

Deltagande i forskningsprojekt

SID 7

Beslut om avbrytande kan prövas  
av förvaltningsdomstol

SID 11

NOU:s Designbroschyr

SID 15

<b>Kanslichefen har ordet</b>	<b>3</b>
<b>Förändring av regelverket</b>	<b>4</b>
Upphandlingsutredningens slutbetänkande och kommande lagstiftning	4
<b>Upphandlande enhet</b>	<b>4</b>
Statliga bolag som inte delar NOU:s bedömning att de är upphandlande enheter	4
<b>Tillämpning av LOU</b>	<b>5</b>
Kommun får inte teckna avtal med kommunalt bolag utan föregående upphandling	5
Anskaffning av rättsintyg skall ske genom upphandling	6
<b>Upphandlingsförfaranden</b>	<b>6</b>
Alternativt upphandlingsförfarande vid upphandling av konst?	6
Potentiella leverantörers deltagande i forskningsprojekt	7
<b>Förfrågningsunderlaget</b>	<b>8</b>
SIS hjälper dig hitta rätt standard	8
<b>Annonsering</b>	<b>9</b>
Förteckning över annonseringsdatabaser saknas	9
<b>Anbudsprövning</b>	<b>9</b>
Viktning av underkategorier	9
Prisförhandlingar	10
Krav på kontroll av uppgifter i anbud	10
<b>Avbruten upphandling</b>	<b>11</b>
Beslut om avbrytande av upphandling kan prövas av förvaltningsdomstol	11
Sakliga skäl för avbrytande av upphandling	13
<b>Rättsmedel och processrättsliga frågor</b>	<b>13</b>
Problemlösning vid gränsöverskridande handel genom PPN och SOLVIT	13
Förvaltningsdomstol kan inte ta hänsyn till ej återopad grund	14
<b>Miljö</b>	<b>15</b>
Handlingsplan för en miljöanpassad offentlig upphandling	15
<b>Tjänsteupphandling</b>	<b>15</b>
Designbroschyr	15
Remissvar angående uppdragsarkeologi	16
<b>Sociala hänsyn inkl arbetsrätt</b>	<b>16</b>
Krav på kollektivavtal vid upphandling	16

*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](http://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](http://www.nou.se)

Det är tillåtet att kopiera  
innehållet i *NOU info*  
Glöm inte att ange källan,  
t. ex. "*NOU info mars -06*"

Dnr 2006/0060-21

### NYA NOU INFO

*NOU info* utkommer  
fyra gånger per år  
och finns tillgänglig  
på NOU:s webbplats,  
[www.nou.se](http://www.nou.se). Där går  
det även att prenu-  
merera på en tryckt  
version, pris 340:-  
exkl. moms/år.

## Kanslichefen har ordet

Vären känns långt borta och detsamma gäller den nya upphandlingslagstiftningen. Det är väl inte mycket som talar för att den (sistnämnda) till någon del kan vara på plats i år.

Slutbetänkandet som behandlar upphandlingen under tröskelvärdena m.m. väntas överlämnas till ministern den 20 mars. Sekretessen runt innehållet förefaller ha varit betryggande. NOU har sålunda inget nytt att komma med om detta i nyhetsbrevet. Självfallet kommer en redovisning av de viktigaste förslagen i nyhetsbrevet i juni, även om de flesta av er då själva har studerat betänkandet. Vid det laget bör remissförfarandet vara i full gång.

En förordning om antidiskrimineringsklausuler är att förvänta inom en inte alltför avlägsen framtid, men är ännu inte beslutad. Den aktuella förordningen kommer endast att gälla vissa myndigheter, så övriga upphandlande enheter kommer även i fortsättningen att själva få bedöma i vilken utsträckning klausuler skall användas. Det återstår att se vilka myndigheter, om inte alla, som kommer att omfattas och vilka kontrakt.

Av förslag till nya rättsmedelsdirektiv från Kommissionen har vi däremot ännu inte sett några spår. Nästkommande möte i slutet av mars i den Rådgivande Kommittén har överraskande nog ingenting om detta på sin dagordning.

Med den nya layouten på nyhetsbrevet behöver jag väl inte "lobba" för läsning av vissa delar, ni blir säkert sugna ändå genom kortrubrikerna på framsidan.....?

Upphandlingshälsningar  
Margareta Hentze

## Upphandlingsutredningens slutbetänkande och kommande lagstiftning



Införlivningstiden för de nya direktiven har löpt ut den 1 februari 2006 utan att vi fått en ny lag att följa. Såsom NOU angivit i *NOU info dec -05* måste de upphandlande enheterna avvakta

med att tillämpa direktivets regler tills dessa införs i svenska lagstiftning.

Upphandlingsutredningen 2004 har ännu när detta nyhetsbrev skrivs inte presenterat sitt slutbetänkande. Betänkandet skall överlämnas till Finansdepartementet den 20 mars 2006. Utredningen väntas föreslå att de nya förfaranden, som införts i direktiven, införs även i svensk lag. Hela lagstiftningspaketet blir kraftigt försenat och det förefaller osannolikt att någon ny lagstiftning ikraftträder ens till kommande årsskifte. De regler som föreslås i slutbetänkandet om konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpsystem och elektroniska auktioner m.m. får för-

modligen anstå till senare delen av 2007.

Av nyheterna under tröskelvärdena kan man förvänta sig fasta beloppsgränser för direktupphandling, att annonsering på egen webbplats blir tillåten som alternativ till annonsering i allmänt tillgänglig databas, att det införs ytterligare undantag för förenklad upphandling utan skyldighet för den upphandlande enheten att infordra anbud när den kan visa att det inte finns några andra leverantörer samt att flera regler i språk och utformning anpassas till vad som gäller över tröskelvärdena. Betänkandets slutliga och exakta utformning är dock i skrivande stund okänd för NOU.

I regeringskansliet pågår vidare ett arbete med syfte att föreslå att vissa större statliga myndigheter med stor upphandlingsverksamhet, exempelvis de som arbetar med statlig inköpsamordning, åläggs att inom kort införa antidiskrimineringsklausuler i sina kontrakt.

### Upphandlande enhet

## Statliga bolag som inte delar NOU:s bedömning att de är upphandlande enheter



Med anledning av många förfrågningar publicerar NOU en uppdaterad lista på de största företag med statligt ägande som inte anser sig behöva följa LOU. NOU anser att LOU bör tillämpas vid bolagens till-

delning av samtliga kontrakt, således även transporter, reklam, utrustning och fastighetsförvaltning. NOU som inte har några rättsmedel att tillgå, har informerat regeringen om föreliggande förhållanden. För närvarande pågår en granskning från Riksrevisionens sida om tillsynen av statliga bolags efterlevnad av upphandlingsreglerna. Granskningen beräknas avslutas i april 2006, se [www.riksrevisionen.se](http://www.riksrevisionen.se).

**Systembolaget AB** – frågan gäller bl.a. om gränshandeln och försäljningen på färjorna i Östersjön påverkar bolagets detaljhandelsmonopol i sådan riktning att verksamheten kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär.

