

Beräkning av tiodagarsfristen

SID 7

**Förnyad konkurrensutsättning
vid ramavtal**

SID 9

**Små och medelstora företags möjligheter
på upphandlingsmarknaden**

SID 15

Innehåll

Kanslichefen har ordet	3
Konkurrensverkets generaldirektör har ordet	4
Tillämpning av LOU	5
EG-dom om statligt bolag som omfattas av in-houseundantaget	5
Sammansatt avtalskonstruktion inte tjänstekoncession	5
Upphandlingsförfaranden	6
Lågt värde vid direktupphandling	6
Annonsering	6
Annonsering av upphandlingar som omfattas av direktivens bestämmelser	6
Tilldelningsbeslut	7
Beräkning av tiodagarsfristen	7
Kammarrätt bedömde att ett tilldelningsbeslut inte uppfyllde kravet på upplysningsskyldighet	7
Avbruten upphandling	8
Ekonomiska skäl för att avbryta en upphandling	8
Ramavtal	9
Förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal	9
Rättsmedel och processrättsliga frågor	11
Ersättning med det positiva kontraktssintresset utdömt av Högsta domstolen	11
Yttrande från JO om länsrätts handläggning av upphandlingsmål	11
Miljö	12
Handlingsplan för miljöanpassad upphandling	12
Grön offentlig upphandling	12
Sociala hänsyn inkl arbetsrätt	12
Etiska villkor i upphandlingar	12
Förändring av regelverket	14
Proposition om ändringar i LOU	14
Statistik	14
Antalet överprövningsmål i länsrätterna	14
Övrigt	15
Små och medelstora företags möjligheter på upphandlingsmarknaden	15
Satsning på små och medelstora företag i budgetpropositionen	16
Utredning om fritt val inom äldre- och handikappomsorgen	17
Mätning av företagens administrativa kostnader	17
NOU:s granskning av två urvalsupphandlingar	18

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

Utgivare: Margareta Hentze
NOU info utkommer
fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes,
Stockholm
Telefon: 08 - 690 91 80
Telefax: 08 - 690 91 81
Pris: 340 kronor exkl. moms

NOU info finns också på
www.nou.se

Det är tillåtet att kopiera
innehållet i *NOU info*
Glöm inte att ange källan,
t. ex. "*NOU info juni -07*"

Dnr 2007/0046-21

Kanslichefen har ordet

Kära läsare,

Det är inte utan vemod som jag skriver dessa rader. Det är det 56:e och sista nyhetsbrevet från NOU. Som alla säkert känner till vid det här laget övertar Konkurrensverket (KKV) NOU:s verksamhet fr.o.m. den 1 september. KKV:s generaldirektör presenterar den framtida verksamheten under nästa rubrik.

Jag ska inte tynga er med vare sig mängder av återblickar på NOU:s verksamhet under sina drygt 14 korta men intensiva år eller utfall av typen hurra-vad-vi-har-varit-bra. Men jag vill gärna påminna om att vi startade på ett avancerat rättsområde inom EG-rätten, när EG-rätten precis nådde (knappt nått) Sveriges gränser. Och att ni därför inte alltid kunnat få de enkla, snabba och koncisa svar som ni önskat.

Som ekonom hade jag nog inte föreställt mig att juridiken skulle komma att bli en så dominerande del av vår verksamhet. Det har gällt frågorna om **vilka** organisationer som ska följa regelsystemet, om **vad** som ska betraktas som upphandling och självfallet om **hur** upphandling ska gå till i alla tänkbara sammanhang och på alla tänkbara områden. Det har också alltmer kommit att gälla frågan om hur den offentliga upphandlingen kan användas för olika samhällsnyttan.

Som tillsynsmyndighet utan några rättsmedel har NOU fått arbeta mer med information än med tillsyn i form av kontroll, vilket är naturligt i ett inledningsskede. Efter 14 år kunde man dock förvänta sig att NOU hade fått talerätt i domstol för att få fram prejudicerande domar på kontroversiella områden.

Det har varit en spännande tid. Upphandlingsområdet har utvecklats starkt och ändå väntar så mycket. Upphandlarnas kompetens och status har höjts avsevärt och ändå finns stora brister hos många upphandlande enheter, där ansvariga ännu inte insett fördelarna med att satsa på god upphandlingskompetens. För leverantörerna, särskilt de mindre, väntar rejäla satsningar på information. En lång rad utredningsdirektiv på området har lämnats av Näringsdepartementet på den senaste tiden.

Om det är någonting som jag är lite besviken över, så är det att många politiker och en del andra talar om upphandlingsreglerna som ett hinder för utveckling i stället för att se möjligheterna och satsa på att utveckla sina upphandlare och använda reglerna på ett smart sätt. Vissa politiker har t.o.m. uppmanat till avsteg från regelsystemet, i stället för att ta ansvar för regeländringar som anses angelägna. Det är nog mest en fråga om okunskap. Man TROR att reglerna hindrar. Att man inte kan köpa det man vill köpa. Genom exempelvis funktionsupphandling kan man beskriva vad man önskar få som resultat. Reglerna är viktiga för att garantera rimlig rättvisa mellan leverantörerna och minimera risken för korruption. Är det inte angeläget längre?

Redan efter några år konstaterade NOU efter en relativt omfattande utredning, att kostnadssänkningarna som en effekt av de då nya upphandlingsreglerna var väsentliga. Är möjligheterna att handla som man vill viktigare än att göra bättre affärer?

I skrivande stund är propositionen till den nya lagstiftningen i stort sett klar. Och chansen är stor att det finns nya EG-direktiv om rättsmedel (överprövning, skadestånd m.m.) till hösten. Det hade varit trevligt att kunna meddela att även de nationella reglerna "under tröskelvärdena m.m." snart är på plats, men det återstår nog en hel del svåra överväganden, särskilt beträffande hälso- och sjukvårdstjänster, innan en lagrådsremiss kan se dagens ljus.

Tack till alla er trogna läsare och till alla er som NOU mött i olika sammanhang! Ni kommer säkerligen att möta de flesta av oss gamla NOU-are även framöver! NOU:s sista nämndmöte (frånsett ett extra bokslutsmöte) äger rum i augusti och nämndledamöterna entledigas i samband med sammanslagningen. Jag vill gärna rikta ett tack till nämnden för gott samarbete, och särskilt till vår ordförande Lisbeth Edlund som funnits med sedan starten 1993, liksom vice ordföranden Bengt Agild och nämndledamoten Eva Sveman.

Sist men inte minst vill jag tacka min osedvanligt professionella, hängivna och trevliga personal och lyckönska KKV till att få "överta" den.

OCH - jag har förstås inte gett upp hoppet om att upphandlingen ska tydliggöras i namnet på den myndighet som tar över frågorna!

En riktigt trevlig sommar önskar

Margareta Hentze, kanslichef

Konkurrensverkets generaldirektör har ordet

Jag vill börja med att få tacka för möjligheten att på detta sätt skriva till NOU Info:s läsekrets. Regeringen har till riksdagen lämnat förslag till att NOU:s verksamhet ska inordnas i Konkurrensverket fr.o. m. den 1 september. Jag vill hälsa alla som arbetar med dessa viktiga frågor välkomna till Konkurrensverket. För oss, som redan aktivt arbetar med frågor om konkurrens på upphandlingsmarknader, är denna förändring en viktig och välkommen åtgärd. I grunden handlar ju både Konkurrensverkets och NOU:s uppdrag om att verka för väl fungerande marknader.

Ett viktigt skäl till förändringen är regeringens önskan att stärka tillsynen av upphandlingsmarknaderna. För detta krävs ett flertal olika medel och sanktioner. Konkurrensverket har - utöver att tillse lagarna - också ett bredare uppdrag att identifiera konkurrenshinder och lämna förslag till lösningar på dessa. Det bredare uppdraget kommer väl till pass när nu ambitionen är att stärka tillsynen. Vi räknar också med att regeringen skyndsamt, i enlighet med vad som skrevs i vårpropositionen, verkar för adekvata sanktionsmedel vid överträdelser av LOU.

