna skulle besitta praktisk inköparkompetens och på så sätt komplettera det av naturliga skäl

juristtunga kansliet. För att möjliggöra att besluten ska bli så praktiskt ändamålsenliga som möjligt, inom ramen för LOU och gemenskapsrätten, bör nämnden (utöver ordföranden) helt eller huvudsakligen bestå av yrkesverksamma praktiker (inköpare från upphandlande enheter respektive säljare från företag).

Jusek och ST vid NOU anser i likhet med nämnden att om en nämndmyndighet skulle bli aktuell bör samma person vara kanslichef och ordförande i nämnden. Jusek och ST vid NOU hävdar bestämt att en tillsynsmyndighet med talerätt mycket väl kan genomföras utan att ordföranden är en lagfaren domare, särskilt som den framtida tillsynsmyndigheten kan förväntas bli mycket juristtung. En myndighetschef för den framtida tillsynsmyndigheten kan kanske förväntas i första hand representera myndigheten i andra sammanhang än i domstolsprocesser.

Jusek och ST vid NOU vill även i samband med detta förslag påtala behovet av en klar fördelning av besluts- och verkställighetsbehörigheter, t.ex. i vilka klart angivna och avgränsade situationer det krävs att beslut fattas av nämnden eller efter samråd med den.

Kanslichefen/ordföranden bör därutöver begära nämndens yttrande i frågor och ärenden som denne finner lämpligt. Kanslichefen/ordföranden bör informera nämnden om frågor och remissvar som är av stor betydelse för myndigheten samt viktigare ärenden i gruppen ärenden av allmänt eller principiellt intresse.

-----

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

Datum 1999-08-26  
Ert datum  
Vå beteckning 1999/0111-22  
Er beteckning Ku 1999/1347/IM

Kulturdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **NOU:s yttrande över betänkandet Invandrare som företagare (SOU 1999:49)**

Kulturdepartementet har i remiss den 5 maj 1999 uppmanat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att senast den 10 september 1999 framföra synpunkter på förslagen eller materialet i betänkandet.

NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU begränsar sig därför till frågor i betänkandets kap. 5.5.3, som berör offentlig upphandling. Betänkandet har i denna del lagt förslagen - att NOU skall prioritera uppgiften att genomföra informationskampanjer riktade till småföretag, - att Utredningen om NOU m.m. av regeringen får som särskild uppgift att speciellt observera invandrarföretagens beroende av upphandlingsförfarandet och uppmärksamma den framväxande rollen av EG-rätten och sociala klausuler, inklusive antidiskrimineringsklausuler.

Utredningen förklarar vidare i allmänna ordalag sitt stöd för vad som angående antidiskrimineringsklausuler föreslagits i betänkandet Översyn av lagen mot etnisk diskriminering (SOU 1997:174).

Beträffande förslaget på informationskampanjer riktade till småföretagare bör observeras att NOU:s huvudsakliga verksamhetsinriktning för närvarande är att öka tillsynen över upphandlande enheter.

Betänkandet Invandrare som företagare anger sig stödja ett tidigare förslag om antidiskrimineringsklausuler, vilket av både regeringen och riksdagen inte ansågs tillräckligt väl utrett för att kunna läggas till grund för ett ställningstagande. Betänkandet för inte fram några nya förslag eller vidareutvecklar förslaget om antidiskrimineringsklausuler. NOU anser det angeläget av avvakta vad nedan angivna utredningarna kommer fram till. Vad som anges angående antidiskrimineringsklausuler bör därför i sin helhet lämnas utan avseende.

## **NOU:s kommentar**

NOU har de första verksamhetsåren haft information som en av sina huvudsakliga uppgifter. Av de senare årens regleringsbrev framgår dock klart att denna verksamhet successivt skall minska. Det bör också framhållas att NOU idag inte har näringslivet som främsta målgrupp. NOU:s huvudsakliga verksamhetsinriktning är för närvarande att öka tillsynen över upphandlande enheter.<sup>1</sup> NOU motsätter sig inte förslaget om informationskampanjer riktade till småföretagare men vill framhålla att dessa inte ryms inom nuvarande budgetramar eller står i samklang med de senaste årens verksamhetsinriktning. NOU kan upplysningsvis nämna att det inom kampanjen Gränslösa affärer ingår information och utbildning särskild riktad mot småföretagare.

Beträffande övriga förslag i betänkandet bör följande observeras. Det förväntas inom de närmaste åren komma flera utredningar och inlägg i frågan hur sociala aspekter kan beaktas vid offentlig upphandling. Särskilt bör nämnas att EG-kommissionen enligt meddelandet – Offentlig upphandling inom Europeiska unionen, som kom år 1998, har för avsikt att i ett s.k. tolkningsmeddelande förtydliga gällande principer som tillåter beaktande av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn.

Frågan hur en statlig myndighet (eller möjligen en kommun) under vissa förutsättningar skall kunna ställa krav på en leverantör att denne inte diskriminerar eller att han eller hon bedriver ett aktivt arbete för etnisk mångfald har behandlats i betänkandet Räkna med mångfald! – Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet m.m. (SOU 1997:174). Betänkandet Invandrare som företagare stödjer detta förslag och anger att sådana klausuler kan fungera som en tydlig signal och ett budskap från den offentliga sektorn att gällande diskrimineringslagstiftning skall följas.

NOU har i ett tidigare remissvar över betänkandet SOU 1997:174<sup>2</sup> ställt sig negativ till förslaget, eftersom utredningen i denna del innehöll många oklarheter samt att förutsättningarna för klausulernas användning var bristfälligt beskrivna. NOU:s huvudsakliga inställning var att förslaget i denna del till följd av de många oklarheterna borde lämnas utan åtgärd. Införandet av antidiskrimineringsklausuler borde föregås av en noggrann utredning med inriktning i första hand på klausulernas laglighet och lämplighet. Förutsättningarna för klausulernas användning behövde preciseras. Först när så har skett kan innehållet i och närmare rutiner för denna typ av klausuler utredas. NOU pekade

---

<sup>1</sup> Av regleringsbrevet för budgetåret 1999 avseende NOU(Fi 98/3401) framgår bl.a. följande: Effektmål som rör nämndens verksamhet anges vara "att effektivisera den offentliga upphandlingen". "Målet är att en ökad efterlevnad av regelsystemet bland upphandlande enheter skall nås." Angående information anges att "informationen skall vara av högst samma omfattning som under budgetåret 1998". I regleringsbrevet för budgetåret 1998 (Fi97/3670) angavs att "ambitionsnivån, särskilt när det gäller den individuella informationen, skall minskas. Information skall bl.a. lämnas i en praktisk vägledning". Som effektmål angavs "administrativt stöd av hög kvalitet till de statliga myndigheterna".

<sup>2</sup> Beslutet vid nämndsammanträde den 25 februari 1998, dnr 292/97-22.

Datum  
1999-08-26

Vår beteckning  
1999/0111-22

också på den tidsutdräkt och de kostnader som skulle kunna uppstå både för upphandlande enheter och för leverantörer.

Regeringen ansåg att antidiskrimineringsklausuler i och för sig kunde vara av intresse i arbetet med att motverka etnisk diskriminering. Ytterligare överväganden måste dock göras innan regeringen kunde ta ställning till om den borde ta något initiativ i denna fråga.<sup>3</sup> När införandet av antidiskrimineringsklausuler togs upp i riksdagsmotioner, anslöt sig arbetsmarknadsutskottet till regeringens uppfattning.<sup>4</sup>

Regeringen har nu i tilläggsdirektiv (Dir 1999:34) gett utredningen (Fi 1998:08) om översyn av NOU m.m. i uppgift att analysera möjligheterna för offentliga sektorn att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal. Uppdraget skall redovisas senast i december 2000. Närbesläktade frågor utreds vidare av Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (Dir. 1999:13).<sup>5</sup> Vissa beröringspunkter finns även med miljömässiga aspekter vid offentlig upphandling, arbetsmarknadsfrågor m.m. som utretts och utreds i flera omgångar.

Det kan slutligen påpekas att utredningen om NOU m.m. inte utreder tillsyn över NOU, såsom anges på sid. 85 i betänkandet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 26 augusti 1999, 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 efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

## NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

<sup>3</sup> Proposition 1997/98:177 Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

<sup>4</sup> Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1998/99:AU4. I motion 1997/98:A67 yrkande 13 av Gudrun Schyman m.fl. (v) innebär krav på en utredning med uppdrag att lämna förslag om hur en ordning med antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling skall genomföras. I motion 1998/99:A2 yrkandena 1 och 2 av Yvonne Ruwaida (mp) sägs att riksdagen hos regeringen bör begära förslag till ändring i lagen om offentlig upphandling som går ut på att statliga myndigheter skall åläggas att införa antidiskrimineringsklausuler i avtal med leverantörer av varor och tjänster.

<sup>5</sup> Jfr. även Arbetsmarknadsdepartementets förstudie Jämställdhetsmärkning, konsumentmakt för ett jämställt samhälle, Ds 1998:49.

Regeringskansliet  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Betänkandet Kommunala finansförbund, SOU 1998:72

### Sammanfattning

NOU:s yttrande över betänkandet Kommunala finansförbund, SOU 1998:72, begränsas till de frågor som har en tydlig koppling till lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU, senast ändrad genom SFS 1997:1068). NOU utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § LOU.

Av betydelse i samband med offentlig upphandling är EG-fördraget och EG:s direktiv om offentlig upphandling, dessa regler har införlivats med svensk rätt genom LOU (se avsnitt 7.1). Enligt LOU är kommunala finansförbund s.k. upphandlande enheter (se avsnitt 12.1). Upphandlande enheters avtal skall normalt föregås av upphandling i enlighet med LOU. Det kommunala finansförbundet är en självständig juridisk person i förhållande till sina medlemmar (kommuner och landsting). Organisationerna är olika juridiska personer vilket innebär att kommuners och landstings avtal med ett kommunalt finansförbund skall ha föregåtts av upphandling i enlighet med LOU (se avsnitt 12.4). Av betydelse i samband med offentlig upphandling är även reglerna om överprövning och skadestånd enligt LOU (se avsnitt 12.12).

### Avsnitt 7 Europeiska gemenskapen och Europarådet

Utöver de gemenskapsrättsliga regler som utredningen har beaktat vad gäller hur kommunala finansförbund förhåller sig till EG-rätten, måste enligt NOU även gemenskapsrättens regler (EG-fördraget och EG:s upphandlingsdirektiv) och de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, genomsynlighet<sup>1</sup>, proportionalitet och ömsesidigt erkännande beaktas.

---

<sup>1</sup> transparens

## **Avsnitt 7.1**

### **EG-rättens regler om konkurrens och statsstöd**

#### **7.1.1 Inledning**

Enligt artikel 2 i EG-fördraget är ett av de övergripande målen med gemenskapen att upprätta en gemensam marknad. För detta mål fyller, utöver de regler som utredningen anger, EG:s direktiv om offentlig upphandling en viktig funktion. Även dessa regler skall bl.a. säkerställa att konkurrensen inte snedvrids i samband med den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden. Sverige har införlivat dessa regler med svensk rätt genom LOU.

## **Avsnitt 10.2**

### **Allmänt om värdet av finansiell samverkan**

I senare delen av avsnittet anger utredningen alternativa lösningar för hur kommuner och landsting kan skaffa sig erforderlig finansiell kompetens och erfarenhet. Bl.a. anges att kommuner och landsting var för sig kan köpa de finansiella tjänsterna av banker eller andra finansiella institut och alternativt, att kommuner och landsting i samverkan (dvs. genom kommunala finansförbund) kan köpa samma tjänster från de finansiella instituten. NOU vill tydliggöra att det härvidlag inte föreligger någon skillnad vad gäller LOU:s tillämplighet. Kommuners och landstings köp av (finansiella) tjänster liksom kommunala finansförbunds köp av (finansiella) tjänster omfattas av LOU då dessa organisationer är upphandlande enheter. Även kommunala finansförbunds upphandling av tjänster skall således göras på ett icke diskriminerande sätt, med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt (1 kap. 4 § LOU). När det gäller relationen mellan kommunala finansförbund och dess medlemmar, se vidare avsnitt 12.1 och 12.4.

## **Avsnitt 12**

### **Samverkan i kommunala finansförbund**

#### **Avsnitt 12.1 Inledning**

Utredningen föreslår kommunala finansförbund som offentlighetsrättslig form för samverkan mellan kommuner och landsting. Medlemskapet skall vara förbehållet kommuner och landsting och finansförbundet skall vara en självständig juridisk person med egen rättshandlingsförmåga. Som NOU nämnt ovan (avsnitt 10.2) är *kommunala finansförbund upphandlande enheter* enligt LOU. Definitionen av upphandlande enhet i 1 kap. 5 § LOU innefattar även sammanslutningar av upphandlande enheter bl.a. kommuner och landsting.

Två eller flera upphandlande enheter (t.ex. kommuner och/eller landsting) måste kunna vidta åtgärder tillsammans eller kunna äga utrustning tillsammans (något slags samprojekt). Om detta projekt bildar en egen juridisk person uppstår problemet att LOU inte tillåter köp från denna

juridiska person utan att köpet föregåtts av upphandling i enlighet med lagstiftningen.

#### **Avsnitt 12.4**

### **Relationen mellan förbundet och dess medlemmar**

Enligt utredningen skall de kommunala finansförbundens uppgift vara att erbjuda sina tjänster åt medlemmarna (kommuner och landsting) i konkurrens med andra aktörer på marknaden. Detta illustreras med ett exempel som visar förfarandet när en medlemskommun tar upp ett lån. Det anges att den efterfrågade krediten får upphandlas. NOU utgår härvidlag ifrån att denna upphandling sker i enlighet med LOU. Emellertid ger den fortsatta beskrivningen av förfarandet intryck av att så ej är fallet. I utredningen anges "Efter sedvanliga förhandlingar skall kommunen fritt kunna välja om man skall låna av förbundet eller av någon av de andra som har erbjudit sig att lämna den efterfrågade krediten." NOU vill härmed klargöra att valet av leverantör endast kan ske i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Något "fritt val" av leverantör är således inte förenligt med LOU.

Vidare anges att förbundsmedlemmarna genom särskilda överenskommelser kan ge förbundet i uppdrag att utföra vissa tjänster åt dem. Som exempel anges att förbundet genom avtal kan få i uppdrag att utföra kapitalförvaltningstjänster. NOU vill härmed tydliggöra att även dessa avtal skall föregås av upphandling enligt LOU.

Avslutningsvis berör utredningen i detta avsnitt LOU samt NOU:s regeringsuppdrag avseende LOU:s tillämplighet vad gäller kommuners och landstings köp från sina företag. NOU vill härmed förtydliga att en tolkning av EG-direktiven, som innebär att det skulle vara möjligt för kommuner och landsting att utan ett upphandlingsförfarande ingå avtal med sina helägda företag förutsatt att företaget endast levererar till ägaren, inte förefaller tillämplig avseende relationen mellan ett kommunalt finansförbund och dess medlemmar. Att utvidga tolkningen av direktiven till att även omfatta samverkansorgan är enligt NOU:s uppfattning ej förenligt med EG-kommissionens och tillfrågade medlemsländers resonemang avseende helägda företag som uteslutande levererar till sin enda ägare. Som samverkansorgan har ett kommunalt finansförbund mer än en medlem/ägare och förutsätts tillhandahålla sina tjänster till samtliga medlemmar/ägare.

I EG-domstolen ligger för avgörande den 10 november 1998 ett för frågeställningen intressant mål, BFI HoldingBV./. Arnhems och Rhedens kommuner, mål nr C-360/96.



Tolkningen av vad som innefattas avseende finansiella tjänster i EG:s direktiv (92/50/EEG) för upphandling av tjänster är för närvarande föremål för diskussion på EU-nivå<sup>2</sup>.

NOU är av den uppfattningen att om det ovan (avsnitt 12.1) nämnda projektet bildar en juridisk person som eventuellt även konkurrerar på marknaden om uppdrag utanför ägargruppen, tillåter inte LOU och sannolikt inte heller upphandlingsdirektiven att kommuners och landstings köp sker utan upphandling i enlighet med direktiven.

## **Avsnitt 12.12**

### **Frågan om laglighetsprövning**

Enligt utredningen skall beslut som fattas av kommunala finansförbund inte kunna överklagas. Utredningen har framhållit att det vid finansiell verksamhet av förevarande slag knappast är tillrådligt med en ordning som innebär att exempelvis förbundsstyrelsens placerings- eller upplåningsbeslut kan bli föremål för laglighetsprövning i domstol. Enligt utredningens mening skulle ett överklagandeinstitut avsevärt begränsa förbundens möjligheter att bedriva en effektiv verksamhet. NOU vill uppmärksamma utredningen på att finansiella tjänster bl.a. bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar omfattas av EG:s direktiv för upphandling av tjänster. (Undantagna är tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument, förvaltning av statsskulden och sådana tjänster som utförs av Sveriges riksbank.) Beslut i samband med upphandling kan ej överklagas genom laglighetsprövning. Däremot omfattas kommunala finansförbunds upphandling av LOU och lagens regler om överprövning och skadestånd i 7 kap. LOU. Dessa regler motsvarar EG:s rättsmedelsdirektiv (89/665/EEG och 92/13/EEG). Av direktivtexterna framgår bl.a. att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas enligt de förutsättningar som anges i respektive direktiv. Enligt 7 kap. 5 § LOU får ett beslut på vilket LOU är tillämplig inte överklagas med stöd av bl.a. 10 kap. kommunallagen.