**Svenska Spel AB** – bolaget anser att dess verksamhet, vars syfte är att tillföra medel till statskassan under

kontrollerade former, är kommersiell. NOU har i sin bedömning snarare fäst sig vid de samhällsintressen som ligger bakom spelmonopolet.

**Posten AB** – bör enligt NOU följa en dom från länsrätten vari bedömningen görs att Posten AB är en upphandlande enhet eller få till stånd en ny bedömning av frågan. NOU har inte gjort någon ny bedömning av Postens verksamhet inom ramen för den nu gällande organisationen.

**Akademiska Hus AB** – anser sig arbeta på en konkurrensutsatt marknad. NOU anser inte bolagets argument härför vara övertygande.

**SP Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB** – bedriver mätteknisk verksamhet, provning, certifiering samt tekniska undersökningar av material, konstruktioner och system samt bedriver teknisk-vetenskaplig forskning och utveckling inom sitt verksamhetsområde. NOU anser att vissa delar av verksamheten inte är av industriell eller kommersiell karaktär, medan bolaget anser sig vara helt kommersiellt.

**Sveaskog AB** – anser sig vara ett kommersiellt bolag. NOU anser att bolaget täcker behov i det allmännas intresse, som inte är av kommersiell karaktär, eftersom bolaget tillhandahåller ersättningsmark till staten i samband med bildande av naturreservat m.m. och skapar förutsättningar för att lokalt utveckla naturupplevelser, jakt- och fiskemöjligheter.<sup>1</sup>

**SJAB** – NOU anser att SJ AB per definition omfattas av 4 kap. 1 § p. 3 LOU. SJ AB har emellertid meddelat NOU att bolagets verksamhet inte utgörs av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, eftersom verksamheten inte styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet. SJ AB har inte presenterat någon utredning som bolagets bedömning grundar sig på.

## Tillämpning av LOU

# Kommun får inte teckna avtal med kommunalt bolag utan föregående upphandling



Kommunen samäger Sydskanes avfallsaktiebolaget (SYSAB) med flera andra kommuner, vilket regleras i ett konsortialavtal. Frågan i målet är om överprövning enligt LOU är möjligt, samt om kommunen genom ingånget konsortialavtal har rätt att köpa tjänster från SYSAB utan upphandling.

Avseende frågan om överprövning har kammarrätten<sup>2</sup> uppgivit följande. EG-domstolen har i t.ex. Stadt Halle-målet uttalat bl.a. att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och rättssäker prövning av en upphandlande enhets beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran. Möjligheten att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerats att skadas av en påstådd överträdelse, från den

tidpunkt då den upphandlande enheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.<sup>3</sup> Kammarrätten fann således att kommunens förfarande kan överprövas enligt 7 kap. LOU.

SYSAB är en från kommunen skild och självständig juridisk person. Förfarandet med att kommunen genom konsortialavtal överlätit sin avfallshantering på SYSAB är att bedöma som köp av tjänster genom direktupphandling. Kammarrätten konstaterar vidare att något undantag från upphandling enligt 5 kap. LOU inte är tillämpligt. Ett förslag av Upphandlingskommittén att LOU skulle kompletteras med en bestämmelse med innebörden att alla typer av upphandling inom den klassiska sektorn från eller till ett bolag som ägs av kommun eller landsting under vissa förutsättningar skulle kunna ske direkt, ledde inte till lagstiftning.

Kammarrätten avslår överklagandet, vilket innebär att upphandlingen skall göras om enligt länsrättens dom.

## NOU:s kommentar

Under den senaste tiden har det gjorts gällande att det finns ökade möjligheter att genomföra köp från ett av myndigheten ägt bolag utan upphandling.

Då dessa tankar har framförts även av företrädare för SKL och vissa advokater, vill NOU betona att NOU inte tillfrågats. Det ifrågasättande som sker torde grunda sig på uppfattningen att kommunen har en kontroll över det kommunala bolaget mot-

svarande den kontroll kommunen har över sin egen verksamhet och att kommunens köp från det kommunala bolaget därmed inte omfattas av upphandlingsreglerna. Frågorna har inte tagits upp vid något nämndmöte under den senaste tiden men det finns ingen anledning att anta att NOU:s tidigare bedömning skulle ändras. Av rättspraxis från EG-domstolen och de svenska domstolarna framgår med tydlighet att en myndighet vid köp från eget bolag, som är en självständig juridisk person, måste tillämpa upphandlingsreglerna.

<sup>1</sup> Se NOU info mars -04 sid. 3.

<sup>2</sup> Kammarrätten i Göteborg, dom den 22 december 2005 i mål nr 1236-1239-05.

<sup>3</sup> Regeringsrätten har även åberopat uttalandet i RÅ 2005 ref. 10.

# Anskaffning av rättsintyg skall ske genom upphandling



Sverige har fått en formell underrättelse från EG-kommissionen om att polisväsendets anskaffning av rättsintyg inte sker genom upphandling enligt EG-direktiven. NOU har vid utredningen av

kommissionens klagomål konstaterat att praxis skiftar och att endast Polismyndigheten i Stockholms län har upphandlat ifrågavarande vårdtjänster enligt bestämmelserna i LOU och därvid även direktiven. Den svenska regeringen delade i svaret kommissionens uppfattning att EG-domstolens praxis innebär ett krav på öppenhet och konkurrensutsättning också vid upphandling av B-tjänster<sup>4</sup> och upphandling under direktivens tröskelvärden. Reglerna i lagen (2005:225) om rättsintyg i anledning av brott innebär att polismyndigheter, med hänsyn till att polisväsendet och Rättsmedicinalverket är statliga myndigheter, kan inhämta rättsintyg från Rättsmedicinalverket utan föregående upphandling. Den svenska regeringen utgår från att Rättsmedicinalverket och polisväsendet framdeles kommer att förfara i enlighet med de krav som LOU och EG-rätten ställer på hanteringen av utfärdande av rättsintyg.

NOU anser det med anledning av regeringens svar nödvändigt att informera om att upphandling krävs i följande situationer.

Av 2 § i den ovannämnda lagen om rättsintyg framgår att rättsintyg skall inhämtas från läkare vid rättsmedicinsk avdelning inom Rättsmedicinalverket eller läkare som enligt avtal med verket har åtagit sig att utfärda sådana intyg, om skador, sjukdomar eller andra förhål-

landen som intyget skall avse bedöms kunna vara av betydelse vid utredning om brott i vissa fall. I paragrafens andra stycke anges att rättsintyg får, om det finns särskilda skäl, inhämtas från annan läkare med tillräcklig kompetens. Lagen gäller sedan den 1 januari 2006. Således kan vårdtjänster av ifrågavarande slag utföras av ett landsting men även av privatpraktiserande läkare eller andra entreprenörer. Avtal mellan olika juridiska personer, såsom mellan Polisen som är en statlig myndighet och en kommun, ett landsting eller en privat entreprenör, skall föregås av ett formbundet förfarande förutsatt att den upphandlande enheten inte kan visa att det finns stöd i LOU eller annan författning som medger undantag från att upphandla tjänsterna i konkurrens.

