

Byggandets kontraktskommitté, BKK
gnm Jens Lundgren
Sveriges Byggindustrier
Box 7835
103 98 STOCKHOLM

Yttrande över remiss avseende förslag till nya Allmänna Bestämmelser för Totalentreprenader avseende byggnads- anläggnings- och installationsarbeten (ABT 05)

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

Tillämpning av LOU

Bestämmelserna i ABT 05 rör i stor utsträckning den del av inköpsprocessen som regleras i LOU, men hanterar i stora delar frågor i vilka LOU inte är av relevans. NOU anser att det är bra att lagstiftningen avseende offentlig upphandling nämns i ABT 05, eftersom LOU påverkar det sätt på vilket de organisationer som omfattas av lagstiftningen kan genomföra sina köp. LOU nämns dock endast på ett fåtal platser i ABT 05, trots att fler bestämmelser påverkas. Det vore därför önskvärt om det framgick klart och tydligt i de allmänna bestämmelserna att inköp som görs av upphandlande enheter skall göras enligt LOU och därmed begränsar möjligheterna att fritt tillämpa ABT 05. Om det uppkommer en kollision mellan LOU och ABT 05 skall lagen således ha företräde.

Vid offentlig upphandling är det viktigt att den upphandlande enheten innan ett förfrågningsunderlag utformas, är klar över vad som skall köpas. Behovsanalys och undersökning av vilka möjligheter marknaden kan erbjuda skall göras innan förfrågningsunderlaget utformas. Det gäller vid all offentlig upphandling och således även vid upphandling av byggentreprenader. Även vid funktionsupphandling är det viktigt att det är tydligt och klart i förfrågningsunderlaget vilken funktion som skall uppfyllas. Det är således väsentligt att upphandlande enheter har klart för sig att användningen av ABT 05 inte förändrar upphandlande enheters skyldighet att uppställa tydliga krav i förfrågningsunderlaget.

Orent anbud

I förslaget till ABT 05 på sid. 8 anges att anbudsgivares redovisning av funktion eller en teknisk lösning som avviker från de funktionskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget *kan* (NOU:s kurs.) vara en otillåten reservation enligt lagen om offentlig upphandling. NOU:s uppfattning är att avvikelser från förfrågningsunderlaget i anbudet *är* en otillåten reservation om inte förhandlingar är tillåtna enligt LOU. Skrivningen i ABT 05 riskerar därför att vilseleda upphandlande enheter. Resonemanget skall skiljas från den möjlighet som leverantörer har enligt LOU att lämna alternativa anbud (såvida inte den upphandlande enheten uttryckligen motsatt sig ingivandet av sådana). Alternativa anbud måste dock uppfylla de minimikrav som den upphandlande enheten ställt upp i förfrågningsunderlaget för att kunna godkännas.

Förhandlad upphandling med föregående annonsering får, utom vid upphandling inom försörjningssektorerna, enbart föras i vissa i lagen angivna undantagsfall.¹ Diskussioner mellan upphandlande enheter och leverantörer under upphandlingens gång torde i de flesta fall vara att anse som förhandling som sålunda endast är tillåten i de fall förhandlad upphandling är tillåten i LOU.

ÄTA-arbeten

Förhandlad upphandling utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande enligt LOU som regleras särskilt både inom klassiska sektorn och försörjningssektorerna.

Det finns med anledning av detta en problematik avseende reglerna om ändringar och tillägg till arbeten (s.k. ÄTA-arbeten) i ABT 05. Vid byggtreprenad får ändringar eller tillägg endast göras under de förutsättningar som anges i 3 kap. 15 § 3 p. LOU² som lyder:

”Förhandlad upphandling får användas utan föregående annonsering om... 3. upphandlingen gäller tilläggsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, under förutsättning att tilläggsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller att tilläggsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras.”

¹ Se 3 kap. 14 § och 3 kap. 17 § LOU. Noteras bör att LOU den 1 oktober 2006 kommer att ändras till följd av nya EG-direktiv inom rättsområdet. LOU kommer att ha en annan struktur. Reglerna om förhandlad upphandling med föregående annonsering kommer att kvarstå i de lagar som då träder i kraft, men i andra paragrafer.

² Liksom avseende 3 kap. 14 och 17 §§ LOU kommer regeln i 3 kap. 15 § LOU kommer att kvarstå i de lagar om offentlig upphandling som träder i kraft den 1 oktober 2006, men i andra paragrafer.

Bestämmelsen kan bara tillämpas om värdet av tillägsarbetena inte överstiger hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde.

Kommentaren till kapitel 2 § 3, sista stycket i ABT 05, som lyder "[i] lagen (1992:1528) om offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte utan ny upphandling är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbeten.", skulle med anledning av regeln om förhandlad upphandling utan föregående annonsering i 3 kap. 15 § 4 p. LOU, behöva formuleras så att det tydligare framgår att det enbart i de i LOU angivna undantagsfallen är möjligt att göra tillägg till det ursprungliga köpet.

3 kap. 15 § 4 p. LOU lyder:

" Förhandlad upphandling får användas utan föregående annonsering om... 4. upphandlingen gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya arbeten beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdesberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet."

På grund av tidsbrist har NOU:s kansli beslutat att besvara remissen utan beslut i nämnden.

Beslut i detta ärende har fattats av kanslichefen Margareta Hentze i samråd med chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Charlotte Brunlid.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Charlotte Brunlid