## **Avsnitt 13**

### **Sekretess**

#### **Avsnitt 13.1 Inledning**

Det är NOU:s uppfattning att snarare krävs en ökad öppenhet i samband med offentlig upphandling enligt LOU, jfr UNIX-domen (mål nr C-359/93) där frågan ytterligare belyses. Statliga och privata bolag som är upphandlande enheter borde i upphandlingssammanhang följa

---

<sup>2</sup> Enligt kallelsen till mötet i Rådgivande kommittén den 6 november 1998 kommer bl.a. finansiella tjänster att behandlas. I kommissionens meddelande den 11 mars 1998 (KOM (98) 143) anges under punkten 2.1.3 "Förtydliganden och kodifiering" bl.a. att kommissionen avser att genom ett tolkningsdokument förtydliga vilka tjänsteupphandlingar som omfattas av direktivet, särskilt när det gäller bl.a. finansiella tjänster.

Tryckfrihetsförordningen och Sekretesslagen. Möjligheterna att begära överprövning och skadestånd förutsätter att en leverantör kan ta del av dokumentationen i upphandlingsärendet.

### **Avsnitt 13.2**

#### **Sekretess till skydd för enskilda ekonomiska förhållanden**

Utredningen föreslår att sekretessbestämmelserna i 8 kap. 8 § SekrL (1980:100) vidgas och förstärks och konstrueras med ett s.k. omvänt skaderekvisit. NOU är av den uppfattningen att en lagändring som innebär en sådan begränsning för leverantörer att ta del av dokumentationen i ett upphandlingsärende ej är förenlig med EG:s rättsmedelsdirektiv.

Utöver de sekretessregler som utredningen tar upp vill NOU härmed påtala sekretessen i 8 kap. 10 § SekrL som gäller till skydd för enskilda intresse, i samband med upphandling främst leverantörerna.

### **Avsnitt 13.3**

#### **Sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intressen**

Förutom de sekretessregler som utredningen tar upp vill NOU härmed påtala sekretessen i 6 kap. 2 § SekrL, som gäller till skydd för det allmännas intresse, i samband med upphandling för s.k. upphandlande enheter.

---

Beslut om utformningen av detta ärende 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 juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur.kand. Marie-Louise Falck. Beslutet har expedierats i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Enligt NOU:s beslut

Marie-Louise Falck



[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

1998-02-25 dnr 292/97-22

## **Betänkandet Räkna med mångfald! Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbet (1997:174)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har av Regeringskansliet anmodats att yttra sig över rubricerade betänkande. NOU koncentrerar sig på de förslag som berör offentlig upphandling, dvs. det som anförs under avsnitt 7.2.1 Antidiskrimineringsklausuler i avtal om offentlig upphandling.

**NOU:s huvudsakliga inställning till förslagen i avsnitt 7.2.1 är att förslagen till följd av de många oklarheter som råder tills vidare bör lämnas utan åtgärd.**

**Om några åtgärder övervägs beträffande antidiskrimineringsklausuler bör dessa föregås av en noggrann utredning med inriktning i första hand på klausulernas laglighet och lämplighet. Förutsättningarna för klausulernas användning måste preciseras. Först därefter kan innehållet i och närmare rutiner för denna typ av klausuler utredas.**

### **NOU:s motivering**

Förslaget till lag mot etnisk diskriminering innebär att lika rätt oavsett etnisk tillhörighet skall gälla i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet. Lagförslaget syftar till att förbättra främst etniska minoriteters ställning i arbetslivet och berör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Betänkandets kapitel 7.2.1, innehåller förslag som reglering av andra förhållanden än som hänför sig till arbetslivet. Förslaget om att statliga myndigheter åläggs att vid upphandling i största möjliga utsträckning ta in s.k. antidiskriminerings- eller mångfallsklausuler berör reglerna i lagen om offentlig upphandling (LOU) och civilrättsliga förhållande mellan en upphandlande enhet och en privat juridisk person.

Förslaget om klausuler måste vidare klargöras på flera väsentliga punkter. Klausulernas laglighet och lämplighet måste utredas. En utredning om innehållet i och närmare rutiner för användningen av denna typ av klausuler bör anstå tills vidare.

NOU:s grundläggande inställning är således att förslagen i kap. 7.2.1 inte för närvarande bör leda till några åtgärder med anledning av införandet av lagen mot etnisk diskriminering i arbetslivet. För det fall regeringen överväger att redan i samband med regleringen av etnisk diskriminering i arbetslivet vidta några åtgärder avseende införandet av antidiskrimineringsklausuler i samband med offentlig upphandling, bör följande beaktas.

### **Okklarheter i förslaget**

Förslaget till antidiskrimineringsklausuler faller utanför den i lagförslagets 1 och 2 §§

angivna begränsningen till arbetslivet. Det är dessutom inte klart om förslaget om antidiskrimineringsklausuler avser

- endast statliga myndigheter (kommuner nämns flera gånger)
- endast varor och tjänster (men inte byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna)
- statliga bolag och affärsdrivande verk

Förslaget anger inte heller närmare

- hur en upphandlande enhet kan säkerställa att leverantören aktivt arbetar med etnisk mångfald i förhållande till sina anställda
- vilka grunder som gäller för att i förfrågningsunderlaget kunna ange och i avtalet ta in förutsättningar för leverantörens aktiva arbete med etnisk mångfald i förhållande till anställda och att leverantören inte gör sig skyldig till etnisk diskriminering
- vilka förutsättningar som gäller för att säga upp avtalet och kräva skadestånd
- vilka överträdelser som kan medföra skadeståndskrav eller hävning
- vem som skall kontrollera och bedöma att sådan diskriminering eller åtgärd inte förekommit i leverantörens förhållande till anställda
- hur skall de utländska anbudsgivarna visa att de uppfyller klausulens krav
- vilka krav får ställas på en underleverantör
- hur skall staten kontrollera att de upphandlande enhet följer upp kraven i de slutna avtalen (det finns förmodligen 10 000 upphandlande enheter).

NOU anser att förslaget redan på grund av dessa oklarheter inte kan föranleda några åtgärder utan att frågan om antidiskrimineringsklausulernas införande grundligt utreds.

### **Förslagets laglighet**

Förslaget anger att statliga myndigheter uppmanas eller åläggs en skyldighet att i upphandling säkerställa att leverantören aktivt arbetar med etnisk mångfald i förhållande till sina egna anställda eller inte gör sig skyldig till brott mot diskrimineringsförbud i lag. Detta skulle i praktiken ske genom att dels i förfrågningsunderlag ange och dels i avtalsförslaget som förutsättning för att ingå avtal ta in vissa krav som föreskrivs i lag och dels betrakta diskriminering som ett väsentligt kontraktsbrott som medför rätt att häva avtalet och kräva skadestånd.

Det är tveksamt i vilken utsträckning de nu föreslagna klausuler får användas Allmänna EG-rättsliga principer om ickediskriminering p.g.a. nationalitet (art. 6), likabehandling, öppenhet (transparens) och ömsesidigt erkännande p.g.a. sin natur är tillämpliga vid alla situationer där offentlig upphandling och liknande kontrakt är involverade. Nämnade principer leder till att inköparna måste behandla samtliga anbudsgivare som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget lika vid upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena. (Vissa lagstadgade undantag finns över tröskelvärdena vid val av anbudssökande vid selektiv och förhandlad upphandling). NOU anser att dessa principer, i vart fall i samband med offentlig upphandling, bättre än de föreslagna klausulerna tillgodoser kraven i artiklarna 2 och 6 Romfördraget.

Syftet att främja etnisk mångfald får inte innebära att det skapas en källa till andra typer av diskriminering. I betänkandet (sid. 267) anförs att det är endast omständigheter som rör anbudsgivarens förmåga att *utföra arbetet* som är relevanta vid bedömningen av om en leverantör enligt 1 kap. 17 § LOU kan uteslutas från att delta i upphandlingen. De ställda kraven måste också stå i proportion till det som skall upphandlas. Uteslutning p.g.a. allvarligt fel i yrkesutövningen förutsätter dessutom enligt paragrafens nuvarande lydelse att den upphandlande enheten *kan visa detta*.

Det är inte uteslutet att i samband med offentlig upphandling beakta även arbetsmarknads- och sociala aspekter. EG-kommissionen anger i Grönboken om offentlig upphandling (avsnitt 5.41 - 5.43) att det *indirekt* är möjligt för upphandlande enheter att söka nå sociala mål genom att från upphandlingsförfarandet utesluta anbudssökande, som inte skulle ha iakttagit en lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. "En andra möjlighet består i att ställa, såsom villkor som skall gälla under avtalstiden, krav av social karaktär. Dessa kan till exempel avse att främja anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier. *Bedömningen av ett sådant villkor bör äga rum utanför själva upphandlingsförfarande. (...) Direktivens bestämmelser tillåter inte att de nu aktuella hänsyn tas i de faser i anbuds-förfarandet då anbudsgivarnas eller anbudssökandenas lämplighet kontrolleras och då anbuden prövas.*"

EG-kommissionären Mario Monti uppgav i december 1997 vid en konferens i Bryssel att majoriteten av de som yttrat sig över grönboken betonade dels att ett klargörande om de regler som gäller på området kan behövas, dels att positiv diskriminering vid tilldelning av kontrakt *inte* är den väg man vill tillämpa på området.

Ur EG-rättslig synvinkel är det ovidkommande om en diskriminerande åtgärd vidtas med stöd av en nationell lagregel, kommunalt beslut eller liknande. Det avgörande är *effekten* av åtgärden.

I Beentjes-fallet (C 31/87, REG 1988, sid. 4635) fann EG-domstolen att det var förenligt med direktivet att i ett upphandlingskontrakt ta in krav på leverantören att anställa långtidsarbetslösa under förutsättning att kravet inte hade en direkt eller indirekt diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra medlemsstater och att dessa speciella krav hade ställts redan i förfrågningsunderlaget. EG-domstolen har vidare uttalat sig om särbehandling av geografiska skäl. I domen C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale No 2 di Carrara, REG 1990, sid. 889, hade den upphandlande enheten i enlighet med italiensk nationell lagstiftning förbehållit företaget belägna i södra Italien en andel om 30 % av de beställningar som omfattades av upphandlingen. Lagstiftningen hade tillkommit som en åtgärd att befärma tillväxten och att skapa arbetstillfällen i regionen. EG-domstolen fann att reglerna i den italienska lagstiftningen stod i strid med art. 30 i fördraget. (I domen C-360/89, Kommissionen mot Italien, REG 1992, sid. 3401, fann domstolen samma förfarande gällande upphandling av en byggentreprenad stå i strid med art. 59 i fördraget).

LOU gäller dessutom även köp från andra länder än medlemsstaterna i EU, EES och de som ingår i Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling (GPA).

Följden av det ovan sagda är att en upphandlande enhet inte får ställa några krav vars effekt är direkt eller indirekt diskriminerande för anbudsgivarna. Slutlig ställning till en klausuls laglighet får därför tas först när sådan utformas och dess effekt i den aktuella upphandlingen kan bedömas. Alla krav som ställs på leverantören eller upphandlingen i övrigt måste framgå av förfrågningsunderlaget eller annonsen i EGT. Enligt 1 kap. 17 § andra stycket LOU får en upphandlande enhet begära upplysningar endast om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella och ekonomiska ställning.

Vad gäller upphandlingar under tröskelvärdena (och enligt försörjningsdirektivet) är inte de krav som får ställas på leverantörer begränsade till teknisk förmåga, kapacitet och finansiell och ekonomisk ställning. Enligt 6 kap. 12 § skall dock den upphandlande enheten alltid ange i förfrågningsunderlaget vilka omständigheter som

kommer att tillmätas betydelse *vid anbudsprövningen*. De skall dessutom rangordnas om så är möjligt.

NOU ifrågasätter därför om kraven, som ställs utan en praktisk möjlighet till användning vid kvalificeringen av anbudsgivare eller utvärderingen av anbud, är affärsmässiga. (Kravet på affärsmässighet återfinns endast i LOU, inte i EG-direktiven.)

De utländska leverantörernas möjlighet att delta i upphandlingen och teckna avtal innehållande de ifrågavarande tilläggskrav om etnisk diskriminering m.m. bör utredas. Även leverantörens skyldighet att acceptera tilläggskraven och en upphandlande enhets möjligheter att ställa krav på underleverantörer måste belysas närmare.

Användningen av ifrågavarande klausuler bör med hänsyn till det ovan anförda inte utgöra någon skyldighet för den upphandlande enheten och det är tveksamt om den bör rekommenderas och standardiseras.

#### Likabehandling av leverantörer och uppföljning

Av lagförslaget och betänkandet i övrigt framgår att bedömningarna av de olika definitioner, påföljder och tillsynen av lagens efterlevnad kräver kvalificerad tolkning och övervägande. Dessa skall fullgöras av Ombudsmannen mot etnisk diskriminering och Nämnden mot etnisk diskriminering, således specialister på området. Samtidigt föreslås att flera tusen inköpare skall göra i stort sett samma bedömningar i samband med upphandling och uppföljning av slutna avtal. Inköparna kommer inte att ha tillgång till nödvändiga handlingar, kan inte hålla några muntliga förhandlingar och måste agera under stark tidspress. Att under sådana förutsättningar ålägga inköparna att göra dessa överväganden kan strida mot bestämmelserna i 1 kap. 4 § LOU om affärsmässighet och behandling utan ovidkommande hänsyn. Att dessutom förbehålla sig rätten att häva avtal även utan en lagakraftvunnen dom får anses strida mot rättssäkerheten.

Av betänkandet framgår inte heller vilka och hur allvarliga lagöverträdelser som kan medföra väsentliga kontraktsbrott som medför rätt att häva avtalet och kräva skadestånd. Risken för skadestånd p.g.a. avtalsbrott utgör därför ett osäkerhetsmoment för den upphandlande enheten.

NOU anser inte att antidiskrimineringsklausuler bör förenas med rätt att häva avtalet och kräva skadestånd. Om en upphandlande enhet emellertid sätter in en sådan klausul i avtalet måste den även följa upp dess efterlevnad och vara beredd att vid behov häva avtalet. Det skulle vara stötande om någon eller några anbudsgivare på grund av klausulen avstått från att lämna in anbud och det sedan visat sig att den upphandlande enheten inte kontrollerat klausulens efterlevnad hos den som erhållit kontraktet. Enheten får inte heller avstå från att häva avtalet och begära skadestånd. Dels för att den merkostnad klausulen föranleder förmodligen ingår i anbudspriset, dvs. enheten har betalt för sin rätt att få genomdriva dess efterlevnad och leverantörens risk för hävning och skadestånd. Dels är det inte acceptabelt att de leverantörer som inte kan uppfylla klausulens krav avstår från anbudsgivningen medan en mindre samvetsgrann leverantör kan erhålla kontraktet utan att riskera de stipulerade påföljderna.

#### Jämförelser med jämställdhetsklausuler

NOU har redan uttalat att uppgifter om jämställdhet hos leverantören kan normalt inte falla inom ramen för de upplysningar den upphandlande enhet kan begära om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella och ekonomiska ställning och måste därför anses vara ett med LOU oförenligt krav som inte får påverka kvalificering eller anbudsprövning i upphandlingar över tröskelvärdena. Om uppgifter ändå begärs in föreligger självfallet den risken att en leverantör som inte har någon jämställdhetsplan kan komma att avhålla sig från att inge anbud på grund av kravet.

#### Möjlighet att ålägga andra upphandlande enheter än statliga myndigheter skyldighet att använda sig av klausuler

Upphandlingsreglerna omfattar många upphandlande enheter som inte lyder under offentlig rätt, bl.a. inom försörjningssektorerna (4 kap. LOU). Många upphandlingar görs vidare av kommuner/landsting och dess bolag. Om betänkandets förslag omfattar även dessa upphandlande enheter måste kraven på klausulerna bli föremål för utredning och klargöranden med hänsyn till den grundlagsskyddade kommunala självstyrelsen och beträffande de privata bolagen.