Enligt LOU skall B-tjänster, bl.a. hälso- och sjukvårdstjänster, upphandlas enligt reglerna i 6 kap LOU, oavsett kontraktets värde. Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.<sup>5</sup> Om upphandlingens värde överstiger de tröskelvärden som anges i 5 kapitlet skall myndigheten även tillämpa bestämmelserna om tekniska specifikationer m.m. samt efterannonsera tilldelningen av kontraktet inom 48 dagar efter upphandlingens avslutande.<sup>6</sup> Det bör vidare noteras att det av lagens portalparagraf 1 kap. 4 § LOU och även av svensk rättspraxis framgår att EG-fördragets grundläggande principer skall tillämpas vid all offentlig upphandling, även B-tjänster.

## Upphandlingsförfaranden

### Alternativt upphandlingsförfarande vid upphandling av konst?



Kammarrätten i Stockholm har<sup>7</sup> avslagit en ansökan om ingripande enligt 7 kap. LOU. Domskälens kan läsas så att användningen av de lagstadgade förfarandena för upphandling enligt rättens bedömning är

komplikerad eftersom de estetiska bedömningarna får en avgörande betydelse för valet av leverantör. Särskilda

upphandlingsformer har då, enligt rätten, kommit att tillämpas i praxis. Kammarrätten anger att ”det får anses ligga i sakens natur att det ofta inte går att åstadkomma ett förfarande som tillgodoser vad som i angivna avseenden föreskrivs i LOU”. Mot denna bakgrund accepterar kammarrätten att konkurrensutsättning genom annonsering inte sker och att valet av leverantör görs på

<sup>4</sup> D.v.s. tjänster som avses i bilaga I till LOU och till direktiv 92/50/EEG.

<sup>5</sup> Enligt 6 kap. 2 § LOU.

<sup>6</sup> Enligt 6 kap. 16 § LOU.

<sup>7</sup> Dom den 20 februari 2006 mål nr 7460-05.

ett annat sätt som möjliggör en lämplig fördelning av uppdragen. Den särskilda sedvanan innebär att någon eller några konstnärer väljs ut av den upphandlande

enheten och sedan utses bland dessa en konstnär som får uppdraget att genomföra den konstnärliga utsmyckningen.

## NOU:s kommentar

Kammarrätten hänvisar till ett yttrande från NOU<sup>8</sup>. Med anledning härav vill NOU förtydliga innebörden av yttrandet.

Enligt 6 kap. LOU finns endast tre upphandlingsförfaranden, förenklad upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling. Därutöver finns möjlighet att tilldela ett kontrakt genom en formgivningstävling (projekttävling). I vissa i lagen angivna situationer får en myndighet begära in anbud utan föregående annonsering. NOU vill understryka att

enbart de i LOU angivna förfarandena är tillåtna vid tilldelning av kontrakt. NOU har aldrig framfört uppfattningen att LOU skulle vara en dispositiv lag enligt vilken sedvana skulle kunna ha företräde framför lagens lydelse. Även om ett alternativt förfarande skulle kunna utformas inom ramen för EG-fördragets principer, kan det inte användas innan det införs i svensk lag. Förfarandet skall även tillgodose kraven på publicering, insyn i tilldelningsprocessen och möjligheten för leverantörer att vid behov tillvarata sina rättigheter.

## Potentiella leverantörers deltagande i forskningsprojekt



NOU har från flera olika håll fått frågor angående påstådda svårigheter för potentiella leverantörer att delta i olika forskningsprojekt. Verket för innovationssystem (VINNOVA) har även framfört att

vissa myndigheter anser sig förhindrade att delta i forskningsprojekt på säkerhetsområdet p.g.a. att detta skulle omöjliggöra för myndigheten att köpa varor/tjänster från de företag som den samarbetat med i projektet.

Frågan som nu uppkommit är således huruvida det är möjligt för en myndighet att efter avslutat forsknings-samarbete upphandla varor/tjänster från en leverantör som deltagit i forsknings-samarbetet.

VINNOVA, som diskuterat frågan med NOU anser inte att ett forsknings-samarbete mellan en myndighet och en leverantör normalt skulle medföra någon jävsituation inför framtida upphandlingar. NOU vill därvid peka på att en upphandlande enhet vid en upphandling skall följa principerna om likabehandling och transparens. Kravet på en upphandlande enhet att följa dessa principer under en upphandlingsprocess minimerar risken för en jävsituation eftersom den som deltar i forsknings-samarbetet då inte torde få några otillbörliga fördelar. Det är förfrågningsunderlaget som myndigheten

upprättat som styr vilka leverantörer och på så sätt även vilka varor/tjänster som får delta i upphandlingen. En leverantör, som deltagit i förberedande forskning utan att ha påverkat förfrågningsunderlagets utformning, får inte uteslutas från deltagandet i upphandlingen.<sup>9</sup>

VINNOVA vill påminna om vikten av att svenska myndigheter deltar i forskningsprojekt inom EU på säkerhetsområdet. Genom dessa projekt är möjligheten att påverka utvecklingen av varor/tjänster som är av yttersta vikt för det svenska samhället oerhört stor och får inte missas.

NOU anser att LOU normalt inte utgör hinder för en leverantörs deltagande i efterföljande upphandling. I några äldre domslut har visserligen uttalats att en leverantör som deltagit i en förstudie kunde förutsättas vara jävig. NOU anser dock att en upphandlande myndighet, som vidtar alla nödvändiga åtgärder för att inte ge en leverantör otillbörliga fördelar, bör låta en leverantör delta i upphandlingen, eftersom det skulle vara diskriminerande att utesluta en leverantör enbart på den grunden att leverantören deltagit i förstudien, om han inte kunnat påverka villkoren för upphandlingskontraktets tilldelning. En bedömning i det enskilda fallet måste alltid göras.<sup>10</sup> Enligt EG-domstolen får en myndighet inte utesluta en leverantör om erfarenheterna från den förberedande

<sup>8</sup> Se NOU info juni -05 sid. 11.

<sup>9</sup> NOU har i yttrandet 1999/0102-29 bl.a. uppgivit följande. Det avgörande måste anses vara den reella möjligheten för leverantören att erhålla faktiska förmåner eftersom det kan anses strida mot likabehandlingen att både utesluta en leverantör som inte haft några förmåner som att anta en annan leverantör som erhållit sådana. Blotta misstanken om möjlig risk för ovidkommande hänsyn räcker enligt NOU inte för att från upphandlingen utesluta en leverantör som inte med någon större grad av sannolikhet kan antas ha haft fördelar.

<sup>10</sup> Se vidare EG-domstolens dom i fallet C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA refererat i NOU info mars -05 sid. 20 f.

aktiviteten inte ledde till snedvridning av konkurrensen.

Därutöver finns det undantag från LOU för själva kontraktet om forskning och utveckling. Undantaget bygger på gemenskapsrätten, som införlivats i svensk lagstiftning. I ingressen till EG:s direktiv om upphandling av tjänster (92/50/EEG) sägs följande "[e]nligt fördragets artikel 130 f är uppmuntran av forskning och utveckling ett medel för att stärka den vetenskapliga och teknologiska grunden för europeisk industri och öppnandet av den offentliga upphandlingen kommer att bidra till uppnåendet av detta mål. Bidrag till finansiering av forskningsprogram bör inte omfattas av detta direktiv. Det är följaktligen endast sådana avtal om forsknings- och utvecklingstjänster som uteslutande är till nytta för den upphandlande myndigheten i dess egen verksamhet som omfattas av detta direktiv."