Information till upphandlande enheter, leverantörer och andra intressenter på upphandlingsmarknaden är central. Därför kommer Konkurrensverket att värna om att tillhandahålla information och generell vägledning med moderna hjälpmedel. Ambitionen är att via en ny hemsida aktivt och fortlöpande informera om aktuella frågor samt informera om beslut, yttranden, m.m. Denna grundläggande informationsplattform kommer att vidareutvecklas över tiden. Vi kommer också att se över den tryckta informationen i syfte att öka aktualiteten och tillgängligheten och bygga vidare med hjälp av modern informationshantering.

Det har för mig varit stimulerande att träffa och diskutera med ett flertal personer som arbetar med upphandlingsfrågor. En bild som träder fram, och som är uppmuntrande, är att det finns en potential för en utveckling av en marknad för rådgivning i upphandlingsfrågor. Individuell rådgivning är inte en myndighetsuppgift. Konkurrensverkets ambition är att stärka incitamenten för olika aktörer som arbetar med rådgivning att verka. Endast med en sådan utveckling kommer rådgivningen att kunna anpassas till de olika intressenternas behov.

När det gäller normgivning och generell vägledning har jag med intresse noterat att NOU utfärdat allmänna råd. Det finns goda skäl att ytterligare studera möjligheterna att ge ut allmänna råd. Det kommer att bli en viktig fråga att jobba vidare med under hösten.

Ett fora i vilket upphandlingsfrågorna kommer att diskuteras är det råd som Konkurrensverket kommer att inrätta. Rådet kommer att tillsättas till hösten och ska ge Konkurrensverket expertkompetens i upphandlingsfrågor. Till skillnad från Nämnden för offentlig upphandling ska rådet inte diskutera enskilda ärenden utan i stället ge råd och inspel i viktiga policyfrågor. Frågan om generell vägledning/normgivning är en sådan.

Jag ser fram emot en spännande höst och kommer att återkomma till NOU Info:s läsekrets via andra informationskanaler.

Claes Norgren
Generaldirektör Konkurrensverket

EG-dom om statligt bolag som omfattas av in-houseundantaget



EG-domstolen har i ett mål¹ ansett att en medlemsstat får tilldela ett offentligt företag en rättslig ställning som möjliggör för företaget att utföra uppdrag åt staten och deltagande regioner utan att omfattas

av direktiven för upphandling.

Skogsindustriförbundet Asemfo klagade över den rättsliga ställning som genom spansk lagstiftning förbehållits det statliga bolaget Tragsa, som ägs av spanska staten till 99 procent och fyra regioner till en procent. Enlig lagstiftningen är Tragsa ett bolag som ska tillhandahålla tjänster för landsbygdsutveckling och miljöskydd. Tragsa skall som förvaltningens eget genomförandeorgan och tekniska enhet enligt lagstiftningen utföra de uppdrag som det tilldelas. Tragsa kan inte bestämma över prissättningen för uppdragens genomförande utan ersättningen bestäms genom prislistor.

Tragsas samröre med staten och regionerna betecknades av EG-domstolen som i alla avseenden internt, beroende och hierarkiskt². Domstolen anförde, att kravet på att det skall föreligga ett avtal för att upphandlingsdirektiven skall vara tillämpliga inte är uppfyllt, om Tragsa har vare sig

handlingsfrihet i frågan om huruvida bolaget skall utföra en beställning som gjorts av berörda myndigheter eller något inflytande på vilken ersättning som skall utgå för dess tjänster.

Domstolen konstaterade att det enligt fast rättspraxis inte krävs någon anbudsinfordran om de så kallade in-housekriterierna är uppfyllda³. Domstolen ansåg att kravet på kontroll är uppfyllt inte endast för de uppdrag som utförs för den spanska staten, utan även för de uppdrag som utförs för regionerna⁴. Detta eftersom Tragsa enligt lagstiftning skall utföra de beställningar som lämnats av regionerna och inte själv kan bestämma priset för dessa uppdrags utförande. Tragsas kontakter med regionerna i dessa avseenden kunde inte anses vara av avtalsrättslig karaktär.

Vid bedömningen av huvuddelskriteriet⁵ konstaterade domstolen att Tragsa i genomsnitt bedriver mer än 55 procent av sin verksamhet tillsammans med regionerna och närmare 35 procent tillsammans med staten. Tragsa ansågs därför bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga parter som innehar bolaget. Som slutsats ansåg EG-domstolen att upphandlingsdirektiven inte utgör hinder för en sådan rättslig ställning som Tragsas, då båda in-housekriterierna till synes var uppfyllda.

Sammanfattning avtalskonstruktion inte tjänstekoncession

NOU har tidigare⁶ informerat om sitt yttrande i ett mål i Kammarrätten i Stockholm⁷. Kammarrätten har i sin dom beslutat att den aktuella avtalskonstruktionen om tillbyggnad av en motionslokal och drift av gymverksamhet i den lokalen inte kunde anses utgöra avtal om tjänstekoncession. Kammarrätten gjorde bedömningen att avtalens huvudsakliga syfte och innebörd var att leverantören skulle

tillgodose kommunens behov av gymtrustning i lokalen och att leverantören skulle leverera sådana varor i ett förhållande som liknar leasing. Behovet skulle ha upphandlats enligt 2 kap. LOU, varför kammarrätten förordnade att upphandlingen skall göras om. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

¹ C-295/05, Asemfo.

² EG-domstolen erinrade om sin prövning av Tragsa i målet C-349/97, Spanien mot Kommissionen. Domstolen bedömde då, i en annan situation än den nu aktuella, att Tragsa var skyldig att med sin exklusiva karaktär utföra de arbeten som det tilldelats av staten, regionerna och vissa andra offentliga organ i egenskap av den spanska förvaltningens eget genomförandeorgan och tekniska enhet.

³ En från den upphandlande myndigheten fristående juridisk person kan tilldelas kontrakt direkt, om den upphandlande myndigheten kan utöva en *kontroll* över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver *huvuddelen* av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, i Sverige ofta översatt med egenregi-verksamhet, ibland med intern administration. Kriterierna fastställdes i målet C-107/98, Teckal, som har refererats i NOU info dec. -99 sid. 4 f. och 20 f. och benämns därför ibland Teckalkriterierna.

⁴ Jfr målet C-340/04, Carbotermo, som har refererats i NOU info juni -06 sid. 6 f. Domstolen ansåg där att ett ägande om 0,97 procent i ett bolag är så litet att kontrollkriteriet inte kan anses vara uppfyllt.

⁵ Se fotnot 3.

⁶ Se NOU info oktober -06 sid. 6.

⁷ Dom den 14 februari 2007, mål 797-06.

Lågt värde vid direktupphandling

NOU har yttrat sig till Kammarrätten i Sundsvall⁸ i frågan om en upphandling kan anses ha skett till ett lågt värde och om förfarandet direktupphandling i LOU därmed kunnat tillämpas.

Direktupphandling kan enligt 6 kap. 2 § LOU användas om "...upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling."

Målet i kammarrätten rör hinder för utbetalning av strukturfondsmedel. Länsstyrelsen i Gävleborg län beslutade i det aktuella ärendet att inte utbetala tidigare beslutade strukturfondsmedel till en kommun med anledning av att upphandlingen, som avsåg konsulttjänster, inte ansågs genomförd i enlighet med LOU. Länsstyrelsens uppfattning var att det var frågan om en otillåten direktupphandling. Kommunen överklagade länsstyrelsens beslut till Länsrätten i Gävleborgs län, som i dom⁹ bedömde att beloppet 209 000 kr inte kunde anses vara ett lågt värde och att det därmed saknades grund för kommunen att genomföra en direktupphandling enligt LOU.

NOU konstaterar i sitt yttrande att det i författningskommentaren¹⁰ anges att "huvudregeln om affärsmässighet gäller för all upphandling, även den i 6 kap. LOU och att alla åtgärder man vidtar under en upphandling måste avvägas i förhållande till den huvudregeln. Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller bästa kvaliteten eftersträvas. Prisjämförelser och andra undersökningar är lämpliga förfaringsätt och skall därför om möjligt genomföras."

NOU redogjorde för de förslag som Upphandlingskom-

mittén¹¹ och Upphandlingsutredningen 2004¹² lämnat om fasta beloppsgränser för direktupphandling samt de remissvar som NOU lämnat beträffande dessa förslag.

