

Adinco AB
Lars Jansson
Rådmansgatan 14
114 25 STOCKHOLM

Fråga om proportionalitetsprincipen och krav på erfarenhet från landsting eller kommun

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

NOU har den 26 maj 2005 mottagit en skrivelse i vilken Ni undrar om landstingsrevisorernas krav på erfarenhet från landsting eller kommun vid upphandling av konsultstöd vid granskning inom upphandlingsområdet är förenlig med proportionalitetsprincipen.

Landstingsrevisorerna har yttrat sig över er skrivelse och i huvudsak anfört följande. Aktuell upphandling avsåg konsultstöd i såväl granskningar av landstingets upphandlingsverksamhet som genomförda stora upphandlingar under revisionsåren 2005 och 2006. Av förfrågningsunderlaget framgår att konsulterna ”ska ha dokumenterad erfarenhet av kommunal eller landstingskommunal organisation och verksamhet”. Enligt revisionskontorets uppfattning är det av stor vikt att anlita konsulter som har erfarenhet av kommunal eller landstingskommunal organisation och verksamhet. Det finns stora skillnader i hur beslut fattas i kommuner och landsting jämfört med exempelvis staten, även i hur uppdraget för revisionen är formulerat. I kommuner och landsting utövas beslutanderätten av fullmäktige. Den kommunala revisionen verkar i ett politiskt system och utförs av förtroendevalda revisorer. Landstingsrevisorerna har som externrevisorer landstingsfullmäktiges uppdrag att granska all verksamhet i Stockholm läns landsting. Revisionen skall följa upp verkställigheten av fullmäktiges beslut. Målet med revisionen är ansvarprövningen, d.v.s. revisorernas bedömning om ansvarfrihet.

Enligt kommunallagen skall revisorerna i sin granskning biträdas av sakkunniga. De sakkunniga skall ha den insikt och erfarenhet av kommunal verksamhet som fordras för att kunna fullgöra uppdraget, enligt 9 kap. 8 § kommunallagen (1991:900). I lagen markeras att revision av kommuner och landsting kräver en speciell kompetens. De grundläggande beståndsdelarna i denna kompetens utgörs av kunskap om kommunal verksamhet, förvaltning, styrsystem, den lagstiftning som styr kommunal verksamhet och vad som är god revisionssed för kommunal revision¹. Mot denna bakgrund är det av stor vikt att även anlitade konsulter och revisionsbyråer har god kompetens av kommunal verksamhet för att kunna förstå uppdraget och sätta in det i ett sammanhang. Tidigare erfarenheter av konsulter har visat att bristande erfarenhet från kommunal eller landstingskommunal organisation och verksamheter dels kan kräva betydligt mer handledning från revisionskontoret, dels kan medföra problem i granskningsarbetet. Resultatet har i vissa fall fått betydande konsekvenser för såväl revisionskontoret som anlitad konsult.

Bakgrund

Landstingsrevisorerna har i sin upphandling av konsultstöd med dnr RK 200504-29 i förfrågningsunderlagets punkt 7.2 Krav på tjänsten ställt följande krav. ”Anvisade konsulter skall ha dokumenterad erfarenhet av kommunal eller landstingskommunal organisation och verksamhet”.

Rättslig reglering av proportionalitetsprincipen

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller vilka krav som får ställas på tjänsten. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får istället avgöras med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen. Principerna om likabehandling, inklusive icke-diskriminering samt transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.²

Proportionalitetsprincipen hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis till gemenskapsrättens allmänna principer, och nationella myndigheter måste, när de tillämpar gemenskapsrätten, följa proportionalitetsprincipen, även i de fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär

¹ Den kommunala revisionen – ett demokratiskt kontrollinstrument SOU 1998:71.

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

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.³ Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de viktiga åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.⁴

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.⁵ 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.

NOU har på begäran från Kammarrätten i Stockholm tidigare yttrat sig angående proportionalitetsprincipen och ett leverantörskrav som var formulerat som ”[r]elevanta utbildning, d.v.s. språkkonsultutbildning från högskolan eller motsvarande”.⁶ NOU konstaterade i sitt yttrande att frågan huruvida aktuellt krav strider mot proportionalitetsprincipen är en bedömningsfråga som måste avgöras mot bakgrund av den bevisning som parterna åberopar i kammarrätten. NOU avstod därför att ta ställning i sak. Kammarrätten fann dock att kravet stred mot proportionalitetsprincipen då rätten fann att det fanns ett mindre ingripande alternativ. En kombination av skall-krav som tar sikte på såväl leverantörens erfarenhet som teoretiska meriter kan enligt kammarrättens mening uppfylla det av kommunen angivna syftet med skall-kravet.

³ EG-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29.

⁴ Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 5 uppl., Oxford University Press, 2003, sid. 152.

⁵ De Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, *Yearbook of European Law* vol. 13, 1993, sid. 146.

⁶ NOU:s yttrande, dnr 2005/0088-29, den 11 maj 2005, Kammarrättens mål nr 1903-05, dom meddelad den 30 juni 2005.

NOU:s bedömning

Vid bedömningen om ett krav strider mot proportionalitetsprincipen skall tre rekvisit beaktas enligt EG-rätten som nämnts ovan. För det *första* skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I förevarande fall har landstinget i sitt yttrande förklarat att såväl verksamheten i praktiken, som de legala kraven i kommunallagen kräver att de som utför uppdragen har erfarenhet av kommunal eller landstingskommunal verksamhet. NOU finner utifrån av landstinget lämnad redogörelse att det aktuella kravet är en lämplig och effektiv åtgärd.

För det *andra* skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Angående mindre ingripande alternativ har landstingsrevisorerna anfört att tidigare erfarenheter av konsulter har visat att bristande erfarenhet från kommunal eller landstingskommunal organisation och verksamheter dels kan kräva betydligt mer handläggning från revisionskontoret, dels kan medföra problem i granskningsarbetet. Landstingsrevisorerna påtalar även att resultatet i vissa fall fått betydande konsekvenser för såväl revisionskontoret såsom för anlita konsult. NOU finner mot bakgrund härav att landstingsrevisorerna har prövat ett mindre ingripande alternativ som dessvärre ej varit tillräckligt för att uppnå det eftersträvade syftet.

För det *tredje* skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Den negativa effekten av kravet på erfarenhet av kommunal eller landstingskommunal verksamhet skulle kunna vara, såsom Lars Jansson påtalat, att kravet stänger ute konsulter med exempelvis erfarenhet från statlig verksamhet. Den upphandlande enheten har dock valt att formulera kravet såsom "erfarenhet av" och inte krävt någon formell utbildning eller intyg. Enligt Kammarrättens i Stockholms resonemang ovan, skulle ett skall-krav som tar sikte på såväl leverantörens erfarenhet som teoretiska meriter uppfylla det av den aktuella kommunens angivna syfte med det ovillkorliga kravet. NOU finner att Landstingsrevisorernas krav är ställt på ett sådant sätt att både praktiska och teoretiska meriter kan vägas in. Detta torde medföra att den negativa effekten, d.v.s. den eventuella begränsningen inte är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Sammanfattningsvis finner NOU att Landstingsrevisorernas krav inte strider mot proportionalitetsprincipen. NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats av chefsjurist Michael Slavicek efter samråd med kanslichefen Margareta Hentze. Ärendet har beretts av jur. kand. Karin Peedu.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Kopia för kännedom:
Stockholms läns landsting
Landstingsrevisorerna
Att: Lennart Björk
Box 22230
104 22 STOCKHOLM