I artikel 1 a) (ix) i direktivet stadgas att undantag från direktivet gäller "... kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana som uteslutande är till nytta för den upphandlande myndigheten i dess egen verksamhet, förutsatt [läs: förutsatt] att den tillhandahållna tjänsten betalas uteslutande av den upphandlande myndigheten".

För att ett kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster överhuvudtaget skall omfattas av LOU skall enligt NOU således:

- kontraktet uteslutande vara till nytta för den upphandlande enhetens egen verksamhet och
- tjänsten helt och hållet finansieras av den upphandlande enheten.

Tillfaller nyttan av tjänstekontraktet helt eller delvis någon annan än den upphandlande enheten eller finansieras kontraktet till mer eller mindre del av en utomstående aktör är anskaffningen av tjänsten undantagen från LOU:s tillämpning. Regeringsrätten har i RÅ ref. 16 tolkat LOU på så sätt att undantagen i 5 kap. LOU gäller lagen i sin helhet, dvs. även upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde.

Därutöver finns undantag för upphandling som rör rikets säkerhet m.m. i 1 kap. 3 § LOU där det anges att endast bestämmelserna i lagens 6 kap. gäller för

1. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och
2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget.

För dessa kontrakt får regeringen med stöd av 6 kap. 17 § LOU föreskriva eller i enskilda fall besluta om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel, och
2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag.

Den kommande lagstiftningen om offentlig upphandling och upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster förväntas innehålla samma bestämmelser som LOU gör idag.

## Förfrågningsunderlaget

# SIS hjälper dig hitta rätt standard



SIS, Swedish Standards Institute<sup>11</sup>, har stor kunskap om olika standarder som kan användas vid offentlig upphandling. SIS erbjuder därför hjälp för att öka medvetandet om behovet av standarder för de organisationer som arbetar med offentlig upphandling.

– Förhoppningsvis kommer detta att leda fram till en ökning av hänvisningar till standarder vid offentliga upphandlingar, säger Barbro Jespersson Fuertes, säljare på SIS kundtjänst.

Vid offentliga upphandlingar idag skall den upphandlande enheten vid upphandling över tröskelvärdena inklusive B-tjänster<sup>12</sup> i sin tekniska specifikation hänvisa till aktuella standarder, förutsatt att sådana finns. Men det är

kanske inte alltid så lätt för en upphandlande enhet att veta vilka standarder som man ska hänvisa till.

– Det är inte många som känner till att vi i viss mån kan hjälpa till att leta reda på rätt standard om det finns en tydlig kravspecifikation klar i upphandlingsdokumentationen, säger Barbro Jespersson Fuertes. Vidare tillägger hon att standarders roll ökar alltmer eftersom handeln ökar och fler områden standardiseras. Standardiseringen är ett verktyg som ska främja tillväxt, underlätta handel, stimulera innovationer, främja en god arbetsmiljö, öka miljöhänsyn och förbättra säkerhet.

För mer information, kontakta SIS kundtjänst, tfn: 08-555 523 10, e-post: sis.sales@sis.se

<sup>11</sup> Se även NOU info dec -05 sid. 11.

<sup>12</sup> Se 6 kap. 16 § LOU.

## Förteckning över annonsdatabaser saknas

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall förenklade upphandlingar normalt annonseras i en allmänt tillgänglig databas eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Vid urvals-upphandlingar skall den upphandlande enheten enligt 6 kap. 2 c § LOU publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgäng-

lig. På Kommerskollegiums webbplats har det tidigare funnits en förteckning över sådana databaser. Efter att inte haft möjlighet att uppdatera förteckningen under en längre period har Kommerskollegium beklagligtvis valt att ta bort den från webbplatsen. NOU känner inte till någon liknande förteckning över annonsdatabaser.

## Viktning av underkategorier

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande<sup>13</sup> uttalat sig om huruvida det skulle strida mot gemenskapsrätten att en upphandlande enhet lägger särskild vikt vid en underkategori till ett tilldelningskriterium, trots att detta inte har angetts i förfrågningsunderlaget.

Målet rörde en upphandling där förfrågningsunderlaget innehöll fyra kriterier för att avgöra vilket anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt. För ett av dessa kriterier föreskrevs att anbudet skulle innehålla en beskrivande redogörelse för organisationen och de system för logistik och underhåll som skulle användas vid administrationen av de tjänster som kontraktet avsåg.

Totalt skulle 25 poäng fördelas på detta kriterium. Efter sista dagen för anbudslämnande, men innan den dag då anbudena öppnades, fördelade den upphandlande enheten dessa 25 poäng på fem undergrupper. Efter det att ett av de tre inkomna anbudena uteslutits genomfördes utvärderingen. Den leverantör som inte tilldelades kontraktet väckte talan mot beslutet i domstol. Den klagande menade att den vinnande leverantören felaktigt tilldelats kontraktet, eftersom det poängtal för underkategorierna som utvärderingen grundat sig på hade fastställts först i efterhand. Efter att den första domstolen ogillat talan överklagade leverantören till nästa instans, vilken beslutade att ställa ett antal tolkningsfrågor till EG-domstolen.

EG-domstolen menade att tolkningsfrågorna skulle förstås så, att de i huvudsak sökte få utrett huruvida artikel 36 i direktiv 92/50 (gamla tjänstedirektivet) och artikel 34 i direktiv 93/38 (gamla försörjningsdirektivet) skall tolkas så, att det skulle strida mot gemenskapsrät-

ten att vid utvärderingen lägga särskild vikt vid en underkategori till ett tilldelningskriterium som har fastställts i förväg om myndigheten först vid utvärderingen fördelar den poäng, som fastställts i förfrågningsunderlaget för kriteriet ifråga, på de olika kategorierna.

EG-domstolen påpekade inledningsvis att bestämmelserna i artikel 36 i direktiv 92/50 och artikel 34 i direktiv 93/38 inte kan tillämpas samtidigt. Bestämmelserna har emellertid en i huvudsak identisk lydelse och skall därför tolkas på samma sätt. Således kunde domstolen lämna ett svar på frågan utan att uttala sig om vilket av de båda direktiven som skulle vara tillämpligt i målet vid den nationella domstolen.

Med hänvisning till en rad tidigare domar konstaterade EG-domstolen bl.a. följande.

Tilldelningskriterierna som formulerats av en upphandlande enhet skall:

- ha ett samband med kontraktets föremål,
- inte ge den upphandlande myndigheten en o begränsad valfrihet,
- uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandling, och
- vara förenliga med alla grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

Anbudsgivarna skall behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbudena provas.

I syfte att garantera att principen om likabehandling och principen om insyn iaktas, är det viktigt att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande enheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, deras

<sup>13</sup> EG-domstolen har den 24 november 2005 meddelat dom i mål C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc mot ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia.

vikt i förhållande till varandra. Det ankommer slutligen på den nationella domstolen att avgöra huruvida den upphandlande enheten i det förevarande målet har åsidosatt gemenskapsrätten genom att fördela olika poäng till undergrupper till det tredje upphandlingskriteriet.