Nämnden bedömde att det skulle vara svårt att hävda i detta enskilda fall att beloppet 209 000 kr eller ca 5,3 prisbasbelopp som beloppet motsvarar för år 2005, inte skulle inrymmas i begreppet "lågt värde". Detta med hänsyn till att köpet avser intellektuella tjänster och till den utveckling som i praktiken ägt rum avseende beloppsgränser för direktupphandling.

I bedömningen framhålls att NOU anser att myndigheter som genomför direktupphandlingar också "har behov" av att fastställa riktlinjer för sådan upphandling. NOU förordar att sådana riktlinjer bör ha ett innehåll som innebär att den upphandlande enheten har god överblick över de direktupphandlingar som genomförs samt garanterar transparens och förutsebarhet gentemot potentiella leverantörer.

En minoritet av nämndledamöterna framställde en avvikande mening, enligt vilken bedömningen av om det aktuella beloppet kunde anses vara ett lågt värde och därmed grund för direktupphandling enligt LOU överläts till kammarrätten. Enligt den avvikande meningens bör kammarrätten vid bedömningen ta hänsyn främst till att kommunen inte fastställt några riktlinjer för direktupphandling samtidigt som konkurrensutsättning ändå synes ha skett genom att offerter till viss del inhämtats från i vart fall två tänkbara leverantörer.

Yttrandet och den avvikande meningens finns att läsa på NOU:s webbplats www.nou.se.

Annonsering

Annonsering av upphandlingar som omfattas av direktivens bestämmelser



NOU har tidigare upplyst om att det finns nya blanketter som följer föreskrifterna för annonsering enligt de nu gällande direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.¹³ Europeiska kommissionen har uppgivit att med-

lemsstaterna får använda sig av de gamla blanketterna för annonsering på egen risk. Publikationskontoret i Luxemburg har uppgivit att de gamla annonseringsblanketterna inte kommer att kunna användas efter sommaren. Enligt de senaste uppgifterna från kommissionen kommer de gamla

⁸ Yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål 16-07 mellan Hallstahammars kommun och Länsstyrelsen i Gävleborgs län, NOU:s dnr 2007/0023-22.

⁹ Dom meddelad den 13 december 2006, mål nr 673-06.

¹⁰ Prop. 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling.

¹¹ Mera värde för pengarna, SOU 2001:31.

¹² Nya upphandlingsregler, SOU 2006:28.

¹³ NOU info oktober -06 sid. 7 och NOU info december -06 sid. 6.

blanketterna att finnas kvar fram till den 1 augusti 2007.

NOU har tidigare uppmärksammat de upphandlande enheterna på att viss information som inte är obligatorisk i de gamla blanketterna numera måste vara med. Ett av de

exempel som lämnades var att uppgifter om utvärderingskriteriernas relativa vikt skall framgå av annonsen. Just den uppgiften kan emellertid alternativt anges i förfrågningsunderlaget.

Tilldelningsbeslut

Beräkning av tiodagarsfristen



Regeringsrätten har meddelat en dom¹⁴ där frågan om beräkningen av tiodagarsfristen enligt 7 kap. LOU har aktualiserats.

Av domen framkommer att länsrätten¹⁵ beslutat att avslå en ansökan om överprövning av en upphandling och i samband därmed upphävt ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte fick avslutas. Målet överklagades och kammarrätten¹⁶ uppgav att det förelåg hinder för att pröva överklagandet, eftersom länsrätten torsdagen den 6 oktober 2005 upphävt det interimistiska beslutet, att något nytt beslut därefter inte fattats och att avtal hade tecknats måndagen den 17 oktober 2005.

Av 2 § första stycket lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid framgår följande. Infaller den tid, då enligt lag eller särskild författning en åtgärd senast skall vidtas, på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, får åtgärden vidtas nästa vardag.

Regeringsrätten fastslår vidare att bestämmelsen i 2 § lagen om beräkning av lagstadgad tid är tillämplig i de fall det är föreskrivet att en åtgärd skall vidtas senast en viss dag. Bestämmelsen i 7 kap. 1 § tredje stycket LOU reglerar, vid annan upphandling än direktupphandling, den tid inom vilken en förvaltningsdomstol som huvudregel alltid får pröva en ansökan om åtgärder enligt 7 kap. 2 § samma lag. Bestämmelsen i 2 § lagen om beräkning av lagstadgad tid är därför inte tillämplig på den tidsfrist som anges i 7 kap. 1 § LOU.



NOU: s kommentar

När tiodagarsfristens sista dag infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton förlängs fristen således inte till närmaste vardag.

Kammarrätt bedömde att ett tilldelningsbeslut inte uppfyllde kravet på upplysningsskyldighet

En kammarrätt har i en lagakraftvunnen dom¹⁷ uppgivit att den information som sänts ut av Landstinget Blekinge i enlighet med 1 kap. 28 § första stycket LOU, inte har haft sådant innehåll att syftet med lagrummet varit uppfyllt. Effekten av detta är att tiodagarsfristen inte har börjat löpa.

En leverantör begärde överprövning av en del av en upphandling av läkemedel genomförd av Landstinget Blekinge. Länsrätten¹⁸ uppgav att hinder förelåg att pröva ansökningsenheten, eftersom landstinget hade tecknat upphandlingskontrakt med vald leverantör och det hade gått mer än tio dagar från det att upplysningar lämnats i enlighet med 1 kap. 28 § LOU.

Kammarrätten uppger följande i frågan huruvida den information som landstinget lämnat varit så utformad att tiodagarsfristen för ansökan om överprövning börjat löpa. "Landstinget har rätt i att det är den upphandlande enheten som väljer innehåll och utformning avseende informationen enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU och att informationen får anpassas efter bl.a. vad upphandlingen avser. Den information som enheten väljer att lämna måste emellertid vara så utformad att syftet med nämnda bestämmelse uppfylls. Ett grundkrav måste därvid vara att mottagaren kan bedöma hur utvärderingen har skett och vilka överväganden som lett till det redovisade resultatet. I det aktuella fallet har flera utvärderingskriterier, medicinsk ändamålsen-

¹⁴ Dom meddelad den 30 maj 2007, mål nr 6274-05.

¹⁵ Länsrätten i Västmanlands län, dom meddelad den 6 oktober 2005, mål nr 1264-05.

¹⁶ Kammarrätten i Stockholm, dom meddelad den 19 oktober 2005, mål nr 6280-05.

¹⁷ Kammarrätten i Jönköping, dom den 27 mars 2007, mål nr 549-07.

¹⁸ Länsrätten i Blekinge län, dom den 17 januari 2007, mål nr 44-07.

lighet och pris, med olika viktning angivits i anbudsinvjudan. Den utsända informationen innehåller ingen upplysning om hur eller ens huruvida båda kriterierna beaktats. Begreppet terapitraditionskäl må vara en etablerad term inom läkemedelsområdet. Det motsvarar enligt landstingets egen argumentation emellertid inte kriteriet den medicinska ändamålsenligheten, utan utgör endast en del av detta.”

De upplysningar som landstinget har lämnat i enlighet

med 1 kap. 28 § första stycket LOU, har således inte ansetts ha sådant innehåll att syftet med lagrummet varit uppfyllt. Effekten härav blev att tiodagarsfristen inte hade börjat löpa. Kammarrätten upphävde länsrättens beslut om att inte ta upp ansökan till prövning och visade målet åter för ny handläggning. Domen har vunnit laga kraft.

Avbruten upphandling

Ekonomiska skäl för att avbryta en upphandling



Kammarrätten i Sundsvall har bedömt att en alltför hög prisnivå och ekonomiska skäl i ett visst fall utgjort saklig grund för att avbryta en upphandling. I den aktuella upphandlingen innebar det lägsta offererade priset en prishöjning med 25 procent.

En kommun upphandlade transporttjänster. Åtta anbud som uppfyllde kvalifikationskraven kom in. Det lägsta anbudets prisnivå översteg gällande avtals prisnivå med 25 procent. Kommunen beslutade att avbryta upphandlingen. Som skäl anförde kommunen att prisnivån i anbudet kommit att bli alltför hög och att den budgeterade ramen skulle överskridas väsentligt om anbudet godtog. Kommunen framförde även misstanke om konkurrensbegränsande samarbete bland anbudsgivarna. Den anbudsgivare som offererat lägst pris begärde överprövning.