#### **Förslagets lämplighet**

##### Rimliga kostnader

Det kan ifrågasättas om de föreslagna klausulerna tjänar sådant praktiskt syfte att det motiverar merarbete och ökade kostnader för de upphandlande enheterna och leverantörerna. Att kontrollera efterlevnaden av lagregler om olika diskrimineringsgrunder som etnisk tillhörighet, kön m.m. bör ankomma på myndigheter och inte tynga själva upphandlingsprocessen, leveranskontroll och en affärsmässig uppföljning.

#### Upphandlingsreglerna bör inte kompliceras ytterligare genom införandet av nya krav

NOU har i sitt svar på EU-kommissionens grönbok om offentlig upphandling uppgivit följande.

"Många upphandlande enheter tycks tillämpa dagens regelverk motvilligt, förmodligen eftersom reglerna uppfattas som alltför detaljerade, tidskrävande och komplicerade. Reglerna anses inte heller ta tillräcklig hänsyn till att den upphandlande enheten får valuta för pengarna. Även leverantörerna anser att regelverket är alltför omfattande och komplicerat, vilket i sig begränsar antalet anbud och fördyrar processen. Vidare är leverantörerna, främst de små och medelstora företagen (SMEs), fortfarande ovana att lämna anbud, i synnerhet till utländska upphandlande enheter. I en situation då upphandlingsreglerna uppfattas mer som ett ok än som ett effektivt sätt att göra affärer, ökar risken för att parterna medvetet försöker kringgå regelverket."

Regeringen, som överlämnat NOU:s yttrande till EG kommissionen, har anfört att nämndens synpunkter i allt väsentligt sammanfaller med regeringens bedömning. NOU anser det därför inte lämpligt att nu komplicera regelverket ytterligare med de i betänkandet framförda förslag.

NOU avstyrker därför betänkandets förslag i kapitel 7.2.1 och anser att upphandlingen inte bör användas till att genomdriva den i sig behjärtansvärda målsättningen med ökad etnisk mångfald.

---

Beslut i detta ärende har fattats vid nämndsammanträde den 25 februari 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, inköpschefen Tomas Axi, 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. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Nämnden för offentlig upphandling

Michael Slavicek

[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m.](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se





[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

1998-02-16 dnr 301/97-22

## **Nämndens för offentlig upphandling synpunkter på Riksdagens revisorers rapport Offentlig upphandling**

### **NOU:s huvudsakliga inställning till framlagda förslag**

#### **NOU tillstyrker framför allt följande förslag i rapporten**

- \* att offentlig upphandling blir föremål för en samlad översyn
- \* att LOU och lagen om ingripande mot otillbörligt beteende sammanförs till en lag så att alla upphandlings-förfaranden täcks av samma lag
- \* att rättsmedel skapas som i praktiken möjliggör ingripande i de fall när upphandlingsreglerna t.ex. otillåten direktupphandling, otillåten förlängning av avtal eller bristande annonsering
- \* att NOU och branschorganisationer ges talerätt i domstol, i vart fall såvitt avser överprövning
- \* att det införs en skyldighet för upphandlande enheter att på NOU:s begäran rapportera vilka vidtagit med anledning av NOU:s påpekanden.
- \* att överprövningsmål samlas i ett mindre antal domstolar. Därvid bör göras även en förnyad analys av möjligheten till att överprövningsmål, skadeståndsmål och mål enligt nuvarande lag om otillbörligt beteende prövas av en och samma domstols-organisation.
- \* att ökat samarbete om upphandlingsfrågor skapas inom regeringskansliet

#### **NOU anser**

- \* att NOU bör bestå som självständig myndighet och förstärkas
- \* att en praktisk vägledning kan åstadkommas grundad på hittills utkommen information från
- \* att NOU även i fortsättningen lyder under finansdepartementet vars resurser för bevakning av upphandlingsfrågor förstärks

#### **NOU anser att tunga skäl talar mot**

- \* att tillsyn, information och strategiutveckling läggs på flera olika myndigheter eller partsamman (såsom rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, Konkurrensverket nuvarande kompetens vid NOU:s kansli därmed splittras
- \* att regeringen inom EU-arbetet verkar för att enhetliga regler skall inkludera försörjningssektorn

Riksdagens revisorers rapport är ett välbehövligt initiativ till granskning av den offentliga upphandlingen. NOU anser dock att rapporten i flera avsnitt uppvisar felaktigheter beträffande såväl upphandlingsreglerna som andra myndigheters roller, verksamheter och organisation. Vissa påståenden är missvisande eller kan vara missvisande. För att rapporten skall kunna läggas till grund för en fortsatt konstruktiv diskussion är vissa tillrättalagda kommentarer därför nödvändiga. De avsnitt i rapporten som enligt NOU:s uppfattning inte är helt korrekta kommenteras i *en särskild handling som kommer att sändas till Riksdagens revisorer inom kort.*

I detta yttrande kommenterar NOU huvudsakligen de konkreta förslag på åtgärder som Riksdagens revisorer föreslagit i rapportens kap. 14.

## Behov av översyn av LOU

NOU anser i likhet med revisorerna att offentlig upphandling bör bli föremål för en samlad och heltäckande översyn.

En av de mest grundläggande frågorna när det gäller effektivitet och reglernas efterlevnad i offentlig upphandling är om LOU är den lämpligaste lösningen för den införlivning som krävs av EG-direktiven på området, eller om övrigt och GPA-avtalet eller om andra vägar bör prövas i framtiden. En översyn bör inkludera denna fråga.

Det är därvid väsentligt att beakta förhållandet mellan EG-direktiven och LOU. Det förhållande att LOU och 7 bygger på EG-direktiven och att dessa, i vart fall avseende flertalet regler, har direkt effekt (jfr. Regeringsrättens refererade avgörande RÅ 1996:50 att bestämmelsen i EG-direktivet skall ges företräde över regeln i LOU) och kan åberopas av enskilda, har medfört att Sverige har ett tungt system med dubbla och komplicerade tolkningsfrågor. Därtill kommer att lagen inom kort skall kompletteras med 3 nya förordningar (tröskelvärdesförordningen). LOU har ändrats sex gånger. Den senaste ändringen innebar att 60 paragrafer och 16 nya har tillkommit. En sjunde lagändring har förutskickats inom en nära framtid. När nya tolkningsfrågor i EG-domstolen kan detta leda till att ytterligare ändringar erfordras. Risken för att de svenska förarbetena missvisande måste också beaktas vid bedömning av lämplig införlivningsmodell. Exempel på felaktiga förarbeten, bl.a. beträffande definitionerna av begreppen upphandlande enhet samt "annan tjänst" bland B-

Bland frågor som är föremål för prövning i EG-domstolen kan nämnas rätten att använda olika typer av ramavtal (framework agreements) inom den klassiska sektorn, tolkning av begreppet upphandlande enhet (bodily person) i offentlig upphandling (public law) och köp från egna bolag. Ytterligare direktivändringar med påföljande lagändringskrav kan komma att till följd av arbetet efter EG-kommissionens grönbok om offentlig upphandling (The Commission's Communication on Public Procurement in the European Union). Stora problemkomplex som kommer att bli föremål för prövning i EU är bl.a. frågorna om förhandlingar, privatisering, tjänstekoncessioner och telekommunikationer.

NOU har tidigare, i skrivelse till regeringen, föreslagit att LOU ses över och att en mer direktivnära lösning förhållande mellan de direktivstyrda reglerna och 6 kap. LOU är inte helt klart. Utanför det direktivnära området hamnar bl.a. de i 5 kap. 1 § 2 st. nämnda undantagen. Hur gränserna skall dras och huruvida lagstiftaren skall utvärdera dessa undantag inte heller skall omfattas av lagens 6 kap. är emellertid oklart. Andra svåra gränsdragningar uppstår vid olika kombinationer av nyttjanderätt till fast egendom i förening med anskaffning av tjänster. Dessa gäller kombinationer av försäljning och anskaffning.

EG-rätten kan påverka även tolkningen av de områden som inte direkt regleras i direktiven. EG-kommissionen framhåller (Grönbok - Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: Överväganden inför framtiden) att principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande p.g.a. sin tillämplighet vid alla situationer där offentlig upphandling och liknande kontrakt är involverade. Vad de exempelvis för upphandlingar under tröskelvärdena behöver ytterligare belysas.

Med hänsyn till regeringens beslut om att genomföra en översyn av 6 kap. LOU och NOU finner NOU att i huvudsak hänföra synpunkter på NOU:s konstruktion och uppgifter till detta senare tillfälle. NOU har redan nu framfört följande. En viktig fråga för utredningen är om den valda lösningen med NOU som nämndmyndighet är den mest ändamålsenliga. Rapporten ger intrycket av att så inte är fallet. Detta framgår av de lämnade förslaget om att en ny fristående organisation bör skapas eller att kansliet skall ingå i Konkursverket. Den slutsatsen förefaller också kunna dras att tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt Riksdagens beslut inte bör utövas av en nämndmyndighet.

Utgångspunkten för NOU:s fortsatta diskussion är att NOU består som organisation.

NOU har fått sin konstruktion som nämndmyndighet med anledning av att den skulle ha tillsyn även över kommunala upphandlingar (kommuner, landsting, kyrkliga församlingar, ca. 1 200 enheter, kommunala landstingsbolag, ca. 1 600 enheter) och upphandlingar som görs av vissa statliga och privata bolag som särskilt tillstånd. Rapporten diskuterar inte vad som nu skulle göra det möjligt att lägga tillsynsfunktionen på en statlig myndighet utan nämndorganisation. Rapporten beaktar inte heller att NOU:s inordning i Konkursverket

diskuterades redan inför myndighetens inrättande. Det framgår inte om de överväganden som då ledd alternativet förkastades inte längre gäller.

Hur NOU bör vara konstruerat i framtiden är givetvis beroende av vilka uppgifter nämnden skall få.

### **Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (otillbörlighetslagen) bör upphävas eller inarbetas i LOU**

NOU har i tidigare remissvar till utredningar som föregått förslag som lagts avseende lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (otillbörlighetslagen) påpekat att en sådan reglering borde ha inordnats i LOU. NOU anser fortfarande att det är olyckligt att det finns två lagar på området förhållande att två olika myndigheter tolkar lagen och tre olika domstolsorganisationer dömer i upphandlingsmål förvirrande för aktörerna på marknaden. För en sammanslagning av lagarna talar även att två departement, finans- och närings- och handelsdepartementet, nu är inblandade. Otillbörlighetslagens tillämpning är avhängig av tolkningen av bestämmelserna i LOU, vilket resulterat i att Konkurrensverket vid flera tillfällen yttrande från NOU för att kunna avgöra om de inkomna klagomålen kan bedömas enligt otillbörlighetslagen tillstyrker förslaget att de två lagarna sammanförs till en och ställs under en och samma myndighets tillämpning.

### **Nya rättsmedel**

För att effektivare komma till rätta med åsidosättande av upphandlingsreglerna krävs nya rättsmedel. Det bör göras möjligt att ingripa mot otillåtna direktupphandlingar. Andra beteenden, vid sidan av otillåtna direktupphandlingar, som är svåra att angripa är förlängning och omförhandling av avtal och bibehållande av löper tills vidare utan någon konkurrensutsättning t.ex. till följd av en "automatisk" förlängningsklausul. Vid framförde kravet på bättre sanktioner i dessa avseenden i en skrivelse till regeringen i februari 1995. Detta fastställande av vilka organisationer som är upphandlande enheter bör utredas. Detta har likaså påpekat av Regeringskansliet.

### **Åtterrapporing med anledning av yttranden från NOU.**

NOU ställer sig positiv till förslaget om införandet av en skyldighet för en upphandlande enhet att rapportera åtgärder den upphandlande enheten vidtagit med anledning av NOU:s påpekanden.

### **Talerätt för NOU och branschorganisationerna bör övervägas**

NOU instämmer med Riksdagens revisorer i att en talerätt för tillsynsmyndigheten ger denna en större trovärdighet. NOU har också sett en sådan befogenhet som nära nog nödvändig för att utveckla en mer effektiv tillsynsverksamhet. Däremot har NOU, sedan behov av grundläggande information har uttryckt sett behovet av bättre sanktionsmöjligheter som en förutsättning och ett första steg i en process mot branschorganisationerna att en talerätt först som ett andra steg.

NOU vill också påpeka att det i prop. 1992/93:88 särskilt betonas att talerätt inte ansågs lämpligt inför införandet av en talerätt för NOU. Behovet av sådan senare skulle övervägas.

### **Domstolsprövning**

NOU har i ett yttrande avgivet den 7 februari 1997 angående promemorian 1996-12-20 Ändringar i lagen om offentlig upphandling (1992:1528) om offentlig upphandling såvitt avser bestämmelserna över tröskelvärdena anfört följande:

"NOU har konstaterat att det ännu inte utbildats någon enhetlig praxis i upphandlingsmål. NOU:s uppfattning är att flera likartade ärenden har lett till helt olika domslut. Det bör därför övervägas samband med den allmänna översynen av LOU om inte målen enligt denna lag av rättssäkerhet koncentreras till ett mindre antal domstolar. En jämförelse bör därvid göras särskilt med Danmark och Finland. En lämplig åtgärd är i vart fall att målen lottas på och avgörs av ett mindre antal domstolar."

så sätt förvärvar en fördjupad erfarenhet av måltypen. Det sistnämnda skulle i avvaktan på över rimligen kunna genomföras omedelbart. Det är angeläget att så snabbt som möjligt åstadkomma enhetlig praxis inom ett så komplicerat och ibland svårtolkat område. Ett övervägande enligt ov inte leda till att handläggningstiden för upphandlingsmål blir längre."

NOU vidhåller sitt ställningstagande och tillstyrker att överprövningsmål samlas i ett mindre antal do exempelvis en länsrätt inom varje kammarrättsområde. Därvid bör göras även en förnyad och fördjup möjligheten till att överprövningsmål, skadeståndsmål och mål enligt nuvarande lagen om otillbörligt prövas av en och samma domstolsorganisation.

En ytterligare aspekt som talar för fördjupad kompetens är anknytningen till EG-rätten. Det kan inte u kommissionen agerar mot Sverige i de fall en dom, som meddelats i strid med direktiven eller EG-för laga kraft.

### **Regeringskansliets hantering av upphandlingsfrågor**

En förstärkning av regeringskansliets resurser på området välkomnas av NOU. Upphandlingsfrågorna förslaget genomförs, få den större tyngd i regeringskansliet som de förtjänar.

Även om upphandlingen från början sågs som främst ett besparingsinstrument och placerades under finansdepartementet, har den visat sig beröra frågor hos i stort sett samtliga departement. Många upph har politiska dimensioner och de grundläggande politiska ställningstagandena måste naturligen tas av expert- eller tillsynsmyndighet kan visserligen fästa regeringens uppmärksamhet på vissa problem och lämpliga åtgärder men beslut måste fattas av regering eller riksdag. Regeringskansliet bör dessutom ta grepp om frågorna inom offentlig upphandling. I vissa situationer finns även behov av klara signaler om upphandlingsfrågornas vikt och dess prioritet gentemot andra effektmål, såsom regionalt stöd, miljö och mm.

Direktivändringar innebär en lång och omständlig process som innefattar EU:s alla stater. En strävan ändringar i direktiv borde till följd härav koncentreras till några få och särskilt angelägna frågor. En i pågående mål i EG-domstolen kan i vissa fall vara ett snabbare och effektivare sätt att åstadkomma en ändra på direktivbestämmelserna. NOU anser det även angeläget att Sverige får någon nationell expert kommissionen på upphandlingsområdet.

### **NOU:s tillsynsverksamhet**

NOU instämmer i observationen (sid. 100 i rapporten) att tillsyn inte är något enhetligt begrepp. NOU definiera begreppet på ett enkelt sätt, nämligen "verksamhet som bedrivs för att tillse att regelsystemet har i sin hela verksamhet att utgå från det som anförts i propositionen (prop. 1992/93:88 sid. 43) och i regleringsbrevens successivt lämnade anvisningarna. Enligt propositionen skulle en inledande mer inte informations- och rådgivningsverksamhet så småningom ersättas med ökad tillsyn och eventuellt korre talerätt. I regeringens regleringsbrev för budgetåret 1997 anges att "nuvarande ambitionsnivå skall bil gäller informationsverksamhet totalt. Information som rör kommande regeländringar skall prioriteras. skall även på annat sätt än genom information och rådgivning tillse att regelsystemet efterlevs. Därvid koncentrera uppföljningen av ärenden till vad som bedöms vara av allmänt eller principiellt intresse." informationsverksamhet och ökad tillsyn nämns först i Regeringens regleringsbrev för 1998. Enligt d inriktningen vara att tillsynsverksamhet prioriteras *efter år 1997*. Förslag om hur en systematisk tillsyn skall av NOU lämnas *den 1 april 1998*.

Omfattningen av den planerade tillsynsverksamheten är, även om den prioriteras, givetvis beroende a som ställs till NOU:s förfogande.

