

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