Förutom själva sakfrågan, det vill säga om kommunen hade rätt att avbryta upphandlingen, behandlades först i flera instanser frågan om överprövning är möjlig, när en upphandling avbryts. Underrätterna avvisade yrkandet om överprövning. Regeringsrätten fann dock i dom RÅ 2005 ref 52 att överprövning kunde ske och återförvisade målet till länsrätten. Sedan länsrätten i Dalarnas län¹⁹ ogiltigförklarat kommunens beslut att avbryta upphandlingen, överklagade kommunen domen till Kammarrätten i Sundsvall. Kom-

munen yrkade att kammarrätten skulle upphäva länsrättens dom och avslå ansökningen om överprövning.

Kammarrätten beslutade²⁰ att upphäva länsrättens dom och att fastställa kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Kammarrätten ansåg att alltför höga prisnivåer och ekonomiska skäl måste kunna utgöra sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. I den nu aktuella upphandlingen hade kommunen i förfrågningsunderlaget angett att alltför höga prisnivåer kunde medföra att upphandlingen kommer att avbrytas. Att dessutom kräva att upphandlande enhet uttryckligen redan i förfrågningsunderlaget eller därefter i beslutet att avbryta upphandlingen anger budgetramen för upphandlingen kunde enligt kammarrätten inte anses förenligt med syftet med upphandlingsförfarandet. Syftet att utnyttja konkurrensen och agera affärsmässigt skulle omintetgöras om budget och högsta möjliga prisram var kända för anbudsgivarna. Mot bakgrund av att det lägsta anbudets prisnivå översteg gällande avtals prisnivå med 25 procent och då det inte framkommit något som talade för att kommunen borde ha förutsett en sådan kraftig prisökning, framstod det enligt kammarrätten som troligt att kommunens budgetram för denna upphandling överskreds. Kammarrätten bedömde därför att kommunen haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Kammarrättens dom har överklagats till Regeringsrätten²¹.

¹⁹ Dom meddelad den 16 oktober 2006, Länsrätten i Dalarnas län, mål nr 3426-05.

²⁰ Dom meddelad den 27 februari 2007, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2991-06.

²¹ Mål nr 1855-07.

Förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal

Två länsrätter har ansett att det inte är tillåtet att tillämpa de direktivregler rörande ramavtal som tillåter en förnyad konkurrensutsättning innan dessa regler har införts i svensk rätt.

Upphandlingsdirektiven och LOU

År 2004 antogs två nya upphandlingsdirektiv, 2004/18/EG för den klassiska sektorn och 2004/17/EG för försörjningssektorerna. De båda direktivens tvingande bestämmelser skulle ha varit införda i nationell rätt senast den 31 januari 2006. De nya direktiven innehåller även bestämmelser som är frivilliga för medlemsstaterna att införa. Det nya direktivet inom den klassiska sektorn, 2004/18/EG, har i artikel 32 sådana frivilliga bestämmelser om ramavtal. I dessa direktivbestämmelser finns bl.a. regler om förnyad konkurrensutsättning.

Artikelns fjärde punkt har följande lydelse:

”Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller
- om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med följande förfarande:

a) För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ekonomiska aktörer som är i stånd att genomföra kontraktet.

b) Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud beträffande varje särskilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud.

c) Anbudet skall lämnas skriftligen, och innehållet i dem skall vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.

d) Den upphandlande myndigheten skall tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.”

Sverige har ännu inte infört de nya direktivens tvingande bestämmelser och de frivilliga bestämmelserna om ramavtal. En proposition håller dock nu på att färdigställas²²,

som bl.a. kan antas innebära att direktivets bestämmelser om ramavtal föreslås bli införda i svensk rätt.

Gällande LOU bygger på direktiv från början av 1990-talet. I direktivet för den klassiska sektorn fanns överhuvudtaget inga bestämmelser om ramavtal. Endast direktivet för upphandling inom försörjningssektorerna innehöll sådana regler. Trots detta har LOU alltsedan lagens införande 1994 en definition av begreppet ramavtal som även gäller för den klassiska sektorn. I 1 kap. 5 § LOU definieras ramavtal 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”.

LOU och det nya klassiska direktivets frivilliga bestämmelser innehåller således delvis motstridiga regler om ramavtal. Frågan inställer sig nu vilka bestämmelser som de upphandlande enheterna kan tillämpa idag. Kan de upphandlande enheterna redan nu tillämpa direktivets bestämmelser om en förnyad konkurrensutsättning eller krävs det att dessa regler först införs i svensk rätt?

Denna fråga har bedömts av två olika länsrätter och dessa domar har vunnit laga kraft.

Länsrätten i Vänersborg²³

En kommun deltog i en statlig ramavtalsupphandling. I ramavtalet, som slöts i maj 2006, fastställdes att avrop antingen skulle ske direkt från ramavtalet eller genom en förnyad konkurrensutsättning mellan de antagna leverantörerna. Kommunen skickade en avropsförfrågan till samtliga leverantörer som antagits i ramavtalet. Två av leverantörerna begärde överprövning och gjorde gällande att kommunen genom detta förfarande rätteligen genomfört en ny upphandling som på ett flertal punkter stred mot LOU. Kommunen bestred att förfarandet innebar att en ny upphandling hade gjorts och yrkade att ansökan skulle avvisas.

Länsrätten prövade först om det omtvistade förfarandet var en upphandling eller ett avrop från ett ramavtal och anförde sammanfattningsvis följande. Förfarandet följer bestämmelserna artikel 32 i det klassiska direktivet 2004/18/EG, som ännu inte införts i svensk rätt. De bestämmelser i direktivet som har direkt effekt måste tillämpas av upphandlande enheter redan den 1 februari 2006, då genomförandetiden löpte ut. Om en medlemsstat inte implementerat en bestämmelse kan den ha direkt effekt under förutsättning att den ger vissa rättigheter och skyldigheter åt enskilda, är klar och precis, ovillkorlig samt att tillämpningen inte är beroende av ytterligare åtgärder från en medlemsstat eller gemenskapen. Enligt länsrättens mening har artikel 32 inte direkt effekt redan med hänsyn till att det är en fakultativ (frivillig) bestämmelse. Länsrätten ansåg där-

²² Se nedan avsnittet Förändring av regelverket.

²³ Dom den 18 januari 2007, mål nr 3102-06.

för att reglerna i direktivet inte skulle tillämpas i målet.

Länsrätten prövade därefter om förfarandet i stället är i överensstämmelse med LOU och antecknade i huvudsak följande. Enligt 1 kap. 5 § LOU skall samtliga villkor vara fastställda i avtalet för att uppfylla kravet på ett ramavtal. Hur avrop skall gå till är inte reglerat i LOU. Av praxis följer emellertid att ramavtal inte får användas som endast en lista på godkända leverantörer, varvid villkor för avrop inklusive pris bestäms först vid de aktuella avropen²⁴. Det aktuella ramavtalet innehåller inte någon fördelningsnyckel, exempelvis i vilken ordning avrop skall ske från leverantörerna. Ramavtalet bygger istället på att varje kommun, som avser att avropa annat än "avrop av begränsad omfattning", skall göra en förnyad konkurrensutsättning för att precisera avtalet och t.ex. kunna omförhandla bättre villkor. På grund av det angivna är det i målet aktuella ramavtalet enligt länsrättens mening inte ett för båda parter bindande upphandlingskontrakt som avses i LOU²⁵. Varje beställning från ramavtalet innebär istället att det sker en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. En sådan tilldelning måste föregås av en förnyad upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Länsrätten fann mot denna bakgrund att förfarandet rätteligen innebar att kommunen genomfört en ny upphandling och att kommunen med hänsyn till de brister som kunde konstateras i denna upphandling handlat i strid mot LOU. Länsrätten förordnade därför i dom att upphandlingen skulle göras om.