NOU:s tillsyn av kommuners och landstings upphandling bör bli föremål för ytterligare utredning och med hänsyn till den grundlagsskyddade kommunala självstyrelsen och beträffande de privata bolagen

Upphandling ingår som en integrerad del i varje organisation. Att inte kunna analysera och formulera olämplig organisation eller bristande samordning och att fatta felaktiga beslut är faktorer som i högsta upphandlingens genomförande och utgång. Dessa brister utgör dock normalt inte något lagbrott mot LOU därför sannolikt inte utgöra grund för påpekanden i samband med NOU:s tillsyn. Huruvida NOU:s uppgift för en effektivare offentlig upphandling kan vara ett tillräckligt motiv för att granska en upphandlingshänseenden är tveksamt.

NOU kommer under 1998 i enlighet med innehållet i regeringens regleringsbrev för detta år att prioritera tillsynsverksamheten. Av rapporten framgår att en del av tillsynen borde kunna utföras i form av stickrevisionell natur. Denna metod att bedriva tillsyn är enligt NOU:s uppfattning kostsam och bör ställas mot andra metoder, såsom analyser av annonser eller samverkan med andra revisionsorgan. Metodvalet bör lämpligt bestämmas utifrån en bedömning av kostnader och möjliga effekter.

Att granska enskilda upphandlingar bör enligt NOU:s mening i första hand ankomma på ordinarie revisionsorganisationernas revisorer kan dessutom vid effektivitetsrevision peka på dålig styrning och samordningsorganisatoriska brister, bristande behörighet eller kompetens att fatta beslut, fel i delegationen av beslut, dålig behovsformulering och flera andra i sammanhanget mycket viktiga brister, vilka i sig inte behövs utgöra brott mot LOU och vid "revision" inte självklart kan tas upp av NOU. En felaktig hantering gentemot företag har ofta sin förklaring i sådana bakomliggande förhållanden.

### **NOU bör förbli fristående från andra myndigheter**

Riksdagens revisorer penetrerar inte särskilt frågan om NOU har en ändamålsenlig organisation i relation till uppgifter som lagts på NOU. Rapporten innehåller inte heller funderingar om vilken dimensionering och budgetresurser NOU bör ha för att klara av de uppgifter som redan ålagts myndigheten och de som nu tillförs området.

Förslaget avseende omorganisation av tillsynsorganisationen måste därför utredas vidare och analyseras

#### Uppdelning på flera myndigheter, råd eller nämnder

NOU anser det viktigt att tillsynsorganisationen inte splittras i flera mindre enheter.

Mot en splittring av nuvarande kompetens talar att Sverige inte har råd med eller förmåga att upprätthålla "expertmyndigheter", vilka från olika utgångspunkter befattar sig med i stort sett samma frågor. Stort sett ligger i skapandet av en fördjupad kunskapsbank genom koncentration av uppgifterna till en enda myndighet dagliga umgänget med kollegor, samtal om närliggande rättsområden, information om bl.a. EG-domstolens kommissionens uttalanden och tillgång till kunskaper från olika konferenser, möjlighet till fördelad områdesbevakning m.m. skapar en sådan kunskapsbank. Kunskaperna kan svårligen och inte utan betydande tidsspillan byggas upp vid flera olika myndigheter där endast några få tjänstemän fortlöpande arbetar med upphandlingsfrågor. Frågorna är så viktiga att de kräver en egen myndighet.

Det bör erinras om att Finansutskottet nyligen (sid. 17 i betänkandet 1997/98:FiU7) har avslagit mot förslaget om forskning inom offentlig upphandling och har uttalat följande. "NOU besitter således omfattande kunskaper som motionären efterlyser." En av målsättningarna bör därför vara att denna kunskap hos NOU bibehålls och ökar.

#### Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor

NOU anser inte att tillsyn, information och strategiutveckling bör läggas på partsammansatta råd såsom Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. De skäl som främst talar mot detta är att kommittédirektiv inte inrättats för att arbeta med sådana frågor men även att dess uppgift är tidsbegränsad och inte med den föreslagna organisationen kan åta sig uppgifterna. Därtill kommer även vad som tidigare

beträffande kommunal och privat verksamhet, nämligen att bindande regler förutsätter lagform.

Enligt NOU:s uppfattning bör det övervägas att bygga upp dagens NOU till en något större myndighe verksamhetsområden, t.ex. tillsyns-, informations- och utredningsverksamhet.

### **Praktisk vägledning för upphandling**

Utarbetandet av en handbok eller en praktisk vägledning, som regleringsbrevet talar om, kommer att utgångspunkt i hittills utgiven information. En uppdatering och sammanställning härav kommer att ske pedagogiskt sätt som möjligt.

### **Nationell policy om förenkling och sammanslagning av direktiv**

NOU har arbetat med policyskapande frågor på olika områden (exempel lämnas i den särskilda handläggningsområden som lämnas senare) och bör även i fortsättningen ha sådan uppgift.

Det bör ankomma på NOU att lämna underlag till regeringen vad gäller förslag till förenkling och för direktiven. Regeringen och NOU har på flera olika sätt agerat för en förenkling av direktiven. Främst Sveriges svar på EG-kommissionens grönbok, i vilket det sägs att "kommissionen främst bör sträva efter ett mindre omfångsrikt regelverk, som blir så lättbegripligt som möjligt och så enkelt och billigt som möjligt för både säljare och köpare". Vidare föreslogs att alla direktiven bör "genomgå en språklig och systematisk förenkling. Begrepp och definitioner med samma betydelse bör uttryckas likadant." Samma frågor har diskuterats även inom Rådgivande kommittén för offentlig upphandling. En sammanslagning och regelverket diskuteras bland medlemsstaterna men synes inte ha någon förankring vare sig inom EG-länderna eller EG-parlamentet. Slutligen kan nämnas kansliets förslag att upphandlingsdirektiven, både samma områden, bör bli föremål för så kallat SLIM-projekt inom EU.

Vad beträffar förslaget om sammanslagning av de klassiska direktiven med direktiven inom försörjningssektorn bör detta noga övervägas. En av förutsättningarna för att få med dessa tidigare "undantagna sektorer" är den friare regleringen av deras upphandling. Medlemsstaterna kan sannolikt införa mera genomgripbara regler vad direktiven kräver på de klassiska sektorerna. På försörjningssektorerna får direktivets bestämmelser en maximigräns varmed en mera ingripande reglering i den nationella rätten kan anses strida mot direktivet. Vidare beaktas att flera av de som omfattas av reglerna för försörjningssektorn är privata bolag. Stater som reglerar deras verksamhet är därför betydligt mindre.

---

Beslut i detta ärende har fattats vid nämndsammanträde den 13 februari 1998, i vilket deltog kammarjuristen Lisbeth Edlund, ordförande, inköpschefen Tomas Axi, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotta Hentze, juristen Eva Sveman och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Förslaget expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beskedet.

Nämnden för offentlig upphandling

Michael Slavicek

**NOU:s kommentarer till Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3, Offentlig upphandling**

Såsom anges i yttrandet den 16 februari 1998 anser NOU att Riksdagens revisorers rapport är en välbeskrivning av problem på upphandlingsområdet och olika aktörers roll men att vissa tillrättaläggande kommentarer är nödvändiga.

## 1 Omfattningen av offentlig upphandling

Sid. 7. NOU vill peka på att de i SOU (1996:23) återgivna beräkningarna bygger på uppgifter inhämtade beräknade av NOU.

Rapporten gör vidare gällande att NOU inte inhämtar statistik på annat sätt än genom att uppmana läsa NOU lämna statistiska uppgifter. Det rätta förhållandet är att NOU med hjälp av Statistiska centralbyråns statistik. I 1 kap. 26 § LOU hänvisas till skyldigheten att lämna statistik enligt lagen (1992:889) om statistiken. Statistik angående upphandlingar över tröskelvärdena inhämtas angående alla upphandlingsannonserna i databasen TED. Därefter återstår för NOU ett omfattande kompletteringsarbete p.g.a. bristerna på annonsering. Statistik över upphandlingar under tröskelvärdena bygger på uppgifter från myndigheter och enheter inom försörjningssektorerna. Uppgifterna inhämtas genom att NOU tillskriva Statistikhanteringen administreras av SCB på uppdrag av NOU (jfr. Sammanställningen av 1996 sid. 8).

Vid inhämtandet av statistik uppstår bl.a. problem med att

1. det kan vara svårt att göra en uppdelning på upphandlingar under och över tröskelvärdena. Ramavtal upphandlas som regel via annonser i TED, alltså över tröskelvärdena och rapporteras som sådana. En del fall svårt redovisningstekniskt att skilja senare successiva beställningar enligt avropsavtal från under tröskelvärdena.
  2. brister i annonseringen, ingen annonsering alls, ingen efterannonsering eller ofullständiga uppgifter
  3. olika krav på statistiklämnande för olika typer av enheter, vilket inte ger någon helhetsbild.
- NOU har agerat internationellt i syfte att uppnå ett effektivare statistiksystem.

## 2 Regelverk

Sid. 8. LOU gäller även för köp från andra länder än medlemsstaterna i EU och EES och dem som ingår i Det i lagen centrala begreppet affärsmässighet är ett svenskt begrepp och används inte i direktiven eller i gemenskapsrätten. Däremot har begreppet "value for money" på senare tid införts i debatten (jfr. EG-kommissionären Mario Monti's tal i december 1997). Begreppet affärsmässighet finns inte definierat i lagen. Utgör huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU, vilken i 7 kap. LOU särskilt åberopas som grund för både överpris och skadestånd. Begreppet togs fram av utredningen (SOU 1971:88) för att markera att myndigheterna i sådana upphandlingar inte skulle ta industripolitiska, sysselsättningspolitiska eller försörjningspolitiska hänsyn utan se på den enskilda upphandlingens värde i det specifika fallet. Upphandlingen skulle bli så ekonomiskt ändamålsenlig som möjligt.

Sid. 10. Det framgår av bilagorna till EES avtalet vilka enheter som i Sverige omfattas av direktiven. Någon normerande förteckning över upphandlande enheter finns inte. NOU skickar ut NOU info, insamlad information och har för dessa ändamål en adresslista över organisationer som anses vara upphandlande enheter. NOU:s erfarenhet talar inte för att förhandlingar generellt skulle vara en fördel. Tillämpningen av sdr-värde är inte längre en rekommendation från NOU utan har fastställts i lag.

Sid. 11. LOU innebar förändringar inte bara för offentliga myndigheter. Störst förändring blev det för företag som tidigare inte omfattats av något regelverk för anskaffning.

Sid. 12. Den från 93 - 95 sid. 7 återgivna uppfattningen är en praktisk tillämpningsregel och ett försvarssätt att införliva direktiven. I och för sig föreligger en skyldighet för upphandlande enheter (möjligen för privata företag inom försörjningssektorerna) att beakta gemenskapsrätten (jfr. mål 103/88 Fratelli v. Commission REG sid. 1839. EG-domstolen utsträckte där skyldigheten att garantera gemenskapsrättens företräde till de regionala förvaltningarna). Begreppet medlemstat skall därför tolkas i vid bemärkelse alla upphandlande enheter, möjligen med undantag av privata företag inom försörjningssektorerna.

### 3 Upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

Sid. 13. Vem som är upphandlande enhet bestäms *av organisationen*. Svårigheter som uppstår kan illdom från Kamrarrätten i Göteborg (den 4 februari 1997 i mål nr 8109-1995) i vilken rätten mot bakgr förarbetena gjort en annan tolkning av 1 kap. 6 § LOU än vad regeringen förordnat och riksdagen fastgällande lagen. Den nuvarande lydelsen av 1 kap. 6 § LOU utgör enligt regeringen och riksdagen inte av tidigare gällande begrepp utan får ses som ett förtydligande i syfte att uppnå bättre överensstämme upphandlingsdirektiv (prop. 1996/97:153 sid. 53).

LOU innehåller inga uttryckliga regler om jäv. Tidigare regler i upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementen om mutor, anbudskarteller och köp från anställda m.fl. bedömdes falla in u LOU, varför några särskilda regler inte ansågs nödvändiga. För myndigheter gäller dessutom 11 § för

Sid. 15. Sista meningen i första stycket är missvisande. När det gäller privata bolag gäller inte de vanl upphandlingsreglerna för verksamhet som ligger utanför försörjningsektorerna.

Sid. 16. Inte heller beräkningsmetod får väljas i syfte att tröskelvärdena skall underskridas.

Tröskelvärdena är ändrade fr.o.m. den 1 januari 1998.

Upphandling enligt 6 kap. avser även B-tjänster, försvarsupphandlingar mm.

Allvarligt fel i yrkesutövningen skall styrkas av den upphandlande enheten.

Begreppet myndighet i meningen "En upphandlande myndighet har rätt ..." skall vara **enhet**. Begrepp bolag enligt 4 kap. LOU. Det kan observeras att det engelska uttrycket Public Procurement inte innef försörjningssektorerna. Upphandling av dessa kallas för Utilities Procurement.

Ordet "även" i meningen "En upphandlande enhet får även begära upplysningar..." är missledande. D dessa upplysningar som **får** begäras och endast inom de klassiska sektorerna.

Sid. 17. Rubrikerna "Under tröskelvärdena" är inte exakta eftersom upphandling enligt 6 kap. LOU o tjänster, försvars och sekretessupphandlingar m.m. De upplysningar som kan begäras in eller tas in är **om anbudsgivaren**.

I stället för standarder bör ordet **specifikationer** användas. Standarder är endast en del av europeiska

Sid. 19. Vissa bestämmelser kan anges i förfrågningsunderlag eller i annons. Se vidare -93 -- 95 sid. 2 Direktivens urvalskriterier finns numera även i LOU.

Rapportens avsnitt "Kvalifikationskrav" avser endast öppen upphandling och upphandling enligt 6 ka

Sid. 23. - Förhandsannonsering avser planerade upphandlingar av varor och tjänster **inom varje varu varje tjänstekategori**.

De anförda tröskelvärdena för förhandsannonsering gäller inte längre.

Sid. 24. - Första stycket är ofullständigt. Även tjänster och gränsdragning mellan bygg, tjänster, försö beaktas.

En annons som publiceras i ett nationellt medium får inte innehålla någon annan information.

NOU har utarbetat **blanketter**. Förslagor finns i direktiven och kommande förordning.

Efterannonsering avser även B-tjänster över tröskelvärdena (6 kap. 16 §).

Uttrycket **ansöka om** deltagande är ett mer adekvat uttryck än "anmäla sitt intresse" eftersom det rör ansökan med bifogade kvalificeringsintyg m.m.

Sid. 25. Fig. 3.1., som anger vissa tidsfrister även för varuupphandling, är felaktig. Någon förkortning förhandsannonsering finns inte vid upphandling av varor.

Sid. 26. Det finns inte något huvudalternativ (prop. 1996/97:153 sid. 61 "reglerna om lägsta anbudspr ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är alternativa regler, dvs. ingen av dessa kan betraktas som någ huvudalternativ.")



Anbud per fax som bekräftas får endast tillämpas vid upphandling enligt 6 kap. Vid upphandling över måste anbud alltid lämnas skriftligen. Ett krav som t.ex. GPA inte har.

Lagen eller direktiven innehåller inga regler om att avtal eller överenskommelse skall vara tidsbegränsade. Rekvisiten till skydd av det allmänna och den enskildes intressen är felaktigt återgivna. ("särskild anbud" i kap. 10 § och "anledning anta" i 6 kap. 2 § SekrL).

Det är idag en öppen fråga om de svenska sekretessbestämmelserna står i överensstämmelse med EG-dom i mål C-359/93 (Unix-domen, den 24 januari 1995). EG-domstolen synes i domen utgå från att utvärderingen skall ske i det fördolda och att anbudsgivarna skall ha möjlighet att kontrollera både den upphandlande myndigheten och konkurrenternas anbud (transparency). Anbudsgivarna skall efter anbudsöppningen få se vilka som deltar för att kunna påtala kvalifikationsbrister hos konkurrenter.

#### 4 Förfrågningsunderlag och annonsering

Sid. 28. Vid selektiv eller förhandlad upphandling kan förekomma att alla leverantörer som godkänns chans.

Sid. 29. Utvärderingen av LOU:s effekter bekräftar vad Riksdagens revisorer skriver om de upphandlingar som bristande utvärdering. Påståendena om vilka upphandlingar som är enkla och komplicerade är grova fel. Det bör påpekas att inte ens upphandling av varor som finns på marknaden behöver vara enkel. Även vad det är man vill ha så skall det formuleras på sådant sätt att leverantören förstår det och den upphandlande myndigheten får vad den efterfrågat och att detta kan kontrolleras. Lämpligt avtal skall vidare utformas, så att det svarar mot leverans och tjänstens utförande. Teknikupphandlingar behöver å andra sidan inte alltid vara så enkla som rapporten anger.

De problem som anförs mitt på sidan bottnar enligt NOU:s mening i andra svårigheter än de anförda. En fråga om väl utförd behovsanalys, huruvida man får förhandla eller inte och hur det skall utformas.