EG-domstolen menade att den nationella domstolen för det första skulle pröva om beslutet att vikta underkategorierna till kriteriet medförde en förändring av upphandlingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Om detta är fallet skall beslutet inte anses vara förenligt med gemenskapsrätten. För det andra skulle den pröva hu-

ruvida beslutet om viktning av underkategorierna innehåller omständigheter som, om dessa hade varit kända för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande. Ett sådant beslut är inte förenligt med gemenskapsrätten. För det tredje borde det utredas huruvida den upphandlande enheten, när den fattade beslutet att vikta underkategorierna till kriteriet, tog någon hänsyn till omständigheter som kunde ha en diskriminerande effekt gentemot någon av anbudsgivarna. Om detta är fallet, skall inte heller det beslutet anses vara förenligt med gemenskapsrätten.



## NOU:s kommentar

Förhandsavgörandet avser det tidigare tjänstedirektivet och försörjningsdirektivet. I de nya EG-direktiven föreskrivs att viktning av utvärderingskriterierna normalt skall ske. Endast i de fall när viktning inte är möjlig, får den upphandlande enheten avstå från

viktning. Den aktuella domen torde dock vara relevant även för de nya direktiven.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref 50 (Migrationsverksdomen) kommit till en liknande slutsats som EG-domstolen. Regeringsrätten anger i domen att de mätverktyg som används vid utvärderingen måste hålla sig inom ramen för förfrågningsunderlaget för att kunna godtas.

## Prisförhandlingar



NOU har tidigare uttalat att en upphandlande enhet som har skäl för att upphandlingen över tröskelvärdena skall genomföras med förhandling, kan förhandla om i stort sett allt som rör upphandlingen, även priset. NOU har dock inte rekommenderat förhandlingar enbart i syfte att sänka priset.

NOU har fått förfrågan om prisförhandlingar är förbjudna även om man är övertygad om att en leverantör på grund av bristande konkurrens åsatt sitt anbud ett

högt pris. NOU:s uppfattning är att det i vissa situationer inte behöver strida mot LOU att prisförhandla med en leverantör vars anbud på grund av priset inte är lämpligt. Angående tjänster får förhandlad upphandling användas även i klassiska sektorn, om det vid öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några lämpliga anbud och en rapport lämnas till Europeiska gemenskapernas kommission på dess begäran<sup>14</sup> och under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats.

## Krav på kontroll av uppgifter i anbud



Enligt en kammarrättsdom<sup>15</sup> är en upphandlande enhet, när den har uppställt ett krav, skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnas i anbuderna innebär att kravet är uppfyllt eller inte. Därremot är den upphandlande enheten inte skyldig att också kontrollera att uppgifterna i sig är riktiga.

Det klagande bolaget menade att det vinnande bolagets maskinmodell inte uppfyllde samtliga krav. Detta borde kommunen som genomförde upphandlingen ha noterat vid utvärderingen med anledning av bifogade broschyrer och bl.a. kontrollerat att lämnade uppgifter var riktiga.

Kammarrätten gjorde följande bedömning. När en upphandlande enhet har uppställt ett krav är den skyldig

<sup>14</sup> Se t.ex. 5 kap. 19 § LOU.

<sup>15</sup> Kammarrätten i Sundsvall den 30 november 2005, må1 nr 3243-04

att kontrollera om de uppgifter som lämnats i anbudet innebär att kravet är uppfyllt eller inte. Däremot finns inte, vare sig i LOU eller i rättspraxis, stöd för att den upphandlande enheten skulle vara skyldig att också kontrollera att uppgifterna i sig är riktiga. Det gäller dock endast under förutsättning att omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter. Kammarrätten menade att kommunen inte hade haft anledning att ifrågasätta uppgifterna i anbudet.

Kammarrätten menade vidare, vilket även kommunen hade framfört, att den vinnande leverantören ge-

nom sitt anbud hade förpliktat sig att leverera de aktuella produkterna i enlighet med anbudets innehåll, vilket innebär att om så inte skulle ske, skulle bolaget göra sig skyldigt till kontraktsbrott. Kammarrätten menade att kommunen, genom att utvärdera anbudet utan att kontrollera uppgifterna i anbudet ytterligare inte kunde anses ha brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Kammarrätten konstaterade dock att kommunen genom att vid anbudsprövningen inte beaktat ett annat krav åsidosatt det krav på förutsebarhet som följer av transparensprincipen och att upphandlingen därför skulle göras om.

## NOU:s kommentar

När den upphandlande enheten ställer ett krav skall den även redogöra för hur anbudsgivarna skall visa att de uppfyller

kravet. Det måste vara möjligt för den upphandlande enheten att kontrollera att den information som lämnas i anbudet är korrekt. I vissa fall kan det räcka med att anbudsgivaren accepterar kravet. I andra fall kan det vara nödvändigt att koppla ett bevismedel till kravet. Bevismedlet ska säkerställa

att anbudsgivaren verkligen uppfyller kravet. Även i de fall man inte ställer krav på bevismedel är anbudsgivaren genom sitt anbud förpliktad att leverera aktuella varor/tjänster. Bevismedel kan dock vara lämpligt för att undvika att sluta avtal med en kontraktspart som inte kan fullgöra leveransen i alla delar. Det är normalt inte möjligt att efterge det som avtalats. Förutom juridiska och praktiska problem för den upphandlande enheten under avtalstiden skulle det även kunna innebära att det bästa anbudet inte har antagits.

## Avbruten upphandling

# Beslut om avbrytande av upphandling kan prövas av förvaltningsdomstol



I tidigare svensk praxis har förvaltningsdomstol inte ansetts utgöra rätt forum för klagan på grund av avbruten av upphandling. Talan har därför begränsats till laglighetsprövning enligt kommunallagen.<sup>16</sup> Därefter har Högsta domstolen uttalat att skadestånd till följd av avbruten upphandling inte kunnat utgå.<sup>17</sup> Regeringsrätten har nu ändrat praxis och fastställt att överprövning av beslut att avbryta upphandling skall ske i förvaltningsdomstol<sup>18</sup> i enlighet med gällande praxis från EG-domstolen.<sup>19</sup>

Sälénfjällen Taxi AB (Bolaget) begärde överprövning av en trafikupphandling som Malungs kommun genom-

förde, sedan att kommunen avbrutit upphandlingen för aktuellt delområde.

Kammarrätten avvisade målet med hänvisning bland annat till tidigare praxis att förvaltningsdomstol inte utgör rätt forum för prövning av avbrytande av upphandling. Målet meddelades prövningstillstånd i Regeringsrätten, som underkände kammarrättens resonemang.

Bolaget anförde att kammarrättens resonemang om vad som skall utgöra rätt forum för mål om avbrutna upphandlingar dels strider mot hur andra domstolar bedömt liknande mål, dels innebär en delvis annan processordning än vad som rimligen kan ha förutsatts vid tillkomsten av LOU. Enligt EG-domstolens praxis skall en upphandlande enhets beslut att återkalla anbuds-

<sup>16</sup> Se bl.a. RÅ ref. 18 samt NOU info december-03 sid.11.