Länsrätten i Norrbottens län²⁶

Ett statligt ramavtal träffades med en giltighetstid från den 1 juli 2005 till den 30 juni 2007. I ramavtalet angavs att avrop kan ske i enlighet med ramavtalet eller genom förnyad kon-

kurrensutsättning. Ett landsting skickade den 29 september 2006 en avropsförfrågan baserat på detta statliga ramavtal till antagna leverantörer och valde därefter en leverantör. En konkurrerande leverantör begärde överprövning och yrkade bl.a. att upphandlingen skulle göras om. Leverantören gjorde bl.a. gällande att landstingets förfarande rätteligen utgjort en otillåten direktupphandling, eftersom samtliga villkor inte var fastställda i ramavtalet. Landstinget hävdade sammanfattningsvis att det genomfört ett avrop från befintligt ramavtal i enlighet med villkoren i ramavtalet och yrkade att ansökan skulle avvisas.

Länsrätten konstaterade att när det gäller upphandlingar inom den klassiska sektorn saknas bestämmelser om ramavtal i LOU. Definitionen av ett ramavtal enligt 1 kap. 5 § LOU torde dock enligt länsrätten vara densamma även för klassiska sektorn. Länsrätten redogjorde därefter för reglerna om ramavtal och ramavtal med flera leverantörer enligt det nya upphandlingsdirektivet²⁷, som ännu inte har införts i svensk rätt. Eftersom införandet gick ut den 31 januari 2006 och det nu aktuella ramavtalet ingicks innan införandet gick ut, konstaterade länsrätten vidare, att reglerna om ramavtal i direktivet inte kan få s.k. direkt effekt. Länsrätten slog vidare fast att begreppet förnyad konkurrensutsättning i det i målet aktuella ramavtalet inbegriper just en förnyad inbjudan till anbud, något som den svenska definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU inte möjliggör. Eftersom den förnyade konkurrensutsättningen enligt länsrätten skulle betraktas som en ny upphandling enligt LOU kunde beslutet också överprövas. Eftersom reglerna om direktupphandling i LOU inte kunde bli tillämpliga i detta fall ansåg länsrätten att upphandlingen skulle göras om.

NOU: s kommentar

Underrättsdomar är inte prejudicerande. Dessa båda nyligen meddelade länsrättsdomar belyser dock dagens rättsläge avseende förnyad konkurrensutsättning och domarna går i linje med tidigare kammarrättsavgöranden inom området. Förutom den kammarrättsdom som länsrätten i Vänersborg hänvisat till har även Kammarrätten i Stockholm²⁸ gjort den bedömningen att ramavtal enligt LOU förutsätter en mekanism eller en fördelningsnyckel för avrop och att ramavtal som inte fastställer samtliga villkor inte utgör upphandlingskontrakt i LOU:s mening.

Kammarrätten i Stockholm har vidare²⁹ bedömt att direktivbestämmelserna avseende ramavtal inte kunde anses ha direkt effekt beträffande den i målet aktuella ramavtalsupphandlingen, som påbörjades före den 31 januari 2006. Kammarrätten ansåg vidare att skyldigheten att tolka nationell rätt enligt ett direktivs ordalydelse och syfte (lojalitetsplikten) inte medförde att den aktuella upphandlingen kunde anses ha skett i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna.

NOU bedömer mot denna bakgrund att rättsläget idag får anses innebära att det – oavsett när upphandlingen påbörjats – inte är möjligt att tillämpa förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal innan bestämmelser om detta har införts i svensk rätt.

Detta ställningstagande har beslutats på NOU:s nämndsammanträde den 23 maj 2007.

²⁴ Jämför Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000 och NOU:s ärende dnr 2003/96-21.

²⁵ Jämför NOU:s ärende dnr 2004/0046-29.

²⁶ Dom den 6 februari 2007, mål 3076-06.

²⁷ Direktiv 2004/18/EG.

²⁸ Kammarrättens i Stockholm dom i mål 2591-04 är refererad i NOU Info juni -04, s. 9 ff.

²⁹ Kammarrättens i Stockholm dom i mål 5024-06 är refererad i NOU Info december 2006 s. 13. Domen har vunnit laga kraft.

Ersättning med det positiva kontraktsintresset utdömt av Högsta domstolen



Högsta domstolen³⁰ konstaterar att skadeståndersättning bör utgå med det positiva kontraktsintresset om en förlorande leverantör kan göra sannolikt att han skulle få uppdraget vid en korrekt upphandling.

I målet, som avser en skadeståndstalan avseende uthyrning av övningsfartyg till ett gymnasium, uttalar sig Högsta domstolen (HD) tämligen generellt beträffande när skadestånd skall utgå och hur detta skall beräknas med stöd av LOU.

HD konstaterar att fel begåtts vid upphandlingen och att rederiet i fråga skulle ha fått kontraktet om inget fel hade begåtts. Den upphandlande enheten är därför skyldig att ersätta rederiet med ett belopp motsvarande det positiva kontraktsintresset (förlorad handelsvinst).

HD hänvisar i målet till två tidigare avgöranden NJA 1998 s. 873 och NJA 2000 s. 712. I det förstnämnda avgörandet konstaterar domstolen att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen, för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.

HD hänvisar också till EG-domstolens förenade mål

C-46/93 och C-48/93, av vilket det framgår följande. Om det föreligger en klar överträdelse av gemenskapsrätten får inte skadeståndsreglerna göra skadeståndet beroende av om de upphandlande enheter som överträtt reglerna förfarit uppsåtligt eller vårdslöst.

HD uppger vidare att i de fall beställaren inte infordrat något anbud, låter det sig inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, som i de fall anbud hade infordrats och kriterierna preciserats. HD anser att, för att inte skyldigheten att infordra anbud skall urholkas, de leverantörer som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat anbud och därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet bör kunna få skadestånd.

Den omständigheten att beställaren kan bli skyldig att ersätta andra anbudsgivare för nedlagda kostnader utgör inte skäl för att gå under det positiva kontraktsintresset, beträffande den som skulle ha fått kontraktet. HD anger också, att om utebliven vinst bara ersätts när käranden kan göra sannolikt att han gått miste om kontraktet på grund av fel vid upphandlingen, kan endast en anbudsgivare vara berättigad till ersättning för det positiva kontraktsintresset.

NOU har under våren 2005 på begäran av HD yttrat sig i målet³¹.

Yttrande från JO om länsrätts handläggning av upphandlingsmål

JO har funnit att en länsrätt dröjt för länge med att avgöra ett upphandlingsmål³².

Av ärendet framgår att det klagande bolaget ansökte om överprövning enligt LOU den 7 juli 2005. Skriftväxlingen i målet avslutades den 28 december 2005 och målet var då klart för avgörande. Länsrätten meddelade dom den 14 juni 2006. Länsrätten anförde i sitt svar till JO om orsaken till fördröjningen i huvudsak att domstolen hade en besvärlig personalsituation.

Av JO:s bedömning framgår att målet enligt domstolens arbetsordning var ett förtursmål och att reglerna om över-

prövning bygger på rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG som anger att prövningen skall göras skyndsamt. Mål enligt LOU har också tagits upp i lagen om allmän förvaltningsdomstol bland de måltyper som länsrätten får avgöra med en ensamdomare av det skälet att målen är så brådskande att medverkan av nämnd kan innebära en avsevärd tidsfördröjning. JO anförde därför följande. "Länsrätten borde sedan kommunikeringen avslutats ha gett målet en hög prioritet. Det dröjde emellertid mer än fem månader innan domstolen meddelade dom i målet. Jag anser, även med beaktande av vad länsrätten har framfört i yttrandet, att målet borde ha avgjorts tidigare."

³⁰ Dom meddelad den 31 maj 2007, mål nr T 2883-04.

³¹ NOU info juni -05 sid. 10. Hela yttrandet finns publicerat på NOU:s webbsida.

³² Beslut den 19 januari 2007, dnr 2909-2006.

Handlingsplan för miljöanpassad upphandling

NOU har fått i uppdrag att i samarbete med Miljöstyrelsens rådet utarbeta ett informationsmaterial om miljökrav, upphandlingslagstiftning och rättsfall enligt regeringens handlingsplan för miljöanpassad upphandling³³.

Handlingsplanen innehåller mål för de tre närmaste åren och den är ett resultat av att Europeiska kommissionen inom den integrerade produktpolitiken (IPP) har uppmuntrat alla medlemsstater att utarbeta egna nationella handlingsplaner.

Målen är följande:

- andelen offentliga upphandlingar med välformulerade

miljökrav bör öka,

- andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav bör öka och
- andelen myndigheter inom stat, kommun och landsting som regelbundet ställer miljökrav bör öka.

Handlingsplanen innehåller åtgärder för att nå målen och dessa är bl.a. styrning av myndigheter, engagemang av politiker och andra beslutsfattare på lokal och regional nivå, utbildning och stöd till offentlig upphandlare. Riksdagen har beslutat att avsätta totalt 24 miljoner kronor för att stärka arbetet med miljökrav vid offentlig upphandling och till de åtgärder som föreslås i handlingsplanen.

Grön offentlig upphandling

Europeiska kommissionen har under våren 2007 lanserat en webbplats för Grön offentlig upphandling. Webbplatsen innehåller bland annat information om regelverk och utbildning. Webbplatsen har tillkommit som en åtgärd inom

den ovan nämnda integrerade produktpolitiken (IPP). Det skall också utarbetas en produktdatas. En länk till webbplatsen finns på NOU:s webbplats.

Sociala hänsyn inkl arbetsrätt

Etiska villkor i upphandlingar

Etiska och andra sociala villkor i upphandlingar skall vara förenliga med LOU och gemenskapsrätten. Villkoren skall vara möjliga att följa upp. Villkoren bör lämpligen ställas upp som särskilda kontraktsvillkor enligt 1 kap. 18 b eller 6 kap. 10 a §§ LOU.

Det går idag inte att ge några helt säkra besked om i vilken utsträckning det enligt LOU och gemenskapsrätten är möjligt att ställa upp etiska villkor i upphandlingar. Det finns ingen rättspraxis som direkt rör den här typen av kravställande. Varken EG-domstolen eller svenska domstolar har prövat frågan om etiska villkor i upphandlingar. EG-kommissionen har dock år 2001 lämnat ett tolkningsmeddelande (KOM(2001) 566 slutlig) om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Syftet med tolkningsmeddelandet är att klargöra i vilken omfattning gemen-

skapslagstiftningen tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. I det nya klassiska direktivet 2004/18/EG berörs dessutom frågan om sociala villkor i artikel 26 och beaktandesats 33. I det nya direktivet för försörjningssektorerna, 2004/17/EG, finns motsvarande bestämmelser i artikel 38 och beaktandesats 44. "Etiska villkor" inryms inom det vidare begreppet "sociala hänsyn".

Vid bedömningen om etiska villkor kan ställas och hur de i så fall får vara utformade måste de grundläggande EG-rättsliga principerna beaktas. Dessa principer framgår indirekt av regeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. När det gäller etiska villkor är det främst principerna om likabehandling och proportionalitet som ställs på sin spets. Likabehandlingsprincipen innebär att alla anbudsgivare skall ges samma förutsättningar. Det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer, t.ex. på grund av natio-

³³ Skr. 2006/07:54.

nalitet eller geografiskt läge. Proportionalitetsprincipen medför att kraven måste ha ett naturligt samband och stå i proportion till det som skall upphandlas. Kraven skall vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ skall det minst ingripande/belastande väljas.

Grundläggande ILO-konventioner

Internationella arbetsorganisationen (ILO) är FN: s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor. ILO har som grundläggande mål att bekämpa fattigdom och befrämja social rättvisa. I uppgifterna ligger att främja sysselsättning och bättre arbetsvillkor i hela världen, samt att värna om fackliga fri- och rättigheter. ILO har grundläggande konventioner om mänskliga rättigheter. Dessa konventioner tar sikte på frågor som rör förenings- och förhandlingsrätt, barnarbete/minimiålder, diskriminering och lika lön samt förbud mot tvångs- och slavarbete.

I artikel 26 i direktiv 2004/18/EG respektive artikel 38 i direktiv 2004/17/EG möjliggörs användandet av sociala villkor för fullgörande av kontrakt under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. I beaktandesatserna 33 respektive 44 framgår att det är möjligt att förplikta en leverantör att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner, om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen. I detta sammanhang finns det ingen skillnad mellan avtal för byggtreprenad, tjänster eller varor. Inom de gränser som anges i dessa direktiv och under de förutsättningar som anges nedan, får det i princip anses förenligt med gemenskapsrätten att ställa upp villkor på att de produkter som en leverantör avser att leverera, tillverkas under förhållanden som respekterar bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner.

Krav på uppföljning

En upphandlande enhet som vill ställa ett sådant etiskt villkor, måste emellertid ha kapacitet att övervaka att villkoret efterlevs. Av EG-domstolens praxis följer att villkoren i upphandlingarna måste vara förenade med krav som gör det möjligt att säkerställa en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt (jmf. t.ex. C-448/01, Wienstrom). Kravet på uppföljning medför att de upphandlande enheterna är hänvisade till att koppla de etiska villkoren till bevismedel som möjliggör att villkoren kan övervakas. Bevismedlet får inte begränsas till att avse ett visst märke eller något annat exklusivt bevis, utan måste i stället vara transparent och ge alla leverantörer en möjlighet att visa att de kan fullgöra villkoren.

Det finns idag flera organisationer som tillhandahåller etisk och social märkning. Förutom organisationen Rättvisemärkt tillhandahåller även organisationerna Utz Kapah och Rainforest Alliance etiska märkningar inom vissa produktgrupper. En leverantör som vill tillhandahålla en produkt som har etisk märkning måste skaffa sig en certifiering och betala en licensavgift till organisationen. För att leverantören skall kunna få denna certifiering måste de kriterier som organisationen ställt upp vara uppfyllda. Dessa kriterier är inte alltid begränsade till de grundläggande ILO-konventionerna utan kan innebära mer långtgående krav. De upphandlande enheterna bör vara uppmärksamma på om dessa mer långtgående kriterier kan vara oproportionerligt betungande eller diskriminerande mot vissa kategorier av leverantörer eller på annat sätt oförenliga med LOU och gemenskapsrätten.

Särskilda kontraktsvillkor

De tidigare nämnda bestämmelserna i de nya direktiven öppnar upp möjligheten för att sociala villkor, bl.a. villkor som tar sikte på grundläggande ILO-konventioner, kan ställas som s.k. särskilda kontraktsvillkor.

Bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor finns i 1 kap. 18 b och 6 kap. 10 a §§ LOU. Enligt dessa bestämmelser får upphandlande enheter ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana särskilda kontraktsvillkor skall anges i förfrågningsunderlaget om de inte har angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.

Enligt tolkningsmeddelandet måste de särskilda kontraktsvillkoren stå i överensstämmelse med gemenskapsrätten och får inte heller strida mot förfarandereglerna i upphandlingsdirektiven. De får inte vara förtäckta tekniska specifikationer. De får inte heller vara relaterade till vare sig bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet på grundval av deras tekniska, ekonomiska, finansiella eller tekniska kapacitet eller till utvärderingskriterierna. Kontraktsvillkoren får varken ha något inflytande på bedömningen av anbudsgivarens kapacitet att genomföra uppdraget eller på utvärderingskriterierna.

Etiska villkor i upphandlingar bör lämpligen ställas upp som särskilda kontraktsvillkor. En anbudsgivare måste acceptera dessa särskilda kontraktsvillkor men behöver inte uppfylla dem förrän uppdraget skall utföras.

Jämför också regeringens förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt riktad till 30 statliga myndigheter och NOU:s allmänna råd till förordningen.

Proposition om ändringar i LOU

§

Den första delen av pågående ändringar i upphandlingslagstiftningen, som bygger på Upphandlingsutredningens delbetänkande, Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) har kommit så långt att en proposition håller på att färdigställas. NOU har i *NOU info juni -06* sid. 15 f. översiktligt beskrivit de moment som ingår i den svenska lagstiftningsprocessen. Den första delen av kommande ändringar befinner sig nu i steg 10. En proposition uppges kunna lämnas till riksdagen före sommaruppehållet och kan då beslutas av riksdagen under hösten. Dessa ändringar i LOU kan träda ikraft tidigast den 1 januari 2008, troligen något senare. Den övergångsregel som är bruklig vid ändringar i LOU är att upphandlingar som har påbörjats före dagen för ikraftträdandet får avslutas i enlighet med de äldre bestämmelserna. Här kan dock åter påpekas att vissa av de nya reglerna har direkt effekt och gäller redan oavsett

övergångsregeln.