Möjligheten att ange en totalsumma har flera gånger diskuterats och skulle enligt NOU:s bedömning, av kravet på klara och helst rangordnade utvärderingskriterier, kräva en lagändring.

Sid. 30. Observera att tröskelvärdena har ändrats fr.o.m. 1998.

I meningen "som enheten planerat för varje varuområde" saknas "**och tjänstekategori**".

I NOU:s utredning av LOU:s effekter finns belägg för att hälften av de upphandlande enheterna inte efterhandsannonserar. Mer än hälften av leverantörerna (56 %) uppger att de alltid eller sporadiskt läser efterhandsannonserna och fler skulle göra det om flera upphandlande enheter annonserade. Annonseringen således fylla en viktig funktion.

Annonseringsreglerna har tillkommit för att ge leverantörerna information. EG-kommissionen arbetar för att annonserna skall göras tillgängligare. Annonserna i papperskopior (tillägg till EGT) kommer inom en tid att försvinna och i stället göras fritt tillgängliga på Internet. Några planer på att minska kraven på annonsering. Tvärtom ser kommissionen att annonsering utgör en förutsättning för att uppnå målet med en utveckling av gränserna.

Sid. 31. Begreppet utvärderingskriterium används i stället för utvärderingsform. Utvärderingskriterier som anbudet skall utvärderas mot då utvärderingsformen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte användas angående lägsta pris.

Beteendet att vid efterhandsannonsering samla ihop upphandlingar som gjorts kvartalsvis för hela regeringen överensstämmer inte med lagens regler om inte den äldsta hamnar inom 48 resp. 60 dagar.

Av rapporten framgår inte vem som kritiserar den nuvarande utformningen av annonseringsreglerna. Vidare slutsatser i NOU:s utredning Effekter av LOU.

#### 5 Samordnad upphandling

Sid. 32. Den information som framkommer i annonsen är inte helt entydig och beror normalt inte på en

utan snarare på att den upphandlande enheten inte förmått beskriva vad den vill ha och angett ett felnummer.

Beträffande små och medelstora företags förmåga att lämna anbud till enheter utomlands bör observeras att grupper av leverantörer får lämna anbud utan att de vid anbudsgivningen bildat en juridisk person. SOI:s påpekande får inte stöd av utvärderingen av LOU:s effekter. Denna ger vid handen att de upphandlande enheter som tillåter andra språk än svenska får flera anbud. Om även förfrågningsunderlaget kan utformas på engelska, ges ytterligare förutsättningar att få flera anbud.

Sid. 34. Statskontorets råd att göra en pris- och produktkontroll innebär sannolikt en ny förhandling (jfr. NOU:s yttrande i ärende dnr. 269/96-26 i okt -97 sid. 9 - 10).

## **6 Statlig upphandling - upphandlingsorganisation hos några intervjuade myndigheter**

De av de intervjuade myndigheterna anförda problemen hänför sig, så som NOU ser det, väl så mycket till uppgiftslämnarens organisation, kompetensförsörjning, styrning och samordning samt marknadens och konkurrensreglernas funktion m.m. som till upphandlingsreglerna.

## **7 Kommunal upphandling**

Kapitlets syfte och framställning är något oklar. Det anges inte vilka typer av kommunala bolag (3 kap. 10 § KL) som avses i kapitlet.

## **8 Tillsyn över offentlig upphandling**

Det framgår inte klart om tillsyn även i fortsättningen föreslås bedrivas mot alla upphandlande enheter eller endast om tillsyn över den statliga upphandlingen. Flera exempel hämtas dock från den kommunala upphandlingen.

### NOU:s information och rådgivning

Bristande kunskap är inte ett nytt fenomen sedan LOU infördes utan har varit ett problem under hela tiden för upphandlingsförordningens och upphandlingsreglementets giltighet.

Mindre än 14 % av NOU:s arbetstid 1997, eller 1,5 personår, ägnades åt vad som betecknas som rådgivningsverksamhet. I detta ingår "upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp till enskilda företag och myndighetens verksamhetsområde" enligt 4 § förvaltningslagen.

Efterfrågan på NOU:s tjänster har varit mycket stor (ca 14 000 inkommande telefonsamtal året 1997). Detta framförts mot de begränsade telefontiderna och långa väntetiderna. NOU har inte förfinat redovisningstid så långt att det kan utläsas hur mycket tid som ägnats åt diskussioner med journalister, domare, klaga leverantörer osv. Inte heller framgår det att NOU genom att ringa upp felande upphandlande enheter, tillsyn i telefon. Många samtal har också förhindrat onödiga domstolsprocesser och därigenom besparat väsentliga belopp.

Det kan noteras att enkäten i samband med NOU:s projekt under år 1997 om "LOU:s effekter" visade att telefonservice varit uppskattad och efterfrågad och ansågs bättre än samtliga övriga organisationers.

Den s.k. telefonrådgivningen utgör, såsom kansliet vid intervjuerna med Riksdagens revisorer framförde, ett viktigt underlag för vilken information som bör lämnas till samtliga upphandlande enheter i NOU nyhetsbrev vidare en viktig kompetensuppbyggnad för kanslitjänstemännen i praktiska upphandlingsfrågor. Genom kansliets tjänstemäns information om bl.a. aktuella problem i olika branscher, nya beteenden på marknaden, uppmärksamma att vissa felaktiga metoder sätts i system. Att besvara frågor per telefon innebär att skilja ut viktiga upphandlingsärenden blivit föremål för domstolarnas bedömning. NOU bedömer att informationen avsevärda samhällsekonomiska vinster.

NOU vill uppmärksamma Riksdagens revisorer på EG-kommissionären Mario Montis uttalanden vid med anledning av svaren på grönboken om behovet av korrekt information. Han menade att det är bät information alls än en missvisande information. NOU instämmer i detta och anser att det vore mest ra NOU hade möjlighet att utreda vissa frågor och lämna ett underbyggt svar än att flera upphandlande e leverantörer själva parallellt utreder vissa frågor kanske med hjälp av konsulter och advokater.

NOU:s hemsida och den ökade Internetanvändningen innebär naturligtvis bättre möjligheter till informations spridning. och flera andra dokument samt några enkla frågor och svar finns tillgängliga p ([www.nou.se](http://www.nou.se)).

Sid. 66. Det är missvisande att påstå att NOU yttrar sig i alla mål i Regeringsrätten. NOU har inte hör prövningstillstånd inte har beviljats.

Sid. 68. NOU:s bildande föregicks aldrig av någon organisationsutredning eller motsvarande. Fältet li frånsatt den budgeterade ramen. Tanken var att NOU själv skulle precisera sina uppgifter. NOU har d sig fram försiktigt. Den kommunala världen hade aldrig tidigare utsatts för statligt tillsyn på upphandl NOU har under hela sin verksamhetstid måst prioritera sina uppgifter hårt.

I stället för att redan de första åren granska och kritisera enstaka upphandlingar som gjorts strax efter ett nytt komplext regelsystem (jfr. lagrådets uttalande i prop. 1992/93:88 sid. 33), har NOU valt att up de vanligaste felen och missförstånden och ge NOU:s tolkningar och åsikter största möjliga spridning generella uttalanden.

NOU:s överskott har uppkommit till följd av att NOU i inledningsskede inte byggdes upp så snabbt a togs helt i anspråk. Överskottet har dessutom ökat på grund av ränta på överskottsmedlen. Det är själv också tydligt uttalat av Riksrevisionsverket, att myndigheter inte ska bygga ut sin verksamhet på grun tillfälliga överskott. Myndigheten ska budgetera sina fasta kostnader, dvs. *dimensionera myndigheten* myndighetsramen. Överskott från tidigare år kan endast användas till tillfälliga insatser av konsulter konsultutnyttjande har av NOU bedömts som en mindre lämplig och dyrbar åtgärd för att åstadkomm information och/eller tillsyn i inledningsskedet. Den kompetens som NOU hade behov av fanns till er marknaden. Eftersom de uppgifter som NOU ålagts i sin instruktion har ställt stora krav på myndighe ått och uttala sig i de mest skiftande frågor och på många olika områden kräver detta en solid grund i r tolkningar och kontinuerliga diskussioner av dessa, något som inte är möjligt vid utnyttjandet av tillfä NOU har intagit en försiktig och ansvarsfull budgeteringspolicy och medelsutnyttjande. Under den tic upp har dessutom statsförvaltningen ålagts besparingar, ett förhållande som NOU måst ta med i beräk långsiktiga planering/budgetering. NOU har därför begärt en ökad anslagsram med denna motivering nämnts för Riksdagens revisorer.

NOU:s överskott bör ses även mot bakgrund av att vissa planerade och budgeterade projekt inte komr Som exempel kan nämnas utvärdering och utredning av standardavtalen ALOS 81 och MONTAGE 8 förhållande till myndighetens storlek, vid budgeteringstillfället bedömdes som mycket omfattande ocl Först år 1997 har förutsättningarna varit gynnsamma för NOU att på ett ekonomiskt försvarbart sätt u sitt "gamla" överskott. NOU har då exempelvis genomfört utvärderingen av LOU:s effekter. NOU öv året 1997 sitt anslag med 1,9 miljoner kronor (30 % av budgeten) och tar därvid i anspråk en del av ö Resten kommer att utnyttjas till fullo under 1998 - 1999.

NOU:s krav på ökade resurser, trots överskott i verksamheten, har således avsett *dimensioneringen a verksamheten*. För att bedriva en omfattande och diversifierad verksamhet i ett nytt och avancerat rät rätten i stort och direktiven på upphandlingsområdet) krävs en större bas.

Det kan tilläggas att flera olika råd och grupper som förutsätts samråda med NOU i skilda frågor har l miljö, exportfrämjande åtgärder, konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor m.m. oc medel för verksamhet och anställning av personal, samtidigt som NOU förutsätts klara samråd/samve ramen för existerande anslag.

Sid. 69. Uppfattningen att leverantörerna i någon större utsträckning avstår från att lämna anbud p.g.a komplexitet delas inte av NOU.

## 9 Regeringens roll och resurser

Sid. 73. En av utrikesdepartementets uppgifter är bevakning av domar i EG-domstolen och yttranden av Sveriges intervention i processer. Utrikesdepartementet ansvarar även för GPA-avtalet. Ett samlat frågorna inom offentlig upphandling bör omfatta även dessa områden.

## 10 Rättslig prövning

Sid. 75. Skrivningen överst på sidan "...skada för den upphandlande enheten eller den utvalda leverantör felaktig och överensstämmer inte med lagtexten i vilken det anges "...skada eller olägenhet som åtgärd medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören". I EG-direktivet talas om "the probable the measures **for all interests likely to be harmed**, as well as the public interest."

Att föra skadeståndstalan i tingsrätten ställer mycket höga krav på käranden. Några tingsrättsdomar pekar på att ersättning inom de klassiska sektorerna kan utgå för både det positiva och det negativa köpet. Frågan kan dock inte anses slutligt avgjort, då högre instanser ännu inte uttalat sig.

Sid. 87. - NOU har haft anknytning även till Toppledarforums projekt.

## 14 Överväganden

Sid. 89. Det anges att LOU är strängare och kräver högre moral och dokumenterad opartiskhet än de reglerar upphandling inom näringslivet. NOU anser det självklart att högre krav måste ställas på den myndighetens, kommunens eller en ensamrättsinnehavares namn och betalar anskaffningen genom att skattebetalare.

Sid. 91. NOU anser inte att bristande planering eller t.ex. risken för att leverantörer missförstår annonser anses utgöra ursäktliga skäl för en upphandlande enhet att inte följa lagen. Bristande planering anses utgöra skäl för och undantag från direktivens krav (jfr. t.ex. påskyndat förfarande eller förhandlat förfarande synnerlig brådska).

Vid tecknandet av ramavtal kan vara svårt att ange kontraktsvärde. Krav på att ange exakt volym före tecknandet enligt EG-kommissionens tolkning av "framework contracts". En uppskattning krävs dock.

Sid. 92. NOU och andra myndigheter har verkat för förbättrade villkor för små och medelstora företag (se grönboken, NUTEK, ALMI, Exportrådet.)

Vilka som omfattas av upphandling är föremål för regeringsuppdrag till NOU om kommunala bolag. Tecknandet av ramavtal möjliggör decentralisering i större utsträckning. Ramavtal är avsett för standardtjänster.

Någon rätt för leverantör att "komma överens" om utformningen av efterhandsannonserna kan inte utläsas av LOU.

Sid. 93. I rapporten anges att det finns en allmän uppfattning om att decentralisering och lokal förankring leder till en effektivare användning av tilldelade resurser. Centralisering av upphandling kan emellertid också ge exempelvis större inköpskvaliteter med bättre prisbild och effektivare samordning av befintlig inköpsutredning som NOU har gjort om LOU:s effekter, visar att centraliserad upphandling ger goda möjliga kostnadsbesparingar. Någon entydig bild av effekterna av en ökad användning av centraliserade ramavtal kan alltså inte dras.

Sid. 95. Inköpssamordningen utgör endast ca 6 miljarder av den totala volymen på 105 miljarder. Det är andra områden inom vilka små procentuella förändringar kan innebära stora totala besparingar.

Rubriken "Upphandling av entreprenad" överensstämmer inte bra med innehållet i texten. Vissa övergångsformer, t.ex. privatisering.

Överlåtelsedirektivens bestämmelser är inte självklart tillämpligt på verksamhetsövergång genom offentlig upphandling.

Sid. 99 Frågan är om det enligt nuvarande ordning kan anses ankomma på NOU att självständigt utvärdera upphandlingar.

utveckla strategi och formulera Sveriges linje inom EU.

Uppgiften att planering och framförhållning saknas och att inga projekt drivs är felaktig. Omfattninge projektarbete måste stå i proportion till NOU:s storlek eftersom alla projekt måste planeras, styras och NOU hänvisar bl.a. till bifogad "Utvärdering av LOU:s effekter", miljöarbete, nordiska möten. Remis regeringsuppdrag och övrig regeringsstöd upptog under året 1997 ca. 14 procent av nämndens effekti NOU har lagt ner ett omfattande arbete på framtagningen av annonseringsblanketterna och kommentar remisser, yttranden, vid ärendehantering och i samband med andra aktiviteter har NOU utvecklat åtsk lämnat ett stort antal underbyggda förslag till åtgärder, samordning med andra lagar mm. Detta får an omfattande utvecklingsarbete, i synnerhet om man ställer det i relation till NOU:s storlek.

Alla frågor som kommer till NOU är inte av generell eller principiell natur. Antalet sådana frågor har ifrån alla är av sådan dignitet. Att nämndledamöterna skulle hantera samtliga frågor är praktiskt omöj avsevärd förändring av bl.a. sammanträdestäthet.

Det bör framhållas att leverantörerna normalt inte vill stöta sig med den upphandlande enheten. Enlig utredning LOU:s effekter anger 60 % av leverantörerna att de avstått eller skulle avstå från att ansöka överprövning i länsrätten eller föra en skadeståndstalan i tingsrätten. Vissa leverantörer kan inte helle t.ex. vid direktupphandling, vissa har inte ekonomiska förutsättningar för det och tid eller tillräckligt i väcka talan. Behov av sekretessprövning i kammarrätten kan medföra att leverantören från den uppha enheten inte hinner få ut alla för talan nödvändiga uppgifter. Även andra än leverantörer kan ha intres upphandling prövad. Upphandling är undantagen från laglighetsprövning enligt kommunallagen. Kon kommunalpolitiker eller tjänstemän som inte fått gehör för sina krav på att LOU skall följas, bransch-intresseorganisationer, har ingen annan möjlighet att få en bedömning till stånd än genom att begära e NOU. Samtidigt förtjänar att påpekas att genomslagskraften av NOU:s yttranden i allmänhet förefalle

Sid. 102. Rapporten anser att NOU inte har tagit fram några anvisningar till ledning för upphandlare. påpeka följande.

Till skillnad från nästan alla övriga medlemsstater har Sverige skrivit om direktiven och "redigerat" n oväsentlig utsträckning vid införlivningen. Redan LOU (utom 6 kap.) är således en tolkning av direkt upphandling över tröskelvärdena. Lagstiftaren har haft ambitionen att göra lagen så pedagogisk som i anpassa den till svensk lagstiftningstradition.

NOU har avskiktigen valt att informera genom ett nyhetsbrev. Ett av skälen är att området inte är stab tiden utvecklas och förändras. Varje ny dom i EG-domstolen och vissa domar i svenska domstolar krä ställningstaganden i de mest oväntade frågor. Såsom nämnts i remissvaret är lagstiftningen över trösk komplex, EG-rätten "ny" och kompetensen att tolka till en början nästan obefintlig. Sex lagändringar genomförts, flera relativt omfattande. Upphandlingsreglerna motsvarande 6 kap. LOU har däremot fu årtionden utan att några handböcker på detta område ansetts nödvändiga.