<sup>17</sup> Se referat av Regeringsrättens mål nr. 3888-1997 och Högsta domstolens dom i mål nr T 1683-99, NOU info mars -01 sid. 12 f samt NOU info mars -01 sid. 14.

<sup>18</sup> Regeringsrättens dom 5270-04 (Sälénfjällen).

<sup>19</sup> EG domstolens domar i målen C-92/00 HI och C-15/04 Koppensteiner.

<sup>20</sup> EG domstolens dom i mål C-92/00 HI REG. 2002 s. I-5553.

fordran avseende offentlig upphandling av tjänster kunna prövas och i förekommande fall ogiltigförklaras.<sup>20</sup> Oavsett möjligheterna till kompensation genom skadestånd, skall medlemsstaterna således tillhandahålla leverantörerna en möjlighet att få rättsligt prövat om ett beslut att avbryta eller återkalla en påbörjad upphandling kan anses sakligt motiverat.

Kommunen bestred bifall till överklagandet och anförde att det inte kunde vara avsikten med överprövningsreglerna att en domstol skall kunna framtvunga att en påbörjad upphandling slutförs mot den upphandlande enhetens vilja. Kommunen menade även att frågan kompliceras av i vilket skede av upphandlingen som avbrytandet sker. Detta talar för att avbrytande av en upphandling inte kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Om en sådan möjlighet ändå skulle finnas, ligger det närmast tillhands att tillämpa tiodagarsfristen. Bolaget har inte ansökt om överprövning inom den tidsfristen.

Enligt Regeringsrätten står det klart mot bakgrund

av EG domstolens domar i målen HI<sup>21</sup> och Koppensteiner<sup>22</sup> att kommunens beslut att avbryta upphandlingen är ett beslut som kan överprövas. Det framstår även som klart att en sakprövning av bolagets begäran om överprövning inte kan vägras med hänvisning till tiodagarsfristen, eftersom denna inte tar sikte på en upphandling som avbryts. Frågan i målet är därför enbart om överprövningen skall handhas av allmän förvaltningsdomstol eller, som kammarrätten funnit, av allmän domstol.

Regeringsrätten kom fram till att det saknades grund för att göra en annan bedömning än EG-domstolens i mål Stadt Halle, där domstolen kom fram till att frågan om en upphandlande myndighets beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande kan bli föremål för överprövning.<sup>23</sup> Ett sådant beslut överprövas av allmän förvaltningsdomstol.<sup>24</sup> Grund saknades för att göra en annan bedömning beträffande beslutet att avbryta en upphandling. Regeringsrätten biföll överklagandet och återförvisade målet till länsrätten för handläggning.



## NOU:s kommentar

NOU vill uppmärksamma denna dom som utgör en ändring av rådande svensk praxis. Ett ökat antal överprövningar av avbrutna upphandlingar torde kunna förväntas. Tidigare praxis har medfört att en överprövning av en avbruten upphandling varit fruktlös. Överprövning enligt kommunallagen innefattar endast kommuninnevånare eller markägare i kommunen och således inte, som vid överprövning enligt LOU, alla potentiella leverantörer.<sup>25</sup> Talan i allmän domstol har inte kunnat leda till någon ersättning eftersom HD fastställt att skadestånd inte varit möjligt vid avbruten upphandling.<sup>26</sup> NOU ansåg att svensk rättspraxis inte låg i linje med gemenskapsrätten.<sup>27</sup> Efter Regeringsrättens dom kan en allmän förvaltningsdomstol förordna att ett beslut om avbrytande av upphandling upphävs, om beslutet strider

mot LOU. Detta gäller inte om sakliga skäl föreligger för att avbryta upphandlingen, som att det t.ex. inträffar en omständighet som den upphandlande enheten inte kunde råda över.<sup>28</sup> Kommande rättspraxis får ange vilka sakliga skäl som kan accepteras för upphandlingens avbrytande. Kammarrätten i Stockholm har i en nyligen meddelad dom ansett att sakliga skäl kan vara att anbudens giltighetstid gått ut på grund av tidsutdräkten vid överprövning,<sup>29</sup> se nästa avsnitt. NOU har även uttalat att en upphandlande enhet bryter mot reglerna om affärsmässighet och likabehandling om den avbryter en upphandling i syfte att gynna eller missgynna en viss leverantör. Ett exempel på detta är att ge uppdraget till den egna verksamheten, som deltagit vid upphandlingen, trots att det interna budet vid en objektiv utvärdering mot bakgrund av i förfragningsunderlaget angivna, klart definierade och mätbara kvalitetskrav inte skulle vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

<sup>21</sup> Mål C-92/00 HI.

<sup>22</sup> Mål C-15/04 Koppensteiner. Se även NOU info juni -05 sid. 8.

<sup>23</sup> EG domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle.

<sup>24</sup> RÅ 2005 ref. 10.

<sup>25</sup> NOU info mars -01 sid. 12 f.

<sup>26</sup> NOU info mars -01 sid. 14.

<sup>27</sup> NOU:s yttrande till HD, dnr 2003/0229-29.

<sup>28</sup> Se NOU info juni -99 sid. 7ff.

<sup>29</sup> Se kammarrättens i Stockholm, mål nr. 7263-05 Reynolds /SLL.

# Sakliga skäl för avbrytande av upphandling

Kammarrätten i Stockholm dömde i en tidigare dom att anbudet skulle utvärderas på nytt.<sup>30</sup> På grund av tidsutdräkten vid överklagandet gick dock vissa av anbudens giltighetstid ut. Den upphandlande enheten bestämde sig då för att avbryta upphandlingen. Avbrytandet av upphandlingen överklagades. Kammarrätten konstaterade att om tidsutdräkten vid överprövning medför att anbudens giltighetstid går ut, utgör detta ett sakligt skäl för den upphandlande enhetens beslut att avbryta upphandlingen.<sup>31</sup>

Stockholms läns landsting (SLL) beslutade att avbryta en upphandling då vissa av anbudens giltighetstid gått ut och en väsentlig förutsättning för leveransens genomförande enligt kontraktet ändrats på grund av tidsutdräkten vid ett tidigare överklagande. Det klagande bolaget anförde att SLL brutit mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att avbryta upphandlingen och inte efterkomma rättelsebeslutet i enlighet med kammarrättens dom. SLL genmälde att vissa av anbudet inte längre var bindande vilket gjorde att SLL var förhindrat att genomföra en ny utvärdering i enlighet med kammarrättens dom. Skulle SLL i efter-

hand tillfråga samtliga leverantörer och få accept på att deras anbud fortfarande var bindande, skulle det vara att anse som nya anbud som inkommit för sent. Länsrätten konstaterade först att hinder ej förelåg att ta upp klagandens ansökan till prövning. Vidare ansåg länsrätten att ett beslut om att avbryta en upphandling måste ske i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna om lika och rättvis behandling av anbudsgivarna och att sakliga skäl måste föreligga för beslutets giltighet.

Länsrätten och kammarrätten fann, utan att vidare utveckla sina domskäl, att det inte var visat att grundläggande gemenskapsrättsliga regler åsidosatts genom beslutet. Ansökan om överprövning avslogs därför.