Den andra delen av förestående ändringar, som bygger på Upphandlingsutredningens slutbetänkande, Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) befinner sig i steg 7 i ovan nämnda skiss över det svenska lagstiftningsarbetet. Remissvaren bearbetas och en lagrådsremiss skall utarbetas och beslutas av regeringen. Det omfattande materialet och en mängd komplicerade övervägningar gör att det kommer att ta tid innan vi kan se konsekvenserna av dessa förslag i LOU.

En viss ändring av nuvarande regler i 6 kap. LOU kommer sannolikt med den förestående lagändringen.

En nationell beredning har påbörjats inom regeringskansliet med anledning av de ändringar i LOU som blir aktuella beträffande rättsmedlen på grund av den översyn i EU som pågår av rättsmedelsdirektiven, i syfte att inte hamna i samma tidsnöd som har skett beträffande procedurdirektivens genomförande till svensk lag.

Statistik

Antalet överprövningsmål i länsrätterna

NOU har inhämtat följande uppdaterade uppgifter från Domstolsverkets databas för statistik i verksamheten (SIV). Uppgifterna bygger på registreringar i domstolarnas mål- och ärendehanteringssystem Vera. De skillnader i antalet mål mot vad som tidigare redovisats av NOU beror på att statistiken uppdateras löpande av domstolarna och inte varit slutlig vid NOU:s månadsvisa inhämtning av statistiken. De uppgifter som redovisats i NOU info mars 2007 sid. 14 angående antalet överprövningsmål i kammarrätterna och Regeringsrätten stämmer dock.

År	2002			2003			2004		
	Hå 1	Hå 2	Totalt	Hå 1	Hå 2	Totalt	Hå 1	Hå 2	Totalt
Inkomna	126	217	343	392	483	875	597	528	1125
Avgjorda	123	176	299	387	454	841	603	539	1142

År	2005			2006			2007		
	Hå 1	Hå 2	Totalt	Hå 1	Hå 2	Totalt	jan-april	Hå 2	Totalt
Inkomna	599	681	1280	899	640	1539	378		378
Avgjorda	590	625	1215	933	613	1546	416		416

NOU har även inhämtat nedanstående uppgifter från Domstolsverket SIV om antal avgjorda mål och så kallad ändringsfrekvens, halvårsvis år 2006 för upphandlingsmål, skattemål och för samtliga målkategorier i alla länsrätter. Ändringsfrekvensen visar i hur stor andel av målen som initieras i länsrätten som klaganden får bifall.

Upphandlingsmål		
2006	Ändringsfrekvens	Antal avgjorda mål
Hå 1	35%	933
Hå 2	27%	613
Totalt 2006	32%	1546
Skattemål		
2006	Ändringsfrekvens	Antal avgjorda mål
Hå 1	25%	8633
Hå 2	25%	7882
Totalt 2006	25%	16515
Samtliga målkategorier		
2006	Ändringsfrekvens	Antal avgjorda mål
Hå 1	28%	53937
Hå 2	29%	54985
Totalt 2006	29%	108922

Övrigt

Små och medelstora företags möjligheter på upphandlingsmarknaden

Små och medelstora företags tillgång till marknaden inom offentlig upphandling är ett ämnesområde som för närvarande diskuteras både på europeisk nivå och nationellt i Sverige.

Reglerna i LOU uppmanar i sig inte till att förbättra möjligheterna för små och medelstora företag i förhållande till andra företag att delta i offentliga upphandlingar.

Det utesluter emellertid inte att en rad åtgärder kan vidtas av de upphandlande enheterna, men även av företagen själva för att förbättra dessa möjligheter.

Upphandlande enheter kan till exempel tänka på följande för att stimulera till fler anbud från små och medelstora företag i offentliga upphandlingar:

- att inte ha för stora/omfattande avtal,
- att, om så är möjligt, dela upp upphandlingen i mindre segment. Viktigt är att tröskelvärdesberäkningen ändå görs för hela projektet,
- att inte ha för långa avtalstider för ramavtal, främst med avseende på standardvaror/-tjänster,
- att tänka över om ramavtal, som ofta innebär att man knyter leverantörer till sig för en lång tid och stor volym, är bästa lösningen eller om det inte kan vara lämpligare att göra flera separata upphandlingar,
- att i varje enskild upphandling noga överväga sambandet mellan kvalificeringskraven och det som upphandlas (vilket för övrigt krävs enligt proportionalitetsprincipen) och inte ställa en mängd onödiga krav,

- att på planeringsstadiet inför en offentlig upphandling informera sig om förutsättningar som gäller för leverantörer och produkter på den aktuella marknaden,
- att upphandlingsannonser som satts in i en allmänt tillgänglig databas även tillkännages på den egna hemsidan, naturligtvis med samma innehåll som ursprungsannonsen,
- att genom utannonserade informationsträffar, via den egna hemsidan eller branschorganisationer sprida information till leverantörer t.ex. om sina upphandlingar och rutiner; såsom vilka områden som upphandling görs inom (även direktupphandlingar, t.ex. genom efterannonsering av genomförda direktupphandlingar), vilka typer av upphandlingar som görs ofta, var man annonserar och vilka formella krav som brukar uppställas. Många av dessa uppgifter kan också lämnas i en så kallad upphandlarprofil, som nämns i det nya direktivet inom klassiska sektorn. En upphandlarprofil är en sammanställning tillgänglig på Internet och den innehåller information om den upphandlande enheten och dess upphandlingar,
- att utforma förfrågningsunderlaget så strukturerat och tydligt som möjligt,
- att använda en enhetlig utvärderingsmall,
- att ha så snabba betalningsrutiner som möjligt,
- att inte ha för korta anbudstider och utvidga dem med hänsyn till helgdagar,
- att vara öppen med att ta emot frågor från leverantörer rörande pågående offentliga upphandlingar. Likabehandlingsprincipen anger att samtliga leverantörer skall få samma information vid samma tillfälle, vilket innebär att samtliga leverantörer skall informeras samtidigt om svaren på frågor som inkommer under en offentlig upphandling,
- att gå ut med så mycket information som möjligt till leverantörerna om varför de inte fick upphandlingskontraktet. Marknaden stimuleras därmed till förbättringar inför nästa upphandling.

Leverantörer kan tänka på att följande åtgärder kan förbättra deras möjligheter att delta i offentliga upphandlingar:

- att fortlöpande ha en god dokumentation över sin verksamhet, t.ex. rena ekonomiska bevismedel, men även annat som är relevant på den aktuella marknaden, för att snabbt vara beredd på kommande upphandlingar,
- att begära ut förfrågningsunderlag snabbt och börja arbeta med det så snart som möjligt. På så vis ökar möjligheten att hinna identifiera oklarheter i underlaget och att hinna ställa frågor om dem i upphandlingen,
- att svara på alla administrativa krav. Möjligheten att komplettera är restriktiv i LOU,
- att lämna in anbudet i tid. För sent inkomna anbud får inte tas upp till prövning,
- att informera sig om relevanta upphandlande enheters upphandlingsrutiner och delta på eventuella informationsträffar,
- att under perioden mellan eller inför offentliga upphandlingar informera den upphandlande enheten om sina produkter,
- att utnyttja möjligheterna i LOU och i praxis att lämna anbud i grupp och att hänvisa till annans kapacitet,
- att skaffa sig bättre kunskap om offentlig upphandling. Till exempel om terminologin, om vilka krav som kan ställas, hur anbud inges och vilka åtgärder man kan vidta om något skulle vara felaktigt eller otydligt i upphandlingsunderlaget.

NOU har nyligen även lämnat ett remissvar³⁴ över slutbetänkande Se landsbygden! myter, sanningar och framtidsstrategier³⁵. I yttrandet pekade NOU på att informationen på upphandlingsområdet riktad till små och medelstora företag bör utvecklas. Remissvaret finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats.

Satsning på små och medelstora företag i budgetpropositionen

Ambitionen att stärka små företags ställning vid offentliga upphandlingar har tydliggjorts i regeringens budgetproposition³⁶. I samband med omnämmandet av sammanslagningen av NOU och Konkurrensverket anges att det är en prioriterad uppgift att öka förutsättningarna för små företag att delta i offentliga upphandlingar. Det anges vidare att det är viktigt att små och medelstora företag har kompetens och kunskap om offentliga upphandlingar och regelverket kring dessa för att de affärsmöjligheter som offentlig upphandling medför skall kunna utnyttjas av dessa företag. Det an-

ses angeläget att processerna och kraven kring offentlig upphandling, anpassas till de små och medelstora företagens förutsättningar och "det krävs fungerande rättsmedel och sanktionsmöjligheter för att skapa förutsättningar för en effektiv tillämpning av upphandlingsreglerna".

I budgetpropositionen anges vidare att Konkurrensverket bör förstärkas med 5 miljoner kronor årligen från 2008 för insatser för att effektivisera arbetet med offentlig upphandling och underlätta för små företag att delta i offentliga upphandlingar.

³⁴ Dnr 2007/002-22.

³⁵ SOU 2006:101.

³⁶ Prop. 2006/07:100.

Utredning om fritt val inom äldre- och handikappomsorgen

Regeringen har genom socialdepartementet den 15 mars 2007 fattat beslut om kommittédirektiv Fritt val inom äldre- och handikappomsorgen³⁷. En särskild utredare har tillsatts för att utreda förutsättningarna för ökad valfrihet när det gäller vård, stöd och service, inklusive särskilt boende, som ges till äldre och personer med funktionshinder enligt socialtjänstlagen (2001:453). Utgångspunkten för utredarens förslag skall vara att öka valfriheten och inflytandet för äldre och personer med funktionshinder. Förslagen skall främja en mångfald av utförare, både i fråga om storlek och inriktning.

Ett skäl till att utredningen har tillsatts är att det är oklart hur olika valfrihetsmodeller (kundvalssystem) förhåller sig till upphandlingslagstiftningen. Utredaren skall bland annat analysera och lämna förslag på utformningen av ett val-

frihetssystem för äldre och personer med funktionshinder med insatser enligt socialtjänstlagen med beaktande av upphandlingslagstiftningen. Utredaren skall även bland annat lämna förslag på nationella krav och kvalitetskriterier som skall vara uppfyllda för att en utförare skall bli godkänd i valfrihetssystemet, analysera och vid behov lämna förslag, dels beträffande möjligheterna till samverkan både mellan utförare och mellan kommuner och dels beträffande frågorna kring att reglera kontroll och uppföljning av verksamheten.

Utredaren skall senast den 1 juli 2007 lämna ett delbetänkande och uppdraget skall slutredovisas den 1 januari 2008.

Mätning av företagens administrativa kostnader

Regelförbättringsgruppen på Verket för näringslivsutveckling (Nutek) mäter på regeringens uppdrag administrativa kostnader för företag till följd av lagstiftning på olika områden, bland annat den som finns beträffande offentlig upphandling. Mätningen skall redovisas till Näringsdepartementet senast den 31 december i år.

Ett första steg är att kartlägga området och göra avgränsningar av aktuell lagstiftning. Sedan vidtar intervjuer med företag och experter på området. En uträkning görs därefter av hur lång tid det tar för ett normaleffektivt företag att följa lagstiftningen som den är avsedd att följas. Avslutningsvis

tas en summa fram för hur stor kostnaden blir för samtliga företag som berörs av lagstiftningen.

Mätningarna är ett verktyg i regelförenklingsarbetet. Regeringen har satt som mål att minska företagens administrativa kostnader för samtliga statliga regelverk med minst 25 procent fram till hösten 2010. Med administrativ kostnad menas kostnad för att upprätta, lagra eller överföra information eller uppgifter som föranletts av krav i lagar, förordningar, myndigheters föreskrifter eller anvisningar i allmänna råd. Med företag menas i detta sammanhang en juridisk eller fysisk person som bedriver näringsverksamhet.

³⁷ Dir. 2007:38.

NOU:s granskning av två urvalsupphandlingar

Nedan refererade ärende behandlades vid nämndsammanträdet den 13 juni 2007.

NOU har granskat två urvalsupphandlingar av tryckeritjänster som genomförts av ett kommunalt bolag (bolaget).³⁸ NOU bedömde att ärendet var av allmänt intresse i så motto att NOU:s synpunkter på de fel som begåtts kan tjäna som ett pedagogiskt exempel – inte bara för det aktuella bolaget utan även för andra upphandlande enheter – på väsentliga kontroller att vidta i en upphandling.

Leverantören hade med stöd av 1 kap. 27 § LOU begärt en motivering varför bolagets ansökan om att få lämna anbud i den ena upphandlingen hade förkastats. Bolaget menade att en motivering skickats via e-post till leverantören. Trots att NOU efterfrågade den motivering som skulle ha sänts, kom inte någon sådan in, utan endast ett e-postmeddelande i vilket bolaget efter leverantörens begäran om motivering svarat leverantören ”Vi fick in 12 ansökningar och var tvungna att göra ett urval”.

NOU konstaterar i sitt beslut att detta inte är en godtagbar motivering i enlighet med de krav som LOU ställer och att bolaget i detta avseende brutit mot upplysningsskyldigheten i 1 kap. 27 § LOU.

I ärendet var också fråga om att ansökningsinbjudningarna var bristfälliga på grund av att det saknades objektiva urvalskriterier och information om hur bolaget skulle gå tillväga vid urvalet av leverantörerna. Bolaget hade bl.a. efterfrågat information såsom kontaktuppgifter, registreringsbevis, referenser m.m. Förutom detta skulle anbudssökandena lämna en kort beskrivning av företaget och dess verksamhet och upplysningar om att företaget har erfarenhet av liknande produkter samt arbetat med liknande produktion.

NOU konstaterar att vad som krävs beträffande urvalskriterier i upphandlingar enligt 6 kap. LOU ännu inte har ställts på sin spets. Bolaget hade dock inte ställt upp några kriterier som kunde ge ledning för hur ett urval skulle gå till – inte ens någonting som kunde betecknas som kvalificeringskrav. NOU:s uppfattning är därför att bolaget i detta avseende brutit mot de grundläggande principer som bär upp LOU.

NOU fann även att tilldelningsbeslutet var undermåligt

motiverat. I tilldelningsbeslut avseende den ena upphandlingen angavs följande:

Bolaget ”har genomfört utvärdering av inkomna anbud i rubricerad upphandling och vill informera om att vi har för avsikt att teckna avtal med följande tryckeri: Falkenbergs Tryckeri.

Inkomna anbud har utvärderats enligt förfrågningsunderlaget. Utvärderingen har skett med tillämpning av följande rangordnade kriterier:

- Kvalitet
- Pris
- Erfarenhet/referenser
- Ekonomisk stabilitet – vilket bedömts utifrån UC’s riskbedömning

Vid utvärderingen har ovan angivna anbud funnits vara det mest fördelaktiga med hänsyn till sin förmåga att uppfylla ställda krav.”

Enligt NOU:s mening uppfyller tilldelningsbeslutet inte den upplysningsskyldighet som ställs upp i 1 kap. 28 § LOU, då tilldelningsbeslutet inte innehåller någon ny information om utvärderingsförfarandet än vad förfrågningsunderlaget gör. Den information som getts är alltför knapphändig för att en leverantör skall kunna uppfatta varför hans anbud förkastats och på så sätt kunna tillvarata sina rättigheter. NOU anför även upplysningsvis att konsekvensen av att ett tilldelningsbeslut inte uppfyller kraven i 1 kap. 28 § första stycket LOU är, att tiodagarsfristen i 7 kap. 1 § tredje stycket LOU inte börjar löpa.

Av handlingarna i ärendet framgick även att bolaget tillämpat ett krav på ekonomisk stabilitet som utvärderingskriterium. NOU konstaterar att ett utvärderingskriterium uteslutande skall ha anknytning till det som upphandlas. Krav på ekonomisk stabilitet hör till kvalificeringsfasen i en upphandling. Bolaget hade således även i detta hänseende brutit mot de grundläggande principer som bär upp LOU.

NOU fann även anledning att upplysa om att en upphandlande enhet inte endast kan godta kreditomdömen från exempelvis UC. Det måste alltid finnas en möjlighet för en leverantör att visa sin kreditvärdighet på annat sätt för att principerna som bär upp LOU inte skall trädas förnär.

³⁸ Ärendet med dnr 2005/0199-26 är publicerat på www.nou.se.