NOU har bedömt det som lämpligt att lämna snabb och aktuell information genom sitt nyhetsbrev *NC* fortlöpande, t.ex. om ändrade tröskelvärden, om nya domar i Sverige och utomlands och deras konsek upphandlingen, om allmänt missuppfattade tolkningar, om felaktig hantering som uppmärksammas a eller journalister osv., hittills ca 320 sidor information. har hittills distribuerats kostnadsfritt till 4 000 enheter kvartalsvis. Med hjälp av nyhetsbrevet förde Sverige ut budskapet om gällande handelsavtal p upphandlingsområdet, dvs. GPA, som gäller sedan den 1 januari 1996 men som först senare började i svensk rätt.

NOU delar uppfattningen att det finns ett stort behov av handböcker och vägledningar. Till viss del fi redan på marknaden, både av generell natur och för specifika branscher. NOU kommer å sin sida att, utgångspunkt i tidigare utgiven information, ge ut en praktisk vägledning i enlighet med regleringsbre budgetåret 1998. En sådan vägledning kan emellertid inte ensamt lösa de informationsproblem som R revisorer pekar på, särskilt eftersom de råd som härigenom kan ges med nödvändighet blir begränsade bl.a. till kraven på rättslig korrekthet och till svårigheterna med att täcka in branschspecifika förhållar

Sid. 106. Gränsdragningen mellan konkurrensfrågor och frågor om offentlig upphandling är inte alltic Upphandlingsstrategier kan lätt hamna i strid med syften Konkurrensverket har till uppgift att främja. upplysas om att EG-kommissionen i sin organisation valt att lägga konkurrens- och upphandlingsfråg direktorat. EG-kommissionens uppfattning är vidare att upphandlingsfrågor i de skilda medlemsstater handläggas av "oberoende myndigheter". Även Europaparlamentet trycker på samma behov.

NOU har under sin verksamhet arbetat med flera frågor som berör utarbetandet av nationell policy oc

tillfällen till att i remisser, yttranden och skrivelser verka för framtagande av policyregler på olika om

Frågan om *ramavtal* (framework agreements) är föremål för prövning i EG-domstolen. NOU hänvisa yttrande angående statlig inköpssamordning (se bilaga).

NOU har i juni 1997 fått ett regeringsuppdrag att utreda vissa tolkningsfrågor med anknytning till "*kö kommunala bolag*" och skall överlämna utredningen i mars 1998.

NOU har i januari 1998 fått regeringens uppdrag att utarbeta hur *miljökrav* och andra krav på ekologi kan ställas vid offentlig upphandling. Särskilt konsekvenserna av Amsterdamavtalet och EG-kommis skall analyseras. Uppdraget skall redovisas senast den 31 mars 1998.

Regeringen och NOU har i bl.a. svar på grönboken framhållit vikten av att direktiven *förenklas och m förhandling ökas* och i övrigt utvecklat sina synpunkter härpå. De senaste uttalandena från EG-komm på att ökade möjligheter till förhandlingar kommer att införas, i vart fall beträffande komplicerade up

---

Beslut i detta ärende har fattats vid nämndsammanträde den 25 februari 1998 i vilket deltog kammarr Lisbeth Edlund, ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen och marknadsdirektören Peter Thore. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek. Beslutet expedieras i enli föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Nämnden för offentlig upphandling

Michael Slavicek

[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m.](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

---

<b>Adress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Fax</b>	<b>E-post</b>
Vasagatan 44 111 20 Stockholm	08-454 44 40	08-791 72 81	registrator.nou@nou.se

1998-02-05 dnr 267/97-22

## Betänkandet (SOU 1997:111) Branschsanering – och andra metoder mot ekobrott

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats svara på rubricerade remiss.

NOU, som endast behandlar de delar av betänkandet som berör offentlig upphandling (kap. 20), överlämnar följande remissvar.

Sammanfattande yttrande

NOU

*tillstyrker* förslaget att de krav som får ställas på en leverantör för upphandling under tröskelvärdena utvidgas så, att leverantör som är juridisk person skall kunna utestängas från upphandling om verkställande direktör, styrelseledamot är dömda för brott i yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen;

*anser* att förslagen i övrigt avseende ändringar under tröskelvärdena bör anstå till en kommande översyn av reglerna i 6 kap. LOU;

*delar utredningens uppfattning* att öppenhet i förfarandet är av stor betydelse och borde bli föremål för ytterligare utredning;

*avstyrker* förslaget om ändring av reglerna om orimligt låga anbud;

*delar utredningens uppfattning* att förtydligande i EG-direktiven avseende kontroll av företrädare för juridiska personer bör eftersträvas;

*tillstyrker* förslaget om leverantörsbevis; samt

*delar utredningens uppfattning* att EG-direktiven bör förtydligas vad gäller leverantörs ansvar för underleverantör.

### 20.5.3 Utländska företag

Utredningen föreslår att kontrollen av om en leverantör är registrerad i företagsregister skall avse även utländska näringsidkares registrering i sådant register vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU.

Såvitt NOU erfarit kommer 6 kap. LOU att bli föremål för översyn under 1998, varför NOU inte går in på förslaget i denna del.

### 20.5.4 Öppenhet; den bästa metoden mot ekonomisk brottslighet

NOU instämmer i utredningens bedömning att öppenhet i förfarandet är av stor betydelse och borde utredas ytterligare. Särskilt bör övervägas hur sådan öppenhet skall förenas med regeln om anbudssekretess i 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) och i vilken utsträckning sådan öppenhet borde medge rätt för anbudsgivare att ta del av övriga anbud efter anbudsöppningen men innan avtal tecknats eller upphandlingen på annat sätt avslutats. Behovet härav har tidigare påtalats av NOU bl. a. i yttrande över betänkandet Medborgerlig insyn i kommunala entreprenader (SOU 1996:67).

Det framgår inte uttryckligen av EG-direktiven avseende offentlig upphandling att öppnandet av anbudet i en offentlig upphandling skall ske offentligt eller med rätt för anbudsgivare att närvara vid öppningstillfället. Emellertid innehåller bilagor till direktiven förlagor till annonser för publicering av upphandlingar, vilka annonser enligt bestämmelser i direktiven skall innehålla förlagornas information (artikel 9.4 i 93/36/EEG, artikel 11.6 i 93/37/EEG, artikel 17.1 i 92/50/EEG och artikel 21.1 i 93/38/EEG; i sistnämnda artikel anger ordalydelsen dock inte samma ovillkorliga krav som i de föregående). Förlagorna innehåller bl. a. uppgift om vilka som i det öppna upphandlingsförfarandet får närvara vid anbudsöppnandet samt dag, tid och plats för öppnandet. Någon motsvarande uppgift beträffande övriga förfaranden - selektivt och förhandlat förfarande - återfinns inte i annonsförlagorna. Förlagorna kommer troligtvis att införlivas med svensk rätt genom en förordning under början av 1998. Inte heller avtalet om offentlig upphandling, Government Procurement Agreement (GPA), som ingår i avtalet om upprättandet av Världshandelsorganisationen World Trade Organisation innehåller någon bestämmelse som påbjuder att anbudsöppning skall ske offentligt eller med närvarorätt för leverantör eller annan. Dock innehåller avtalet en regel, som anger vilka uppgifter det anbudsunderlag som tillhandahålls leverantörer skall innehålla - bl. a. uppgift om vilka personer som har rätt att närvara vid öppnandet av anbud samt dag, tid och plats för öppnandet [artikel XII, 2 (e)]. Till skillnad från direktivtexterna ovan avser regeln i GPA inte bara öppet förfarande utan samtliga förfaranden.

Som påtalats av utredningen har EG-domstolen i mål C-359/93, EG-kommissionen mot Nederländerna, REG 1995 I, sid 0157, behandlat frågan om insyn i anbuds-förfarandet. I målet uppkom bl. a. frågan om skyldigheten att i annons för öppen upphandling ange vem som hade rätt att närvara vid öppnandet. Domstolen angav därvid, att uppgiften i förlagan var obligatorisk och ovillkorligen nödvändig och vidare beträffande skälet till att uppgiften skulle finnas med i annonsen, att denna information gjorde det möjligt för potentiella leverantörer att ta reda på deras konkurrenters identitet och att kontrollera huruvida de uppfyllde kriterierna som uppställts för det kvalitativa urvalet (punkt 20).

EG-direktiven som reglerar offentlig upphandling synes således förutsätta vissa möjligheter till insyn vid anbudsöppning samt rätt att ta del av vissa uppgifter i anbudet efter öppnandet. De uppgifter som omfattas av denna öppenhet torde med hänsyn till den ovan relaterade domen C-359/93 från EG-domstolen avse åtminstone konkurrerande anbudsgivares identitet och uppgifter som rör kraven som ställs på leverantören (kvalifikationskraven) enligt 1 kap. 17 och 18 §§ LOU. Enligt NOU:s mening är denna öppenhet, för vilken EG-domstolen ger uttryck, av väsentlig betydelse inte minst ur överprövningssynpunkt.

Inte minst kan öppenhet i anbuds-förfarandet åstadkomma att sådana allvarliga fel i yrkesutövningen som skulle föranleda uteslutning av anbudsgivare påtalas för den upphandlande enheten av en konkurrent till den som begått felet. Som utredningen påpekat (sid. 466) är sådana fel inte av den karaktären att de kan uppdagas genom kontroll av insända registerutdrag.



Ökad öppenhet i förfarandet kan också åstadkommas med annonsering för upphandlingar som understiger tröskelvärdena. Krav på efterannonsering av upphandlingar i vissa fall, t.ex. inom vissa branscher och för upphandlingar över vissa gränobelopp, borde enligt NOU:s uppfattning övervägas som ett medel att minska risken för olämpliga leverantörer. Förfarandet torde dessutom bidra till ökad konkurrens.

Vad gäller förslaget att tillföra 6 kap. 14 § regeln, att anbudsgivare vars anbud inte har antagits snarast möjligt skall underrättas om vem som fick anbudet antaget, bör som ovan anförts frågan om insyn för anbudsgivare och öppenhet i förfarandet utredas vidare. Författningsförslaget bör anstå i avvaktan på en sådan utredning. Vidare skall 6 kap. LOU i dess helhet bli föremål för översyn.

### 20.5.5 Förkastande av orimligt låga anbud

Enligt 1 kap. 23 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) får en upphandlande enhet under vissa förhållanden förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, dock först sedan enheten begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. En regel av motsvarande innehåll för upphandlingar som understiger gällande tröskelvärde återfinns i 6 kap. 9 § LOU.

Utredningen föreslår att ifrågavarande regel ändras så, att den blir obligatorisk för upphandlande enheter. Enheten *skall* således enligt förslaget förkasta ett sådant orimligt lågt anbud där tillfredsställande svar inte erhållits.

EG-domstolen har förklarat att motsvarande regel - med en precis och detaljerad procedur för prövning av anbud som syntes onormalt låga - infördes i direktivet (71/305/EEG) i syfte att bereda anbudsgivare som inkommit med onormalt låga anbud möjlighet att visa att anbuden var genuina (mål C-103/88, Fratelli Costanzo SpA mot Comune di Milano, 1989 REG 1839, punkt 20). Domstolen förklarade i samma dom (punkt 21), att en medlemsstat vid införlivning av direktivet inte ägde rätt att avvika i någon materiell mån från bestämmelsen om onormalt låga anbud [art 29(5)].

Vid tillämpningen av reglerna om onormalt låga anbud skall de upphandlande enheterna företa prövningar som till sin natur är rent skönmässiga bedömningar - dels huruvida ett lågt anbud skall anses utgöra ett onormalt lågt anbud och dels om en förklaring till det låga anbudet kan anses utgöra ett tillfredsställande svar eller inte. Prövningar av denna art är mindre lämpade att utformas som obligatoriska bestämmelser.

Med hänsyn härtill avstyrker NOU förslaget i denna del. NOU delar dock uppfattningen att upphandlande enheter bör utnyttja möjligheten att företa en särskild prövning av onormalt låga anbud i de fall det är motiverat.

Utredningen behandlar frågan hur bedömningen huruvida ett anbud skall betraktas som orimligt lågt skall göras. I utredningen anförts (sid. 497) därvid följande. "Den naturliga metoden är givetvis att jämföra anbudet med de andra anbuden och med tidigare anbud för liknande upphandling. Ett ytterligare sätt att göra en sådan bedömning är att branschorganisationerna fortsätter att sprida kunskap om vad som är ett rimligt timpris för t.ex. städtjänster. Denna metodik borde också kunna utvecklas. NOU bör tillsammans med branschorganisationerna och t.ex. Kommunförbundet kunna ta fram material om värdering av mer komplexa arbeten, t. ex. bygg- och

anläggningsentreprenader. Tumregler kan användas som en varningssignal att efterfråga skäl till lågt pris."

Vad gäller den berörda metoden att fastställa om ett anbud är orimligt lågt eller inte, skall, enligt direktivbestämmelserna, som införlivas i 1 kap. 23 § LOU i dess lydelse efter den 1 januari 1998 (SFS 1997:1068), dvs. art. 27 i 93/36/EEG, art. 30.4 i 93/37/EEG, art. 34.5 i 93/38/EEG och art. 37 i 92/50/EEG, en sådan bedömning göras som en sedvanlig proportionalitetsprövning. En avvägning skall således göras mellan anbudspriset och den prestation som upphandlingen avser. Detta kan inte utläsas av 1 kap. 23 § LOU, men framgår av specialmotiveringen till stadgandet (prop. 1996/97:153, sid 61).

Vidare ställer sig NOU avvisande till det föreslagna förfarandet att branschorganisationer eller andra uttalar vad som skulle vara rimligt timpris för olika slags tjänster. Sådan riktpriisliknande information kan ha en konkurrensbegränsande effekt och därigenom motverka syftet i LOU:s huvudregel om affärsmässighet. Vägledning för hur man värderar mer komplexa arbeten kan säkerligen vara värdefullt för många upphandlande enheter. NOU anser sig dock med hänsyn till sin tillsynsfunktion inte kunna delta i framtagandet av sådana vägledningar. Inte heller besitter NOU den sakkunskap och branschkönnedom som krävs för en sådan uppgift.

### **20.5.6 Kontroll av företrädare för juridiska personer**

NOU instämmer i utredarnas bedömning att reglerna som gäller kontroll av anbudsgivare bör kompletteras till att omfatta även kontroll av företrädare för juridiska personer och uteslutning på grund av sådan kontroll. Som reglerna nu är utformade saknas möjlighet att infordra uppgifter om brott i yrkesutövningen beträffande de personer som är t. ex. styrelseledamöter i anbudsgivande företag. Likaså saknas grund för uteslutning av sådana anbudsgivare.

Ändring av reglerna i nämnda avseende beträffande upphandlingar över tröskelvärdena kräver att motsvarande ändringar i EG-direktiven genomförs.

Det finns anledning att i sammanhanget erinra om att Rådet i juni 1997 antagit en handlingsplan för att förbättra gällande regler på nationell och gemenskapsrättslig nivå som gäller bekämpande av korruption, bedrägeri och penningtvätt - särskilt för att stärka regler om deltagande och procedurregler avseende offentlig upphandling. EG-kommissionen har i anslutning därtill fått i uppdrag att närmare utreda dessa frågor i vad de relaterar till bl. a. direktiven om offentlig upphandling.

### **20.5.7 Samordnat inhämtande av information genom leverantörsbevis**

NOU instämmer i utredningens förslag att ge Patent- och Registreringsverket i uppgift att utveckla ett leverantörsbevis efter dansk förebild (serviceattest) i syfte att förenkla och effektivisera den offentliga upphandlingen. Beviset skulle omfatta samtliga de uppgifter som kan infordras av en upphandlande enhet enligt 1 kap. 17 § LOU.

Användningen av leverantörsbevis bör vara frivillig.

### **20.5.9 Registrerings- och restföringskontroll under tröskelvärdena**

Utredningen föreslår att kontroll i upphandlingar under tröskelvärdena avseende leverantörs registrering i företagsregister skall omfatta även utländska företag (registrering i det land företaget bedriver verksamhet) och vidare att leverantörs betalning av skatter och avgifter skall utvidgas till att omfatta även utländska (i hemlandet) skatter och avgifter. Frågan bör enligt NOU:s mening anstå till den kommande översynen av 6 kap. LOU.

### **20.5.10 Kontroll av leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning vid upphandling under tröskelvärdena**

Som utredningen konstaterat återfinns inte i 6 kap. LOU någon motsvarighet till bestämmelsen i 1 kap. 18 § LOU som anger att leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning får kontrolleras. Frånvaron av en sådan regel för upphandlingar under tröskelvärdet skall dock enligt NOU:s mening inte tolkas som ett förbud att inhämta uppgifter om sådana förhållanden eller att lägga uppgifterna till grund för prövning av anbud.

