

Utbildnings- och
kulturdepartementet
Kulturenheten
Ann Aurén
103 33 STOCKHOLM

Remissvar avseende betänkandet Uppdragsarkeologi i tiden (SOU 2005:80)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor som berör offentlig upphandling.

Avgränsningar i uppdraget och lagens (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Utredningen påtalar att enligt utredningsdirektiven kan slutsatsen dras att frågan om LOU:s tillämpning inte omfattas av uppdraget¹. Vidare antecknas att Kulturutskottet föreslagit att riksdagen borde avvakta utredningsarbetet innan frågan om LOU:s tillämplighet övervägdes. Riksdagen beslutade i enlighet med Kulturutskottets förslag².

NOU anser dock att frågan om LOU:s tillämplighet bör beaktas innan förslag om lagändring läggs. Ett lagförslag som inte beaktar denna fråga kan strida både mot LOU och EG:s direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, (direktivet inom klassiska sektorn)³. Frågan kan påverka även lämpligheten av den föreslagna organisatoriska modellen med bolagiseringen av Uppdragsverksamhet.

¹ SOU 2005:80, sid 31.

² SOU 2005:80 sid 29.

³ Detta direktiv ersätter EG:s direktiv 92/50/EEG om upphandling av tjänster, men torde ej innebära någon ändring i sak för de nu aktuella frågorna. Implementeringsfristen för direktiv 2004/18/EG gick ut den 1 februari 2006, Sverige är försenat med de nya upphandlingsreglerna som införlivar direktivet i svensk rätt. De nya svenska lagen förväntas tidigast träda i kraft i oktober 2006.

NOU har vid ett flertal tidigare tillfällen gjort bedömningen att uppdragsarkeologi innefattar sådan tilldelning av kontrakt som omfattas av LOU, se bl.a. bilaga 1-2.

Tidigare behandling av frågan om undantag från LOU

Enligt en lagändring som trädde i kraft 1997 infördes i lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. (KML) vissa undantag från LOU. Dessa undantagsbestämmelser gäller endast länsstyrelsens beslut om särskild utredning, arkeologisk förundersökning eller särskild undersökning. Enligt motiveringen till lagändringen⁴ bygger undantagen på antagandet att nämnda beslut utgör myndighetsutövning. Som stöd för att myndighetsutövning är undantagen från EG:s direktiv 92/50/EEG om upphandling av tjänsters⁵ tillämpningsområde åberopas i förarbetena att artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget gör undantag för verksamhet som hos medlemsstaten är förenad med utövandet av offentlig makt.

NOU har i ett yttrande den 17 oktober 1996 uttalat att länsstyrelsens angivande av vem som skall utföra de uppdragsarkeologiska tjänsterna enligt NOU:s mening skall föregås av upphandling enligt reglerna i LOU, eftersom angivandet inte kan anses utgöra myndighetsutövning. Lagrådet anförde (prop. 1996/97 sid. 43) bl.a. att även om KML stadgar att LOU inte är tillämplig för aktuella tjänster så ”gäller självfallet att frågan i sista hand kan komma att bli föremål för prövning av EG-domstolen”.

Vem är beställare, länsstyrelsen eller exploitören?

Både länsstyrelsen och exploitören är delaktiga i beställarrollen, fastän på olika sätt. I betänkandet⁶ anges att det i vissa sammanhang talas om att länsstyrelsen är beställare för uppdragsarkeologin. Frågan om vem som tecknar avtal med den som utför den arkeologiska undersökningen (undersökaren) kan dock behövas förtydligas. När någon skall exploatera mark ansöker exploitören om tillstånd att få genomföra en arkeologisk utredning enligt 11 § KML. Länsstyrelsen fattar sedan beslut om en fornlämning får tas bort, helt eller delvis, samt ställer krav på arkeologisk undersökning. Länsstyrelsen framställer en kravspecifikation för hur genomförandet skall gå till. Vid val av undersökare skall länsstyrelserna bl.a. följa Riksantikvarieämbetets föreskrifter KRFS 1998:1. Länsstyrelsen fastställer även det arvode som skall betalas av exploitören. Enligt de gängse avtalsvillkoren ABK har exploitören rätt att innehålla en delsumma av betalningen tills rapport inkommit. Exploitören är i de allra flesta fall en upphandlande enhet, exempelvis Vägverket eller Banverket. Detta innebär att de måste följa LOU när de upphandlar tjänster, till skillnad från vad som gäller för privata exploitörer som inte är upphandlande enheter.

⁴ Prop. 1996/97 sid. 10.

⁵ Numera ersätt av direktiv 2004/18/EG.

⁶ SOU 2005:80, s. 53.

Sammanfattningsvis kan konstateras att exploatören betalar⁷ och länsstyrelsen fastställer kravspecifikation och utser utförare. Kammarrätten i Stockholm⁸ har konstaterat att det inte är länsstyrelsen som ingår avtal med undersökaren, utan att det skriftliga avtal som tecknas, ingås mellan exploatören och undersökaren. Vid utebliven betalning skall undersökaren följaktligen kräva fullföljelse av exploatören och inte av länsstyrelsen⁹. Denna lösning har dock vissa inneboende otydligheter och det kan även tyckas främmande för upphandlings- och avtalsrätten att en myndighet, som inte är avtalspart, väljer utföraren och påverkar avtalsvillkor och pris. Det torde även innebära att privata exploatörer som inte behöver upphandla enligt LOU, inte själva får utse undersökare, utan är bundna vid länsstyrelsens förfarande. Vidare kan påtalas att utredningens mål att stärka länsstyrelsernas ställning på området¹⁰, bättre torde kunna uppnås om det är länsstyrelserna som innehar beställarrollen. NOU anser att beställarrollens delning mellan exploatör och länsstyrelse bör bli föremål för ytterligare överväganden och behöver förtydligas i kommande lagstiftning.

Är uppdragsarkeologi att anse som A-tjänst eller B-tjänst?

Enligt ett tidigare yttrande från NOU torde den aktuella tjänsten vara att anse som en B-tjänst.¹¹ Normalt upphandlas B-tjänster enligt reglerna i 6 kap. LOU. I detta kapitel har dock den svenska lagstiftaren infört ett flertal bestämmelser som inte återfinns i aktuella EG-direktiv. Lagstiftaren har i KML uttryckligen uppgivit att LOU inte är tillämplig när länsstyrelsen skall utse vem som skall utföra undersökningen. Ett sådant undantag förutsätter emellertid att Sverige lagstiftar om en särskild modell av upphandling för dessa tjänster, med beaktande av att kraven i EG-rätten uppfylls.¹² Ett sådant förfarande bör regleras i LOU.

Bolagisering av Riksantikvarieämbetets Uppdragsverksamhet

Den föreslagna bolagiseringen av Uppdragsverksamhet (UV) i aktiebolagsform i syfte att särskilja verksamheten från Riksantikvarieämbetets (RAÄ) övriga verksamhet, innebär enligt NOU:s mening att det blir tydligare än tidigare att uppdragsarkeologin inte är myndighetsutövning. NOU:s ståndpunkt att uppdragsarkeologin måste upphandlas enligt LOU kvarstår således. UV i aktiebolagsform är inte samma juridiska person som RAÄ.

⁷ När det gäller tidigare kända fornlämningar svarar exploatören för kostnaderna som är förknippade med undersökning och borttagande av fornlämningen. För tidigare okända fornlämningar svarar istället länsstyrelsen (staten) för dessa kostnader, 2 kap. 12-14 § § KML.

⁸ Kammarrätten i Stockholm, målnr. 1455-03, datum 2003-04-29.

⁹ Se bl.a. dom från Handens tingsrätt, mål nr T2987-03, rotel 1, datum 2004-05-05.

¹⁰ SOU 2005:80, se bl.a. s. 71.

¹¹ NOU:s yttrande, dnr 2003/0166-21.sid. 2.

¹² EG domstolen uttalade i bl.a. mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, att alla upphandlande enheter är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principerna om icke-diskriminering, likabehandling samt kravet på insyn i synnerhet. Se även kommentar i *NOU-info* dec-05, sid.6.

Bolagets tjänster torde således behöva upphandlas av upphandlande enheter i konkurrens med andra leverantörer. Endast om RAÄ kommer att ha en sådan kontroll över UV:s verksamhet som är att likställa med kontroll över sin egen förvaltning, behöver RAÄ inte upphandla tjänster från det helägda bolaget.¹³

Enligt beaktandesats fyra till EG-direktivet om upphandling inom klassiska sektorn, bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids, när ett offentligträttsligt organ lämnar anbud i ett upphandlingsförfarande.

Bolagiseringen av UV kommer att innebära att UV blir ett helägt statligt bolag. Som en konsekvens att detta bör beaktas huruvida det nya bolaget är en upphandlande enhet enligt 1 kap 6 § LOU. Finansieringen kommer huvudsakligen att ske med statliga medel. Bolaget har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. Endast om behovet är av kommersiell karaktär kan bolaget undgå att anses som en upphandlande enhet. Syftet är visserligen att UV skall erbjuda sina tjänster på samma villkor som andra arkeologer inom branschen. UV har dock ett särskilt ansvar att agera i de situationer då ingen annan lämnar anbud. Detta är en av flera faktorer som torde leda till att behovet inte är av kommersiell karaktär.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 mars 2006, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommersrådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschef Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Karin Peedu. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Karin Peedu

¹³ Av EG-domstolens dom C-107/98 Teckal framgår att upphandlingsreglerna är tillämpliga när en upphandlande enhet/myndighet "avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet". I domskälen anges "Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den 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, skulle något annat kunna gälla".

Bilagor:

- 2001/0020-21, fråga om NOU:s synpunkter på särskild reglering av anskaffning av arkeologitjänster och Länsstyrelsens i Uppsala län anskaffning av dylika tjänster.
- 2002/02347-22 Remissyttrande över Riksdagens revisorers rapport 2002/03:3, Arkeologi på uppdrag.