## NOU:s kommentar

NOU anser inte att domen skall tolkas så att en upphandlande enhet kan förlita sig på att brist på bindande anbud alltid utgör sakligt skäl för upphandlingens avbrytande.

## Rättsmedel och processrättsliga frågor

# Problemlösning vid gränsöverskridande handel genom PPN och SOLVIT

NOU har tidigare informerat om att kansliet deltar i samarbetet inom Public Procurement Network (PPN).<sup>32</sup> En av nätverkets målsättningar är att så snabbt som möjligt och på minsta möjliga konfliktnivå lösa problem vid anbudsgivning över gränserna. Tanken bakom är att problem skall kunna lösas genom telefonsamtal eller information inom ramen för nätverket utan att landets ambassader, regeringar och domstolar skall behöva engageras. PPN använder sig av SOLVIT webbplatsen, som i Sverige administreras av Kommerskollegiet. Denna myndighet har

därför under de senaste åren handlagt de ärenden som kommit in. NOU har biträtt Kommerskollegiet med den praktiska och juridiska bedömningen. Vissa ärenden har fått en snabb lösning och det påstådda felet har kunnat förklaras eller rättas till. Andra ärenden har lyfts upp på diplomatisk nivå eller blivit föremål för domstolsprövning. NOU skall delta i PPN mötet i mars och kommer därefter att på webbplatsen informera om möjligheterna att anlita SOLVIT och PPN samt ange en aktuell lista på PPN-kontaktpunkter i andra europeiska stater.

<sup>30</sup> Länsrätten i Stockholm, mål nr 6756-05 samt Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3117-05.

<sup>31</sup> Mål nr 7263-05, 2005-12-21 Reynolds Stockholm AB / Stockholms läns landsting (SLL).

<sup>32</sup> NOU info mars -04, sid. 27.

# Förvaltningsdomstol kan inte ta hänsyn till ej åberopad grund

Kammarrätten i Stockholm har i ett mål<sup>33</sup> prövat frågan huruvida domstolen kan lägga en inte åberopad omständighet till grund för sitt avgörande. Domen har överklagats, men Regeringsrätten har beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande står därför fast.

Länsrätten i Stockholm län har i målet<sup>34</sup> beslutat att en selektiv upphandling av boväktare och larmcentral skall göras om. Upphandlingen genomfördes av Bostadsstiftelsen Signalisten i Solna och Solnabostäder AB, som överklagade länsrättens dom.

I överklagandet hävdas att leverantören inte har åberopat just den grund på vilken länsrätten har förordnat att upphandlingen skall göras om. Frågan i målet är därför om länsrätten kan ta upp en brist som inte uttryckligen har åberopats av sökanden och lägga den till grund för ett ingripande med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Den klagande leverantören hade i länsrätten anfört att "hela det sätt som upphandlingen genomförts på strider mot LOU", men hade inte åberopat just den omständighet som länsrätten grundat sin bedömning på.


Kammarrätten hänvisar till EG-domstolen som i ett förhandsavgörande<sup>35</sup> konstaterat, att det i direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet) fastställs minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla för att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på området för offentlig upphandling uppfylls. Domstolen konstaterade vidare att frågorna om och på vilka villkor som prövningsorganet ex officio (ung. på eget initiativ) kan ta upp rättsstridigheter till prövning som inte har åberopats av parterna i den tvist som anhängiggjorts, således

regleras i varje medlemsstats nationella rättsordning, om särskilda bestämmelser på området saknas. Enligt domstolen utgör varken syftet med direktiv 89/665 eller det krav som föreskrivs i direktivet på att prövningsförfarandena skall vara kontradiktoriska<sup>36</sup>, något hinder för att det i en medlemsstats nationella rättsordning tas in en möjlighet för en domstol att ta upp sådant som inte åberopats.

Kammarrätten uppger att det av detta förhandsavgörande följer, att det är svensk rätt som avgör om domstolen kan ta upp en brist som inte har åberopats av sökanden. Såväl i förvaltningsprocesslagen som i LOU saknas dock bestämmelser i detta avseende, varför frågan får avgöras på grundval av allmänna förvaltningsrättsliga principer. Med hänsyn till de starka motstående enskilda intressen som gör sig gällande i ett mål av här aktuellt slag, finner kammarrätten därvid, att länsrätten inte haft rätt att lägga en av parterna icke åberopad brist till grund för sitt avgörande. Länsrättens dom skall därför upphävas och målet visas åter till länsrätten för ny prövning.

Motsvarande resonemang finns i en dom från Kammarrätten i Göteborg<sup>37</sup> som uttalat att domstolens prövning "är begränsad till det som omfattas av länsrättens dom samt de yrkanden och grunder som parterna framfört". Kammarrätten ansåg att sökandena inte hade framfört att den oklarhet i förfrågningsunderlaget, som länsrätten lagt till grund för sin dom, påverkat avgivandet av bolagens anbud eller innehållet i detta. Kammarrätten biföll därför den upphandlande myndighetens överklagande och visade målet åter till länsrätten för prövning enligt LOU av bolagens övriga grunder för yrkandet att upphandlingen skulle göras om.

## NOU:s kommentar



NOU har tidigare pekat på den diskrepans som finns mellan tanken på att överprövning skall vara snabb och utan krav på större juridiska kunskaper och flera förvaltningsdomstolars långtgående krav på att

leverantören skall åberopa rätt grund och även styrka att grund för ingripande föreligger. Domstolens ställningstagande i denna fråga kan vara avgörande för frågan hur ansökan behandlas. NOU har tidigare tryckt på betydelsen av att leverantören för att gardera sig i tid anlitar ett sakkunnigt biträde.

<sup>33</sup> Mål nr 3784-05.

<sup>34</sup> Mål nr 8309-05 E.

<sup>35</sup> Mål C-315/01, meddelat den 19 juni 2003.

<sup>36</sup> Kontradiktoriskt förfarande = en av huvudprinciperna inom processrätten som innebär att motparter skall föra fram sina argument och att inte någon ska dömas ohörd.

<sup>37</sup> Dom den 23 februari 2006, mål nr 6454-05.

# Handlingsplan för en miljöanpassad offentlig upphandling

Naturvårdsverket har i enlighet med sitt regleringsbrev för år 2005 arbetat fram rapporten "En mer miljöanpassad offentlig upphandling – förslag till handlingsplan", rapport 5520. Enligt instruktionen i regleringsbrevet skulle Naturvårdsverket i samråd med NOU och AB Svenska Miljöstyrningsrådet utarbeta ett förslag till handlingsplan för att öka hänsynstagandet till miljöpåverkan vid offentlig upphandling. NOU har under samrådet i första hand utgått från de regler och möjligheter att ställa miljökrav som finns enligt LOU, EG-direktiven inom offentlig upphandling och de grundläggande principerna som gäller inom EG-rätten.