Enligt NOU:s mening skall reglerna i 6 kap. i stället förstås så, att en upphandlande enhet inte är begränsad till att efterfråga och lägga till grund för sitt beslut sådana uppgifter som faller inom området teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell och ekonomisk ställning vid prövning av en anbudsgivares lämplighet.

Frågan om reglerna härvidlag skall bringas i överensstämmelse med motsvarande regler för upphandlingar över tröskelvärdena torde bli föremål för prövning vid kommande översyn av reglerna i 6 kap. LOU.

### **20.5.11 Uppgifter om underleverantörer vid upphandling under tröskelvärdena**

Vid upphandlingar över tröskelvärdena gäller enligt 1 kap. 18a § LOU att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget får begära att anbudsgivaren i sitt anbud redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan. Vid upphandlingar under tröskelvärdena saknas som utredningen konstaterar motsvarande regel. Frågan kan dock lämpligen behandlas i kommande översyn av reglerna i 6 kap.

### **20.5.12 Uteslutning av leverantör på grund av oegentligheter hos underentreprenör vid upphandling över tröskelvärdena**

Utredningen har gjort den bedömningen att en leverantör, som anlitat en

underentreprenör som inte uppfyller kraven som får ställas på leverantören, kan av den upphandlande enheten inte utestängas enligt direktiven av den anledningen. NOU anser att direktiven inte är helt klagörande i vad mån sådana hänsyn kan tas. Ett förtydligande på denna punkt i EG-direktiven bör eftersträvas. Dock synes EG-kommissionen i sin grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden för framtiden (antagen av kommissionen den 27 november 1996) öppnat möjligheten för att ställa vissa krav att gälla under avtalstiden, som inte uttryckligen framgår av direktivens ordalydelse (punkt 5.42, sid 38). Kommissionen anger därvid som exempel sådana krav som avser främjandet av anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier. Bedömningen av ett sådant villkor bör enligt kommissionen göras utanför själva upphandlings-förfarandet. I frågavarande villkor får naturligtvis inte vara direkt eller indirekt diskriminerande.

### **20.5.17 Leverantörens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning**

Som utredningen uppmärksammat innehåller EG-direktiven uppgift om vilka slags intyg och andra handlingar som kan inforas av anbudsgivaren och läggas till grund för bedömningen av dennes tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning. Dessa anges inte i LOU. Utredningen föreslår därför att dessa anvisningar bör spridas till de upphandlande enheterna bl. a. med hjälp av NOU-info.

I de av NOU framtagna blanketterna för annonsering i Europeiska Gemenskapernas Tidning och kommentarerna till hjälp för ifyllande av blanketterna har de typer av intyg och andra handlingar som kan inforas angetts. I anledning av att nya blanketter för annonsering för närvarande är under utarbetande kommer NOU inom kort att ta fram nya handböcker, i vilka bl. a. ifrågavarande intyg och handlingar skall anges och närmare kommenteras.

Vidare kommer direktivens anvisningar beträffande intygen och de handlingar som kan krävas in i en upphandling under 1998 att bli föremål för särskild införlivning genom föreskrifter med stöd av 7 kap. 15 § LOU.

---

Beslut i detta ärende har fattats vid nämndsammanträde den 5 februari 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Hans Sylvén efter föredragning av jur. kand. Rickard Falkendal. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Rickard Falkendal

---

**Adress**

Vasagatan 44  
111 20 Stockholm

**Telefon**

08-454 44 40

**Fax**

08-791 72 81

**E-post**

registrator.nou@nou.se



[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m.](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

1998-01-16 235/97-22

## **Betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning (SOU 1997:130)**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avger härmed följande yttrande.

**NOU instämmer i att det finns stora fördelar med ett system med ramavtal för statliga myndigheter. Systemet bör ses över och utvecklas kontinuerligt. Enligt NOU:s mening är de skäl som åberopas i betänkandet för att överföra den centrala samordningsuppgiften till Kammarkollegiet alltför tunna. Den nya ekonomistyrningsmyndigheten eller någon av de funktionsansvariga myndigheterna med stor var egen upphandling bör i stället övervägas. Den centrala samordnings-myndigheten, bör enligt NOU:s mening, ges resurser i sådan omfattning att erforderligt antal tjänstemän med lämplig bakgrund kan knytas till verksamheten. Frågan om finansiering genom provisioner bör belysas ytterligare innan systemet accepteras och kan ges en utökad användning. Bestämmelserna om inköpssamordning i dåvarande upphandlingsförordningen och Riksrevisionsverkets (RRV) föreskrifter i anslutning till denna kan, enligt NOU:s uppfattning, ligga till grund för en reglering i syfte att öka användningen av ramavtalen. Dock med inriktningen att större bundenhet av avtalen bör eftersträvas. Vidare bör övervägas andra sätt för information till funktionsansvariga myndigheter än den föreslagna rapporteringsskyldigheten. Fördelarna med en avtalsdatabas och kostnaderna för uppgiften bör utvecklas innan nämnden kan ha någon uppfattning. Eftersom flera frågor som nu redovisats ännu inte är tillräckligt analyserade, många frågor från utredningsdirektiven är inte alls utredda och andra frågor på upphandlingsområdet behöver analyseras och utredas, föreslår NOU, att *en expertutredning med kompetens från erforderliga sakområden tillsätts som kan ta ett samlat grepp om de frågor som berör offentlig upphandling i Sverige*. Utredningen bör bland annat se över grundläggande frågor av juridisk natur såsom avtalens förenlighet med upphandlingsdirektiven och frågor av mer ekonomisk natur såsom på vilka områden ramavtal bör tecknas. Ett behov finns även att ansvarsgränserna mellan de olika offentliga aktörerna med uppgifter på upphandlingsområdet tydliggörs.**

### **1. Inledning**

Inledningsvis kan konstateras att många av de frågor kring inköpssamordningen som beskrivs i direktiven till utredningen

alltjämt är obesvarade. Det bör snarast påbörjas ett arbete med de problem som redan finns inom den existerande samordningen och som i viss utsträckning diskuterats och utretts de senaste 10 åren. Om föreliggande utredning ses som etapp ett där förslag ges dels till vilken myndighet som efter RRV bör ha den centrala samordningsfunktionen och dels en reglering som stramar upp samordningen, återstår nu det egentliga samordningsarbetet i etapp två.

#### *Behov av utredning på upphandlingsområdet*

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. Beträffande problem som kan uppstå vid parallella avtal se nedan under avsnitten "Statskontorets ramavtal på IT-området" och "Upphandling inom ramen för ett ramavtal".

Enligt NOU bör det snarast tillsättas en utredning som bör när det gäller inköpssamordning bland annat se över grundläggande frågor av juridisk natur, såsom definitionsfrågan (se nedan) och avtalens förenlighet med upphandlingsdirektiven, vilket bland annat inkluderar frågan om frivillighet (se nedan avsnittet "Frivillig inköpssamordning men så långt möjligt bindande avtal") men även frågor om förutsättningarna att teckna parallella avtal och hur omfattande samordningen kan bli innan konkurrensproblem uppstår. Även frågor av mer ekonomisk natur bör analyseras såsom på vilka områden ramavtal bör tecknas, hur ingångna ramavtal bör hanteras inom en och samma upphandlande enhet och konsekvenser av en finansiering genom provisioner.

Många initiativ tas f.n. inom området offentlig upphandling. Förestående rapport om "Effekter av lagen om offentlig upphandling" som NOU tar fram, Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3 "Offentlig upphandling" och förestående slutsats från EG-kommissionen med anledning av Grönboken om offentlig upphandling m.fl. rapporter som nyligen har lämnats eller kommer att lämnas inom kort kan härvid tjäna som underlag för en utredningen som kan ta ett samlat grepp om frågorna kring offentlig upphandling. Frågor som behöver belysas och tydliggöras är t.ex. ansvarsgränserna mellan olika offentliga *aktörer* (NOU, RRV, den centrala samordningsmyndigheten, funktionsansvariga myndigheter, Konkurrensverket, Rådet för konkurrens på lika villkor, Naturvårdsverket, Kemikalieinspektionen, Kommerskollegiums uppgift att påverka och ta bort hinder för företag, Handelskammarens och Industriförbundets förslag om en upphandlingsombudsman) med *uppgifter* på upphandlingsområdet (information, tillsyn, revision, samordning, uppföljning, skapa en miljömedveten upphandling, frågor med anledning av Branschsaneringsutredningens betänkande, SOU 1997:111, ökad jämställdhet genom upphandling m.m.). Såväl för upphandlande enheter som för leverantörer är det otillfredsställande med alltför många aktörer på upphandlingsområdet. Området offentlig upphandling innefattar många

olika och ofta komplicerade delområden och uppgifterna bör även av den anledningen inte splittras upp på alltför många aktörer.

Exempel på andra frågor som, enligt NOU:s uppfattning, bör ingå i samma översyn är följande. 6 kap. LOU bör ses över inte minst därför att vissa bestämmelser i kapitlet har haft bestämmelser i andra kapitel i LOU som förebild och dessa har ändrats utan att följdändring skett i 6 kapitlet. Relationen mellan LOU och Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling bör ses över.

Bristen på sanktioner i de fall en upphandlande enhet inte alls tillämpar LOU är inte tillfredsställande.

Nedan återfinns några punkter med anknytning till inköpssamordningen som NOU i sammanhanget vill framföra.

#### *EG-kommissionens förfarande mot Storbritannien*

Utredningen är medveten om att EG-kommissionen har inlett ett förfarande mot Storbritannien avseende användningen av ramavtal av den typ som används i Sverige. Om utgången av förfarandet mot Storbritannien skulle bli den, att ramavtal inte får användas utanför försörjningssektorerna på det sätt som sker idag, får en förnyad genomgång göras av användningen av ramavtal och organisationen av statlig inköpssamordning.

#### *Uttalande från Konkurrencestyrelsen i Danmark*

I de EG-direktiv om offentlig upphandling som LOU till stora delar bygger på nämns förfarandet med ramavtal endast vad gäller upphandling inom försörjningssektorerna (93/38/EEG art.1.5 och 20.2). Enligt ett s.k. vägledande uttalande till danska upphandlande enheter från Konkurrencestyrelsen kan ramavtal under vissa förutsättningar ingås även inom den s.k. klassiska sektorn - upphandling enligt varu-, tjänste- och byggtreprenadsdirektiven - mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer. En förutsättningar som anges är att alla "nodvendige leveringsbetingelser, herunder prisstruktur og produktsortiment/beskrivelse af de tjenesteydelser, der ønskes udført." Vidare anges att "sådanne rammeaftaler ikke begrænser, fordrejer eller forhindrer konkurrencen."

#### *Definition av ramavtal*

En definition av begreppet ramavtal finns i 1 kap. 5 § LOU. I kommentaren 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 dock 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 att genomföra en upphandling.



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). I det kommande arbetet med inriktningen av den statliga samordningen bör det, enligt NOU:s mening, övervägas om inte även Sverige borde införa olika begrepp för dessa olika typer av avtal.

#### *Frivillig inköpssamordning men så långt möjligt bindande avtal*

I utredningsdirektiven anges att en utgångspunkt för arbetet är att det skall vara frivilligt för en myndighet att delta i samordningen. Den svenska inköpssamordningen bygger sedan länge på ett frivilligt deltagande. De svenska upphandlingsbestämmelserna har emellertid genomgått stora förändringar i och med att Sverige har infört EG:s upphandlingsbestämmelser. Svensk upphandling påverkas numera av EG-rätten och praxis från EG-domstolen. I detta vidare perspektiv är det inte längre klart att frivilligheten är förenlig med de regler som numera gäller för offentlig upphandling. Frågan kanske besvaras av det ovan nämnda förfarande som EG-kommissionen påbörjat mot Storbritannien. Även frågan om frivillighet bör, enligt NOU:s mening, ingå i föreslagna utredning.

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.

#### *Statskontorets ramavtal på IT-området*

Statskontorets ramavtal på IT-området utgör ett särskilt problem som delvis avviker från den övriga samordningen, dels genom att produkterna är föremål för snabb utveckling som leder till att den produkt som avropas ofta är en annan än den som anges i avtalet och dels genom att Statskontoret inte upphandlar åt sig självt annat än mer marginellt och därmed måste få ersättning för nedlagda kostnader. Ett annat synsätt kan framföras när det gäller betalning till en funktionsansvarig myndighet med stor egen förbrukning eftersom myndigheten förmodligen ändå måste genomföra en upphandling för eget behov. Upphandling på IT-området kan hävdas vara av speciell natur även därför att ett inköp av datorer ofta förutsätter att kontakt tas med leverantören för behovet av nödvändig kringutrustning mm. Ett annat problem som har framförts är att Statskontoret i flera fall tecknar avtal med i stort sett hela marknaden (parallella avtal), varpå

vissa leverantörer inte får sälja något under hela avtalsperioden. Detta kan givetvis leda till att intresset för att lämna konkurrenskraftiga och väl genomarbetade anbud minskar och att företag tappar förtroendet för det offentliga såsom professionell inköpare. Se vidare under avsnittet "Upphandling inom ramen för ett ramavtal". NOU har ett flertal gånger mottagit synpunkter med anledning av Statskontorets avtalstecknande och frågor om upphandlingarnas förenlighet med LOU. Kritik mot Statskontorets upphandlingar har även framförts av advokat Tor Kvarnäck i en debattartikel i Anbudsjournalen (nr. 35/1997 och Statskontorets replik i nr 39/1997). Se vidare om Statskontorets avtal i Riksdagens revisorers rapport 1997/98:3 offentlig upphandling.

NOU kan konstatera att behovet är stort att granska förenligheten med LOU både vad gäller tecknandet av avtalen och användningen av desamma. Trots att två utredningar nyligen har genomförts på området offentlig upphandling (föreliggande betänkande och ovan nämnda rapport från Riksdagens revisorer) har inte problemen med ramavtalen på IT-området granskats och några konkreta förslag har inte heller presenterats. Det förefaller emellertid som om vissa andra länder använder samma system för köp inom IT-området. Frågan är problematisk och bör, enligt NOU:s mening, bli föremål för utredning.

#### *Upphandling inom ramen för ett ramavtal*

Många leverantörer har till NOU framfört att de har problem med att upphandlingar sker så att säga "inom ramen för ett ramavtal". Problem uppstår enligt uppgift när en upphandlande enhet har genomfört en upphandling och slutit ett avtal med flera leverantörer avseende likvärdiga produkter och när sedan behovet uppkommer görs inte ett rent avrop utan prisförhandlingar upptas med en eller flera av leverantörerna (parallella avtal). I många fall anses de leverantörer med vilka ramavtalet har tecknats utgöra en lista bestående av kvalificerade eller "godkända" leverantörer. Sedan väljs en eller flera leverantörer ut från listan och förhandlingar upptas med dem om den aktuella beställningen. I augusti 1997 överlämnade NOU en kopia på ett inkommet ärende (184/97-26) som delvis åskådliggör problematiken till utredningen.

NOU menar att antingen bör ett avrop ske i enlighet med överenskomna villkor eller så bör en ny upphandling genomföras. 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.

NOU:s synpunkter nedan återges under likalydande rubriker som i betänkandet.

## **2. Inköpssamordning genom ramavtal**

NOU instämmer i utredningens resonemang beträffande ändamålsenligheten med tecknande av ramavtal för hela

statsförvaltningen och därtill framfört förslag att verksamheten skall utvecklas. Detta tillstyrktes för övrigt av NOU redan i februari 1995 med anledning av Betänkandet Statliga myndigheters avtal (SOU 1994:136, NOU dnr. 260/94-22). I yttrandet uppgav NOU bland annat följande. "Genom att den funktionsansvariga myndigheten genomför upphandlingen inte bara på grundval av den egna volymen, kan priser och övriga villkor bli gynnsammare. Dessutom blir de avropande myndigheternas administrativa kostnader betydligt lägre, eftersom dessa myndigheter inte behöver upphandla själva utan endast avropa på ett redan ingånget avtal där upphandlingen är gjord. Den funktionsansvariga myndigheten bygger vidare upp och kan vidmakthålla den kompetens - både vad gäller upphandlingsprocessen och den vara eller tjänst som upphandlingen avser - som erfordras". NOU uppgav vidare "Det är angeläget att beslut fattas snarast om vilken myndighet som skall svara för den övergripande samordningen och utvecklingen av denna. Oklarhet råder om hur samordningen skall bedrivas och brist på aktivt engagemang i uppgiften leder, enligt NOU:s mening, till samhällsekonomisk skada. Det är brådskande att se över omfattning och inriktning. Bland annat kan såväl avtal som antalet funktionsansvariga myndigheter behöva begränsas".

### **3. Principiella utgångspunkter**

Som skäl för att den centrala samordningsmyndigheten bör få en begränsad resursmässig omfattning åberopas under avsnittet "Behov av stöd" att behovet av expertstöd i konkreta upphandlingssituationer kan tillgodoses genom att den funktionsansvariga myndighet som svarar för ett ramavtal även stöder den upphandlande myndigheten. Den funktionsansvariga myndigheten förutsätts ha bransch- och marknadskunskap. Vidare anges att en myndighets behov av allmänt upphandlingsstöd kan sökas t.ex. hos NOU, funktionsansvariga myndigheter eller hos konsulter utanför staten. Även om den centrala samordningsmyndigheten inte skall stödja myndigheter i deras enskilda upphandlingar, är det NOU:s uppfattning, att en förutsättning för att den skall kunna bedriva de uppgifter som föreslås är att den besitter en mycket god upphandlingskompetens och därför också ges resurser i sådan omfattning att erforderligt antal tjänstemän och med lämplig bakgrund kan knytas till verksamheten.

NOU vill i sammanhanget upplysa om att nämnden inte deltar i enskilda upphandlingsärenden, utan den information som NOU ger, per telefon och i form av nyhetsbrev, är generella uttalanden om hur LOU skall tolkas. Enligt nämndens regleringsbrev för 1998 skall ambitionsnivån, särskilt när det gäller den individuella informationen, minskas.

### **4. Organisation av statlig inköpssamordning**

Under avsnittet "Central samordning" anges att uppgifterna för den centrala samordningsmyndigheten förutsätter goda

kunskaper om gällande upphandlingsregler och deras tillämpning. Samtidigt anges att kravet på dessa kunskaper inte nödvändigtvis behöver tillgodoses genom att speciell rättslig kompetens knyts till den centrala samordningsmyndigheten. Vidare anges att detta i stället kan ske genom att den centrala samordnings-myndigheten löser sina uppgifter i nära samverkan med NOU.

Med tanke på den numera komplexa lagstiftning som finns på upphandlingsområdet och dessutom med knytningen till EG-rätten anser NOU, tvärt emot utredningen, att uppgifterna för den centrala samordningsmyndigheten förutsätter bland annat egen juridisk kompetens. Dessutom torde ett effektivt och kontinuerligt genomförande av den centrala samordningsmyndighetens uppgifter även förutsätta egen praktisk upphandlingskompetens. I utredningen anges att uppgifterna skall lösas i nära samverkan med NOU. I sammanhanget vill NOU betona att det är viktigt att NOU:s neutral roll mellan köpare och säljare bevaras. Om uppgiften ändå skulle läggas på NOU bör nämnden tillföras ytterligare resurser. Uppgiften förutsätter för övrigt att den kan betecknas som "tillsyn" med tanke på regeringens krav enligt regleringsbrevet på att nämndens tillsynsverksamhet skall prioriteras och att ambitionsnivån avseende den individuella informationen skall minskas.

Den centrala samordninguppgiften föreslås i utredningen överföras till Kammarkollegiet. NOU är tveksam till om de skäl som anges är så tunga att de motiverar ett beslut att Kammarkollegiet skall tillföras uppgiften. En annan omständighet som talar mot denna lösning att välja en myndighet utan tidigare egen erfarenhet på området är att den förutsätter *nya* resurser på ett *nytt* område.

Det skäl som tidigare i olika sammanhang återopats, och som även framförs i utredningen, för att uppgiften inte kan kvarstanna på RRV är att uppgiften inte är lämplig att förena med RRV:s revisionella uppgift. Skälet bortfaller emellertid i och med de organisatoriska förändringar av RRV och väntas leda till bildandet av en ny ekonomistyrningsmyndighet. NOU anser att eftersom det långt ifrån finns någon självskriven myndighet för uppgiften bör argumenten för och emot en ny myndighet gås igenom ytterligare innan beslut fattas. Den nya ekonomistyrningsmyndigheten planeras påbörja sin verksamhet den 1 juli 1998 och om det skulle visa att myndigheten anses lämplig såsom central samordnare kan denna uppgift tas med i det pågående planeringsarbetet och rekrytering inför starten. Utredaren har uppenbarligen inte utslutit denna nya myndighet i diskussionen om ersättare till RRV. I betänkandet anges "Det kan dock inte utslutas att samordningsuppgifterna skulle kunna tilldelas den nya ekonomistyrningsmyndigheten".

Om det är utslutet att ansvaret läggs på ekonomistyrningsmyndigheten bör det ånyo utredas om någon annan statlig myndighet med omfattande upphandling är lämplig. NOU har tidigare föreslagit (NOU dnr. 260/94-22) att uppgiften bör åläggas någon av de stora upphandlande myndigheterna med bred upphandlingserfarenhet. En sådan myndighet skulle kunna vara någon av de funktionsansvariga myndigheterna som har en omfattande upphandling. En fördel med bred upphandlingserfarenhet är att myndigheten då redan har såväl den formella upphandlingskompetensen som den praktiska inköpserfarenheten. Dessutom torde myndigheten ha ett nätverk med kontakter på upphandlingsområdet, vilket är till stor

fördel för flera av de uppgifter som, enligt förslaget, skall åvila den centrala samordnings-myndigheten. Enligt NOU:s uppfattning torde detta väga över den nackdel det kan innebära att myndigheten redan har en särskild roll inom statlig upphandling, vilket - enligt betänkandet - kan vara en nackdel ur renodlings- och legitimitetsaspekter.

NOU:s uppfattning är att eftersom arbetet på detta område på senare år varit eftersatt bör den nya samordningsmyndigheten ges väl tilltagna resurser, framför allt i ett inledningsskede men även för det fortsatta löpande arbetet. Annars blir risken uppenbar att det arbete som erfordras för att utvärdera de avtal som löper idag, granska det befintliga systemet för hur avtal tecknas och kontinuerligt utveckla samordningen inte kan genomföras. En hänvisning kan ske till den skrivelse som RRV, ställde till regeringen "Kostnadseffektivitet och inköpssamordning", 1989-06-14 (RRV dnr. 1989:777) efter det att RRV genomfört ett projekt för att utvärdera den statliga inköpssamordningen. Resultatet redovisades i rapporten "Statlig inköpssamordning - en utvärdering", Dnr 1987:1441). RRV uppgav i skrivelsen till regeringen bland annat att RRV behövde resurser mot-svarande tre helårsarbetskrafter för sina uppgifter på samordningsområdet. Med hänsyn till knytningen till EG-direktiven och EG-rätten är frågorna idag än mer komplicerade.

## 5. Finansiering av inköpssamordningen

I betänkandet anges att i nu löpande ramavtal har provisionerna beräknats så att endast kostnaden hos den funktionsansvariga myndigheten täcks. Det föreslås att vid tecknandet av ramavtal framöver bör en provisionsdel ingå som täcker även kostnaderna hos den centrala samordningsmyndigheten.

Utredningen föreslår ett system där upphandlande enheter inte bara får använda bonus för att finansiera verksamheten med ramavtal utan systemet avses bygga på att de tar ut en bonus. Enligt NOU:s mening finns behovet redan idag att genomlysna för- och nackdelar med en finansiering genom provisioner innan någon förändring sker. Om en funktionsansvarig myndighet själv är en stor förbrukare bör den inte ta ut mer än vad som skall täcka den centrala samordningsmyndigheten och den relativt lilla merkostnad det blir fråga om för att teckna ett avtal som inte bara gäller den egna organisationen utan hela statsförvaltningen.

NOU har tidigare i ett ärende (272/96-21) framfört uppfattningen att "Om en upphandlande enhet avser att ta ut en bonus som ersättning för de kostnader som är förknippade med att genomföra upphandlingen och att administrera ett ramavtal, anser NOU, att enheten bör efterfråga *en viss bestämd angiven bonus*. Den efterfrågade bonusen gäller då lika för alla tänkbara leverantörer och kravet gäller som andra uppställda skall-krav i upphandlingen. Den fastställda bonusen eller avgiften skall då spegla enhetens administrativa kostnader som är förknippade med ramavtalet.

NOU:s uppfattning är för närvarande att upphandlande enheter inte bör efterfråga en bonus som skall utgå med *minst* en

viss procent. En sådan bonuskonstruktion skulle närmast komma att ingå bland utvärderingskriterierna och kan bland annat komma i konflikt med den upphandlande enhetens intresse att upphandla till ett så lågt pris som möjligt, eftersom ett högt pris kan ge den upphandlande enheten en hög bonus. En annan konsekvens är att en hög bonus kan påverka decentraliserade delar av en upphandlande enhet att inte avropa på ramavtalet utan i stället genomföra en separat upphandling med vald leverantör utan bonus men med ett lägre pris."

Enligt förslaget skall bonusen i framtiden även täcka den centrala samordningsmyndighetens kostnader vilket torde öka nyssnämnda beteende, d.v.s. benägenheten att förhandla med leverantören för att få ett lägre pris i stället för att avropa direkt på avtalet och erlagga bonus. Ett annat problem är att det finns en risk att myndigheter tar ut för mycket för verksamheten. Syftet med verksamheten är att teckna förmånliga avtal inte att myndigheten skall erhålla ett överskott från verksamheten. En analys saknas av användningen av fast kontra rörlig bonus. NOU menar att innan en analys gjorts av de konsekvenser för t.ex. avtalstroheten, som provisionssystemet redan idag medför bör inte systemet med finansiering genom provisioner utökas ytterligare.

## 6. Behov av reglering

Utredningen föreslår en reglering som har i huvudsak samma innebörd som den dåvarande upphandlingsförordningens regler om inköpssamordning och RRV:s föreskrifter i anslutning till dessa.

NOU:s uppfattning är att det har visat sig att någon typ av påtryckning behövs för att öka användningen av ramavtalen. Ansvariga bör ha bättre kunskap om anledningen till att ett avtal inte utnyttjas för att kunna teckna bättre avtal vid nästa tillfälle. För att uppnå en ökad användning av ramavtalen framöver krävs bra och förmånliga avtal. Även det motsatta torde gälla att bra och förmånliga avtal ger en ökad användning.

I 2 § förordningsförslaget anges att "Vid upphandling skall en myndighet utnyttja möjligheterna att samverka med andra myndigheter *på ett för staten som helhet effektivt och ekonomiskt sätt*" (NOU:s kursivering). NOU vill framhålla att det finns risk för att dylikt åläggandet strider mot EG-rätten genom att andra hänsyn än rent affärsmässiga, t.ex. samhällsekonomiska, kan komma att vägas in i upphandlingen. Dessutom anser NOU att åläggandet att inte bara se till det bästa för den egna organisationen utan överblicka hela statens behov ställer mycket höga krav på myndigheterna, särskilt de små. Utredningen ger inte någon vägledning vad gäller sådan samordning. Om en sådan formulering ändå anses nödvändig bör det övervägas om inte den formulering är bättre som framfördes i författningsförslaget i SOU 1994:136 "Statliga myndigheters avtal" gällande myndigheters ekonomiska ansvar, sid 26. I 15 § föreslogs bland annat följande: "Frågor om avtal skall så långt möjligt lösas på ett för staten som helhet effektivt och ekonomiskt sätt". Hänsyn kan då tas till krav från EG-rätten genom formuleringen "så långt möjligt".

I den ovan citerade 2 § i föreslagen förordningstext anges att myndigheter skall "samverka". Detta begrepp bör enligt NOU:s uppfattning kompletteras med praktiska anvisningar. Innebörden i RRV:s bindande föreskrifter till 3 § Upphandlingsförordningen att "Myndigheter skall utnyttja möjligheterna att samverka med andra myndigheter, såsom att upphandla gemensamt, teckna avropsavtal som får utnyttjas av andra myndigheter och dra fördel av andra myndigheters sakkunskap" kan, anser NOU, ligga till grund för sådana anvisningar.

I den föreslagna förordningstextens 3 § anges bland annat att Kammarkollegiet i egenskap av central samordningsmyndighet skall samordna och följa upp myndigheternas verksamhet med ramavtal och andra former av inköpssamordning. Om förslaget antas kommer ytterligare en organisation att ha ansvar för uppgifter på upphandlingsområdet och NOU ser en fara i att många aktörer har uppgifter som mer eller mindre går in i varandra. Uppgiften att "följa upp" verksamheten med ramavtal kan komma att ligga mycket nära NOU:s tillsynsverksamhet.

NOU ifrågasätter om det är rimligt att införa den rapporteringsskyldighet från en myndighet som väljer att genomföra en egen upphandling som föreslås i utredningen. NOU instämmer emellertid i att det är viktig information för de funktionsansvariga myndigheterna men dessa uppgifter bör dock kunna inhämtas på andra sätt av myndigheten själv. Om förslaget med rapportering ändå skall genomföras anser NOU att rapportering inte skall ske till den centrala samordningsmyndigheten utan i stället direkt till den funktionsansvariga myndigheten. Enligt NOU:s uppfattning är det viktigt att den funktionsansvariga myndigheten får information om anledningen till att en myndighet väljer att genomföra en egen upphandling, så att den inför kommande upphandling kan överväga att anpassa avtalet till de synpunkter som har inkommit. Om informationen skall lämnas till den centrala samordningsmyndigheten förutsätter det att den har resurser för att snabbt bearbeta och vidarebefordra den.

## **7. Teknikstöd**

Det teknikstöd som föreslås utarbetas av VHS i form av en avtalsdatabas torde underlätta tillämpningen av avtalen i viss mån. Enligt rådande ordning beställer myndigheter RRV:s katalog (papperskopia eller diskett) som uppdateras varje år och innehåller samtliga gällande avtal med angivande av den funktionsansvariga myndigheten och avtalsnummer. Intresserad myndighet får sedan beställa relevant avtal för att se samtliga avtalsvillkor.

NOU anser att fördelarna med den avtalsdatabas som föreslås i jämförelse med RRV:s katalog bör utvecklas ytterligare, liksom kostnaderna för verksamheten, innan nämnden kan ha någon uppfattning. Problemet torde rimligen kunna lösas genom en hemsida på Internet innehållande såväl katalogen som avtalen. Emellertid bör tänkbara konsekvenser av att avtalsvillkoren görs mer lättillgängliga analyseras.

## 8. Miljöanpassad offentlig upphandling

Det föreslås att den centrala samordningsmyndigheten skall svara för samordningen av de insatser som krävs för att miljöaspekterna skall beaktas vid statlig upphandling. Vidare föreslås att den centrala samordningsmyndigheten skall i samverkan med NOU bedöma bland annat lämpligheten av ytterligare reglering av dessa frågor och om så erfordras lämna förslag till regeringen om sådana åtgärder.

Om den centrala samordningsmyndigheten skall ges ovan nämnda uppgifter anser NOU att den bör - för att kunna fullgöra uppgiften - inneha lämplig kompetens även på detta område. Vad gäller eventuella nya uppgifter för NOU hänvisas till resonemanget ovan under avsnittet "Organisation av statlig inköpssamordning" om NOU:s neutrala roll, om att i det fall NOU skulle tillföras nya uppgifter så erfordras ytterligare resurser samt kravet på att nämndens tillsynsverksamhet skall prioriteras.

NOU har i flera sammanhang framhållit betydelsen av att utnyttja den statliga inköpssamordningen i arbetet med att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Senast i NOU:s yttrande till Miljödepartementet med anledning av Nationella Agenda 21-kommitténs slutbetänkande framfördes följande. ...."vill NOU framhålla att de s.k. funktionsansvariga statliga myndigheterna (f.n. 12 stycken) som tecknar statens ramavtal utgör en mycket väsentlig målgrupp vid miljöanpassning av statens upphandling dels därför att de i huvudsak är statens största upphandlande enheter och dels därför att ramavtalen används av hela statsförvaltningen".

En relativt stor andel av nämndens totala resurser ägnas redan idag åt frågor kring miljökrav vid offentlig upphandling. NOU:s uppgift att verka för en miljömedveten upphandling är föranledd av en skrivning i nämndens regleringsbrev (senast för 1998). NOU har tidigare framfört uppfattningen att det föreligger en kollision mellan å ena sidan principen om varors fria rörlighet och icke-diskriminering och å andra sidan viljan att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

Upplysningsvis kan mera om att nämnden i början av 1998 kommer att få ett regeringsuppdrag från Miljödepartementet att ta fram en analys hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Enligt NOU:s mening ges frågorna om miljökrav vid offentlig upphandling redan idag stor uppmärksamhet. I rådande läge kan det för NOU vara svårt att driva utvecklingen framåt innan det finns vägledande rättsfall från t.ex. EG-domstolen.

Beslut om utformningen av detta ärende har fattats vid nämndsammanträde den 16 januari 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 och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av tf. kanslichefen Hans Sylvén efter föredragning av jur.kand Camilla Graf Morin. Beslutet har expedierats i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

Enligt NOU:s beslut

Camilla Graf Morin

[hem](#) | [om nou](#) | [ärenden, yttranden m.m.](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [blanketter m.m.](#) | [vanliga frågor](#) | [länkar](#) |

Uppdaterad 98-03-27

---

<b>Adress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Fax</b>	<b>E-post</b>
Vasagatan 44 111 20 Stockholm	08-454 44 40	08-791 72 81	registrator.nou@nou.se