NOU har besvarat en remiss från Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet rörande Naturvårdsverkets rapport (NOU:s dnr 2005/0265-22). NOU uppger i remissvaret att myndigheten inte haft möjlighet att bedöma relevansen i kraven beträffande de produktgrupper som Naturvårdsverket valt (personbilar, elenergi och glödlampor), men att de är ställda på ett sätt som inte medför att den fria rörligheten inom EU påverkas. NOU menar att Naturvårdsverkets metod, att i formuleringen av mål prioritera enkelhet, är väl vald. NOU framhåller betydelsen av att det står klart för en upphandlande enhet vad syftet är med de krav som ställs vid en upphandling innan upphandlingen inleds. Kunskapshöjning inom området offentlig upphandling och miljökrav är

bra metoder för att åstadkomma en förbättring av det sätt att ställa krav som tillämpas idag.

NOU har både under samrådet med Naturvårdsverket och i sitt remissvar framhållit att ett förändringsarbete pågår av lagen om offentlig upphandling med anledning av nya EG-direktiv på området Dessa förändringar påverkar möjligheterna att använda ramavtal, inköpscentraler och dynamiska inköpssystem. Det är därför inte i nuläget lämpligt att föreslå åtgärder som omfattar ramavtalsanvändningen i handlingsplanen. NOU har angående förslaget att arbeta fram ett informationsmaterial inom området offentlig upphandling och miljö, påpekat att en fördjupad analys av möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling håller på att arbetas fram av den särskilde utredaren. NOU stödjer förslaget att ett verktyg tillhandahålls som kan underlätta kravställandet vid offentlig upphandling. Verktøget bör utgå från marknaden såtillvida att nivån på kraven inte läggs alltför långt ifrån den nivå som kan tillhandahållas redan idag. NOU menar att det är bra att det i förslaget till handlingsplan framhålls att köp från fristående juridiska personer skall föregås av offentlig upphandling enligt LOU. Detta bör uppmärksammas beträffande de åtgärder som föreslås för att uppnå de uppsatta målen.

NOU: remissvar finns att läsa i sin helhet på [www.nou.se](http://www.nou.se) under "Publikationer, yttranden, m.m." och "Remissvar".

## Tjänsteupphandling

# Designbroschyr

NOU har inom ramen för Designåret 2005 tagit fram en informationsbroschyr om offentlig upphandling av arkitektur, formgivning och design. Målgruppen för broschyren är främst inköpare av arkitektur, formgivning och design inom upphandlande myndigheter och upphandlande enheter, men den kan också vara av intresse t.ex. för leverantörer till den offentliga sektorn.

I broschyren ger NOU en översikt över den offentliga upphandlingen som helhet med särskild inriktning mot köp av arkitektur, formgivning och design. Utöver en genomgång av de vanliga/traditionella upphandlingsförfarandena, görs en djupare genomgång av användningen

av s.k. projekttävlingar (formgivningstävlingar i nuvarande LOU). Projekttävling är enligt definitionen i de nya EG-direktiven<sup>38</sup> ett förfarande på främst sådana områden som stads- och landsbygdsplanering, arkitektur, formgivningsteknik och databehandling, som innebär att leverantörerna deltar i en tävling med eller utan priser där en jury utser vinnande ritning eller projektbeskrivning. Vidare lämnas i broschyren en översiktlig redovisning av undantaget om förhandlad upphandling utan föregående annonsering, som exempelvis kan användas om ett tjänstekontrakt följer på en projekttävling eller om det av konstnärliga eller tekniska skäl eller med hänsyn till en-

<sup>38</sup> Art 1.11.e direktiv 2004/18/EG inom den klassiska sektorn och Art. 1.10 direktiv 2004/17/EG inom försörjningssektorerna.

samrätt endast kan tilldelas en viss leverantör.

Eftersom s.k. "parallella uppdrag" ofta används vid offentlig upphandling av arkitekttjänster, trots att begreppet inte förekommer i lagstiftningen, redogör NOU

i broschyren för möjligheten att tillämpa förfarandet.

Broschyren finns att läsa i sin helhet på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se), under "Publikationer, ärenden, m.m." och "Övriga trycksaker".

## Remissvar angående uppdragsarkeologi

NOU har i remissvar till betänkandet Uppdragsarkeologi i tiden (SOU 2005:80) i huvudsak anfört följande. NOU anser att frågan om LOU:s tillämplighet måste beaktas innan något lagförslag läggs. NOU har redan vid ett flertal tidigare tillfällen gjort bedömningen att uppdragsarkeologi innefattar sådan tilldelning av kontrakt som omfattas av LOU. Det är vidare otydligt om det är exploatören eller länsstyrelsen som innehar beställarrollen. Exploatören betalar för den arkeologiska undersökningen i de fall då fornminnena är kända, om fornminnena är okända är det staten som via länsstyrel-

sen bekostar undersökningen. Länsstyrelsen utformar kravspecifikation, pris och avtalsvillkor. I de allra flesta fallen är exploatören en upphandlande enhet, t.ex. Vägverket eller Banverket, men privata exploatörer förekommer också. NOU anser att beställarrollens delning mellan exploatör och länsstyrelsen bör bli föremål för ytterligare överväganden och behöver förtydligas i kommande lagstiftning.

Yttrandet i sin helhet finns att läsa på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se), under "Publikationer, yttranden, m.m." och "Remissvar".

### Sociala hänyn inkl arbetsrätt

## Krav på kollektivavtal vid upphandling

Länsrätten i Hallands län finner i en dom den 16 januari 2006<sup>39</sup>, att kommunfullmäktiges beslut om kollektivavtal som krav vid upphandling strider mot LOU. Länsrätten upphäver därför med stöd av kommunallagen det överklagade beslutet. Kommun- och finansmarknadsministern, Sven-Erik Österberg, med ansvar för offentlig upphandling, uppgav i en kommentar på Finansdepartementets webbplats med anledning av domen att

det inte är nytt att en upphandlande enhet inte får ställa krav på kollektivavtal vid upphandling. Däremot har han "sedan länge framhållit att det är viktigt att ställa lika höga krav på arbetsvillkor vid upphandling, som när verksamhet drivs i egen regi". - Mitt tydliga budskap är att det vid upphandlingar kan och bör ställas krav på att arbetsvillkoren är i nivå med kollektivavtal, säger Sven-Erik Österberg.

### NOU:s kommentar

NOU önskar i sammanhanget påpeka att de krav som ställs vid offentlig upphandling enligt EG-domstolens praxis i målet Concordia<sup>40</sup> skall ha ett samband med föremålet för upphandlingen, kriterierna skall vara mätbara och inte lämna full valfrihet för den upphandlande enheten vid utvärderingen. Kraven får inte strida mot EG-fördraget och särskilt inte mot icke-diskrimineringsprincipen. EG-domstolen har därefter i målet Wienstrom<sup>41</sup> fastslagit att en objektiv och enhetlig

bedömning av anbudsgivare förutsätter att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna. NOU vill även erinra om att Upphandlingsutredningen i förslaget till nya upphandlingsregler, (SOU 2005:22) införlivat regeln i art. 53.1 direktiv 2004/18/EEG om att den upphandlande myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall göra bedömningen "ur den upphandlande myndighetens synvinkel" samt att de kriterier som bedöms skall vara "kopplade till föremålet för kontraktet".

<sup>39</sup> Mål nr 2434-05.

<sup>40</sup> Mål nr C-513/99 Concordia Bus Finland Ab mot Helsingin kaupunki m.fl.

<sup>41</sup> Mål nr C-448/01 Mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich.