

**Hyresundantaget är inte
tillämpligt vid nybyggnad**

SID 4

Upphandling av telefonitjänster

SID 5

**Tilldelningsbeslut och
civilrättslig bundenhet**

SID 9

Kanslichefen har ordet	3
NOU: s nyhetsbrev december 2006	3
Tillämpning av LOU	4
Hysesundantaget är inte tillämpligt vid nybyggnad	4
Upphandling av telefonitjänster	5
Rapporter om upphandling som en drivkraft för innovation	5
Förfrågningsunderlaget (anbudsinfordran)	6
Underlätta upphandlingen med standarder	6
Annonsering	6
Användning av de gamla annonseringsblanketterna	6
Leverantörskvalificering/urval	7
Leverantörskrav och bevis från andra länder	7
Anbusprövning	8
Krav på tydliga urvalskriterier	8
Utvärderingskriterier skall viktas	8
Tilldelningsbeslut	9
Tilldelningsbeslut och civilrättslig bundenhet	9
Fel leverantör angavs i tilldelningsbeslut	11
Avbruten upphandling	11
Ej saklig grund att avbryta upphandling	11
Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen	12
Utlämnande av gamla avtal	12
Sekretess beträffande tekniska lösningar	13
Avtal	13
Behörighet att underteckna upphandlingskontrakt	13
Ramavtal	13
Ramavtal och direkt effekt	13
Rättsmedel och processrättsliga frågor	14
Klagomål på offentliga upphandlingar	14
Statistik	16
Upphandlingsstatistiken för år 2005	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

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

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

Dnr 2006/0060-21

NOU: s nyhetsbrev december 2006

I vårt förra nyhetsbrev framförde jag min förhoppning om att intresset, ansträngningarna och resurserna för att **utveckla den offentliga upphandlingen** skulle öka genom den nya regeringen. Nu har det visserligen inte gått så lång tid, men jag har i alla fall hittills inte kunnat spåra några glada överraskningar eller budskap i den riktningen och får väl därför bara vidhålla min förhoppning.

Senaste nytt på lagstiftningsfronten gäller lagrådsremissen på Upphandlingsutredningens första del. Ett **yttrande från lagrådet** kan förväntas på denna sida nyår. Och då kan regeringskansliet sätta fart på propositionsskrivandet för att få fram ett lagförslag som riksdagen accepterar. Men jag gissar att de kommande lagändringarna knappast kan träda i kraft under 2007. Några kommande förslag med anledning av Upphandlingsutredningens andra del känns därmed förfärande långt borta.

NOU:s endagskonferenser den 16, 19, 20 och 21 mars -07 kommer därför inte att i någon större utsträckning ägnas potentiella ändringar av LOU. Vissa av de nödvändiga ändringarna är dock extra intressanta redan nu eftersom direktiven redan idag får verkningar, trots att LOU inte ändrats. Vissa domar bekräftar detta. Här kan vi också dra nytta av bedömningar som andra medlemsstater gjort. I övrigt kommer NOU att informera om senaste nytt på olika områden och lämna möjligheter till frågor och diskussioner, såväl i konferenssalen som i pauserna med alla NOU-medarbetarna. Offentlig-privat samverkan är något som diskuteras alltmer. Vi sorterar bland begreppen. Och som ni kanske redan sett ägnar vi försörjningssektorerna en egen dag (sista konferensdagen, den 21 mars). Anmälningar kan göras så snart vi utsett konferensadministratör. Håll utkik på vår hemsida!

Till slut är det åter dags, ofattbart nog, för en VARM GOD JUL-hälsning från hela NOU:s kansli

Och jag hoppas vi möts som vanligt nästa år igen, via vår hemsida, i telefonen och - förstås - på våra konferenser.

Margareta Hentze

Hyresundantaget är inte tillämpligt vid nybyggnad



Kriminalvården avsåg att teckna hyresavtal med ett privat byggföretag, som skulle uppföra en kriminalvårdsanstalt i Östersund. NOU har bedömt att hyresundantaget inte är tillämpligt och att

transaktionen rätteligen skall upphandlas i konkurrens enligt reglerna för byggtreprenader i 3 kap. LOU.

En ny kriminalvårdsanstalt planeras i Östersund. Kostnaderna beräknas till ca 400 miljoner kronor. Kriminalvården genomförde ingen upphandling enligt LOU utan hade övergripande förhandlingar med ett privat byggföretag och kom fram till följande affärsupplägg. Östersunds kommun överlät mark avseende ny kriminalvårdsanstalt till det privata byggföretaget. Marköverlåtelsen gällde under förutsättning att Kriminalvården tecknade hyresavtal avseende den blivande kriminalvårdsanstalten senast mars 2007. Det privata byggföretaget skulle därefter bygga kriminalvårdsanstalten. Efter byggskedet skulle byggföretaget alltjämt äga kriminalvårdsanstalten och fungera som hyresvärd. Kriminalvården skulle vara hyresgäst och förhyra anstalten.

NOU har granskat transaktionen och har funnit att den rätteligen skall upphandlas i konkurrens enligt reglerna om byggtreprenader i 3 kap. LOU. I skälen för sitt ställningstagande anförde NOU sammanfattningsvis följande.

Den svenska definitionen av termen *byggtreprenad* enligt 1 kap 5 § LOU står inte helt i överensstämmelse med det bakomliggande EG-direktivet, som inkluderar avtal som har till syfte att oavsett form genomföra ett bygg- eller anläggningsarbete som uppfyller den upphandlande enhetens krav.¹ Direktivets lydelse har i detta fall företräde framför motsvarande bestämmelse i LOU.² En upphandlande enhet kan inte åberopa en felaktig eller bristfällig införlivning av gemenskapsrätten i den nationella lagstiftningen till sin egen fördel.³ Termen byggtreprenad täcker sålunda även kontrakt med innebörden att en entreprenör uppför en byggnad på mark som inte ägs av en upphandlande enhet och sedan säljer eller hyr ut till enheten, under

förutsättning att byggnaden uppförs enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav.

Reglerna i LOU om upphandling av *tjänster* skall enligt 5 kap. 1 § första stycket LOU endast tillämpas om bestämmelserna om varu- och byggtreprenadupphandling inte är tillämpliga. I 5 kap. 1 § andra stycket nämnda lag finns ett antal undantag, som anger när inte heller reglerna om tjänsteupphandling är tillämpliga och transaktionen följaktligen helt faller utanför LOU:s tillämpningsområde. Ett av dessa undantag avser anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag. Denna undantagsbestämmelse har sin huvudsakliga giltighet för en gränsdragning mellan tjänster som omfattas respektive inte omfattas av regelverket och kan inte utgöra en utgångspunkt för en utslutning av reglerna om byggtreprenad. Mot bakgrund av lydelsen i det bakomliggande EG-direktivet kan detta undantag avseende hyra dessutom bara omfatta befintliga lokaler.⁴

Med hänsyn till att utredningen visade att det privata byggföretaget planerar att uppföra en kriminalvårdsanstalt och sedan hyra ut lokalerna till Kriminalvården och med beaktande av att byggnader med denna speciella karaktär endast torde byggas efter utförliga anvisningar från den som skall nyttja byggnaden, fann NOU att transaktionen omfattades av reglerna för byggtreprenader enligt LOU. NOU framhöll emellertid att frågan huruvida Kriminalvården lämnat dessa specifikationer endast hade betydelse för valet av upphandlingsform. Om upphandlingsreglerna avseende byggtreprenader inte skulle ha varit tillämpliga, skulle transaktionen istället ha omfattats av reglerna för upphandling av tjänster. Eftersom förhyrningen inte avsåg någon befintlig byggnad, är undantagsregeln avseende hyra i 5 kap. 1 § LOU inte tillämplig.

Ytrandet i dess helhet finns att läsa på www.nou.se under rubriken Publikationer, ärenden m.m.

¹ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG (bestämmelse med denna innebörd fanns även i direktiv 93/37/EEG),

² RÅ 1996 ref 50

³ C-148/78; Publico Ministero v. Ratti, (1979) ECR 1629. Egen försummelse får inte åberopas som befrielsegrund.

⁴ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG (bestämmelse med denna innebörd fanns även i det tidigare direktivet 93/37/EEG)

Upphandling av telefonitjänster



NOU anser att en upphandling av telekommunikationstjänster som överstiger tröskelvärdena skall genomföras enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU.

I det gamla tjänstedirektivet (92/50/EEG) fanns ett undantag som innebar att bl.a. telefonitjänster var undantaget från direktivets tillämpning. Motsvarande undantag finns i 5 kap. 1 § LOU. Bakgrunden till undantaget var att tjänstedirektivet kom till under en tid då telekommunikationssektorn ännu inte var avreglerad. Tillhandahållandet av telefonitjänster ägde då inte rum på en konkurrensutsatt marknad, eftersom det bara fanns en leverantör i respektive medlemsstat. Det saknades därför skäl för att ställa krav på att dessa tjänster skulle upphandlas. Med hänsyn till den avreglering som sedan ägde rum på telekommunikationsområdet ansåg den svenska regeringen att det inte längre fanns anledning att undanta telefonitjänster från LOU:s tillämpningsområde. Eftersom Sverige frivilligt lät telefoni-

tjänster omfattas av LOU ansåg regeringen det lämpligt att regleringen skedde i 6 kap. Även i övrigt innehåller 6 kap. LOU bestämmelser som inte har sin grund i EG-direktiven.

De nya direktiven (2004/17/EG och 2004/18/EG) innehåller inget undantag för telekommunikationstjänster. När de nya upphandlingsdirektiven antogs år 2004 var sektorn avreglerad i EU. Det fanns därför inget skäl att undanta denna typ av upphandling från direktivets tillämpningsområde. Eftersom telekommunikationstjänster är en A-tjänst skall därför upphandlingen ske enligt direktivets bestämmelser, om upphandlingen överstiger tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att denna bestämmelse har direkt effekt. Tiden för att införliva de nya EG-direktiven har löpt ut. Det medför att nuvarande reglering i LOU som innebär att upphandling av denna typ av tjänster oavsett värde skall göras enligt 6 kap inte längre är i överensstämmelse med direktivet. NOU anser därför att upphandling av telekommunikationstjänster över tröskelvärdena skall genomföras enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU.

Rapporter om upphandling som en drivkraft för innovation

Vinnova och Nutek har på uppdrag av regeringen utrett hur offentlig upphandling skall kunna bidra till ökad innovation och kreativ förnyelse. Syftet var bl.a. att utreda hur upphandlingar kan utformas så att de i större utsträckning driver på teknikutveckling och affärsmöjligheter. I uppdraget ingick att bedöma vilka metoder som är mest ändamålsenliga för att bedriva innovationsfrämjande upphandling. Trots att det var ett gemensamt uppdrag valde Nutek och Vinnova slutligen att presentera varsin rapport. Uppdraget har i viss utsträckning genomförts med stöd av NOU.

Nutek konstaterar i sin rapport att offentlig upphandling inte används som drivkraft för innovation och förnyelse av offentlig verksamhet i en omfattning som de anser skulle vara önskvärdt. Enligt Nutek skulle en förklaring till det kunna vara att upphandling sällan betraktas som en strategisk fråga för offentliga myndigheters och organisationers egen verksamhetsutveckling. Nutek anser att en mer innovationsfrämjande offentlig upphandling ställer krav dels på tydliga och styrande incitament från staten, dels på ökad kunskap inom upphandlande enheter. För att bidra till en ökad

användning av innovationsfrämjande upphandling föreslår Nutek att det skall tas fram en centralt förankrad nationell policy för offentlig upphandling. Vidare föreslås att vissa i rapporten identifierade utvecklingsområden bör ses över för att ta fram konkreta riktlinjer för innovationsfrämjande upphandling. Avslutningsvis föreslås att den s.k. nationella supportstrukturen inom upphandlingsområdet förstärks och utvecklas.

Vinnova anser i sin rapport att det för att främja innovation genom offentlig upphandling bör införas tydliga incitament för upphandlande myndigheter genom målsättningen att en procent av upphandlingsvolymen skall utgöras av "innovationsupphandling". Vidare bör framgångsrika innovationsupphandlingar uppmärksammas och premieras. Det föreslås också en stärkt organisation av offentlig upphandling och förenklade procedurer. Vinnova anser även att det behöver skapas tillförlitlig information för uppföljning och statistik om offentliga upphandlingar.

Rapporterna återfinns på www.nutek.se respektive www.vinnova.se

Underlätta upphandlingen med standarder

En standard är resultatet av ett brett, ofta internationellt samarbete. Med en gemensam utgångspunkt är mycket vunnet och därför blir det allt vanligare att hänvisa till olika typer av standarder vid upphandlingar. Standarder finns inom alla områden och kan vara en genväg till ett bra samarbete mellan kunder och leverantörer eftersom gemensamma riktlinjer och entydig dokumentation underlättar kommunikationen. Vid offentliga upphandlingar idag skall den upphandlande enheten vid upphandling över tröskelvärdena inklusive B-tjänster hänvisa till standarder på visst sätt enligt 1 kap. 12 - 16 §§ LOU.

I *NOU info december -05* och *mars -06* har NOU i samverkan med SIS informerat om standardiseringens roll vid offentlig upphandling. Nedan sker en genomgång av hur en standard kan vara utformad.

Exemplet handlar om en upphandling av städtjänster. Det finns en standard för städskvalitet (SS 62 78 01) som innehåller en rad användbara definitioner och specificerade kvalitetskrav för städtjänster. En standard blir en gemensam utgångspunkt för t.ex. ett system för fastställande och bedömning av städskvalitet. Köpare och säljare har objektiva mätkriterier att utgå ifrån vid uppföljning.

Standardens innehåll

Städstandarden börjar med en beskrivning av de termer och definitioner som förekommer. Hur definieras föroreningar som till exempel skräp, lös smuts eller ytsmuts? Och vad innebär termer som kontrollenhet och kvalitetsprofil i det här sammanhanget?

Nästa del är en beskrivning av själva systemet för fastställande och bedömning av städskvalitet. Systemet bygger

på sex kvalitetsnivåer där varje nivå är definierad genom givna krav. Kraven uttrycker till exempel mängden föroreningar som får finnas kvar efter städning på såväl tillgängliga som svårtillgängliga ytor. Vidare finns en genomgång av metoder för utvärdering och kontroll av uppnådd kvalitet.

Underlättar anbudsprocessen

I standarden specificeras kvalitetskraven på ett entydigt sätt, något som är ett stöd för både köpare och leverantör. Köparen kan specificera sina kvalitetskrav utifrån standarden och leverantören kan utforma sina offerter baserade på standarden. På så sätt blir det enklare att jämföra de olika anbudena i anbudsprocessen och det blir enklare att kontrollera att den avtalade kvaliteten sedan uppnås. Även andra intressenter vinner på tydliga kvalitetskrav. Medarbetarna kan kontrollera sitt eget arbete efter fastlagda kvalitetsprofiler och användarna av lokalerna kan få tydlig information om vilken städskvalitet de kan förvänta sig.

Standarder tas fram i brett samarbete mellan olika intressenter. Standarden för städskvalitet har arbetats fram av bland andra städföretag, privata och offentliga fastighetsägare, arbetsgivarorganisationer, statliga myndigheter, forskningsinstitut och fackföreningar. Systemet kan användas i alla typer av byggnader och lokaler, t ex lokaler i kontorsbyggnader, sjukhus, skolor, industrier och hotell - oavsett vilken städmetod, frekvens eller system som används.

Ytterligare information finns på SIS: s webbplats, www.sis.se.

Detta avsnitt har utarbetats av SIS, Swedish Standards Institute, Erika Messing.

Annonsering

Användning av de gamla annonseringsblanketterna



NOU har tidigare upplyst om att det finns nya blanketter som följer föreskrifterna för annonsering enligt de nu gällande direktiven 2004/17 EG och 2004/18 EG. Europeiska kommissionen och Publikationskontoret i

Luxemburg har informerat om att de gamla blanketterna fortfarande kan användas. Enligt de senaste uppgifterna från kommissionen kommer de gamla blanketterna att finnas kvar till maj 2007 men försvinner sannolikt därefter. NOU vill på nytt informera om att man, när man fyller i de

gamla blanketterna, bör tänka på att viss information som inte är obligatorisk i dessa gamla blanketter numera måste vara med. Detta gäller CPV-beteckningar och uppgifter om utvärderingskriteriernas relativa vikt. Redan i annonsen skall man ange vart en leverantör skall vända sig för överprövning samt tidsfristen för ingivande av ansökan om överprövning. Uppgifter om den länsrätt till vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten hör, är likaledes obligatoriska enligt de nya direktiven och skall finnas med även vid annonsering på gamla blanketter.

Leverantörskrav och bevis från andra länder

På Europeiska kommissionens hemsida om offentlig upphandling⁵ finns en sammanställning av vilken information om leverantörer som finns att hämta i vissa medlemsstater vad gäller leverantörskvalificering avseende personlig ställning samt ekonomisk och finansiell ställning. Information ges även om olika nationella bevis för kvalificering och officiella förteckningar över kvalificerade leverantörer.

Enligt det nya klassiska direktivet⁶ art. 45.2 får en leverantör uteslutas från deltagande i ett upphandlingsförfarande om leverantören t.ex. är i konkurs, dömd för brott i yrkesutövningen, eller inte har betalat socialförsäkringsavgifter eller skatter. I LOU motsvaras regeln av 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 §. Enligt art. 45.1 skall leverantören uteslutas om en lagakraftvunnen dom har meddelats där det framgår att leverantören gjort sig skyldig till bl.a. bestickning, bedrägeri eller penningtvätt. Motsvarande reglering har ännu inte införts i svensk lag. Det framstår dock enligt NOU:s mening som sannolikt att art 45.1 skulle kunna ha direkt effekt. Frågan huruvida artikeln har direkt effekt har emellertid inte prövats av någon domstol.

Leverantören skall enligt art. 45.3 genom relevant dokumentation kunna bevisa att de krav för kvalificering som har ställts av den upphandlande enheten uppfylls. Om någon sådan dokumentation inte finns i landet, skall en leverantör istället kunna bevisa att de ställda kraven uppfylls genom att en försäkran under ed lämnas eller en försäkran på andra liknande sätt. Medlemsstaterna har enligt art. 52 i det klassiska direktivet rätt att införa såväl officiella förteckningar över godkända leverantörer som certifiering av leverantörer. Liknande regler finns i 1 kap. 18 § LOU. Om en leverantör har sådana godkännanden eller är certifierad får det antas att ställda krav uppfylls av leverantören.

Information om vilka bevis som finns i respektive land och vilka myndigheter och organisationer som tillhandahåller dessa framgår av webbsidan. Upphandlande enheter kan, om de har fått in anbud från utländska leverantörer, lättare genomföra leverantörskvalificeringen med stöd av informationen på kommissionens hemsida genom att kontrollera de ingivna uppgifterna mot de bevismedel som finns att tillgå i leverantörens hemland.

NOU:s upphandlingskonferens 2007

NOU kommer att i mars 2007 arrangera fyra endagarskonferenser om nyheter på upphandlingsområdet. Tre av dagarna kommer att behandla den klassiska sektorn (16, 19, 20 mars) medan en dag kommer att behandla försörjningssektorerna (21 mars). Läs mer på www.nou.se.

⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/2004_18/index_en.htm

⁶ Direktiv 2004/18/EG. Likartade bestämmelser finns i det nya direktivet för försörjningssektorerna 2004/17/EG art. 53 och 54.

Krav på tydliga urvalskriterier

Kammarrätten i Göteborg har meddelat dom i ett mål om urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU.⁷ Borås stad hade påbörjat en urvalsupphandling som blev föremål för överprövning. En central fråga i målet var om en upphandlande enhet i förväg måste ange vilka kriterier den avser att tillämpa vid urvalet av de leverantörer som skall bjudas in att lämna anbud.

Kammarrätten anger i domskälen att principerna om öppenhet och förutsebarhet skall beaktas och påpekar att urval av leverantörer som görs i en urvalsupphandling är någonting annat än den kvalificering av leverantörer som görs i alla upphandlingar. Kriterierna för urvalet av de leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud måste alltså skiljas från kvalificeringskraven. Det krav på öppenhet och förutsebarhet som gäller för kvalificeringskraven och utvär-

deringskriterierna bör gälla även för kriterierna för urvalet av leverantörer som skall ges möjlighet att lämna anbud. De urvalskriterier som den upphandlande enheten avser att tillämpa måste således anges innan leverantörerna skall ge in anbudsansökningar.

Urvalet i den aktuella upphandlingen skulle enligt förfrågningsunderlaget grunda sig på ställda kvalificeringskrav och göras av en referensgrupp. Kammarrätten anför att kvalificeringskraven inte kan användas för att göra ett urval, eftersom de är absoluta. Kammarrätten ansåg att Borås stad inte hade angett tillräckliga kriterier för urvalet. Den leverantör som ansökt om överprövning hade dock i urvalsförfarandet erbjudits att lämna anbud. Därför riskerade leverantören inte längre att på grund av det begångna felet lida någon sådan skada som kan beaktas, varför något ingripande enligt leverantörens ansökan inte skulle ske.

NOU: s kommentar

Målet gällde en upphandling enligt 6 kap. LOU. Dessa upphandlingar är inte reglerade i EG:s upphandlingsdirektiv utan omfattas bara av de grundläggande principerna i EG-fördraget. Kammarrättens bedömning följer dock regleringen i det nya direktivet för den klassiska sektorn 2004/18 EG, art 44 p. 3 1 st. vari följande framgår. "Vid selektiva och förhandlade förfaranden med offentliggörande av ett meddelande om upphandling/--/ får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande som den kommer att inbjuda att lämna anbud, att förhandla respektive att delta, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande. *De objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den upphandlande myndigheten kommer att tillämpa skall framgå av meddelandet om upphandling*, liksom det lägsta antalet anbudssökande som den kommer att inbjuda samt, i förekommande fall, det högsta antalet. (NOU:s kursivering)". Det finns mot denna bakgrund anledning anta att denna artikel i en överprövning av en direktivsreglerad upphandling skulle tillmätas direkt effekt.

Utvärderingskriterier skall viktas



Enligt två länsrättsdomar har direktivens bestämmelser om att utvärderingskriterierna skall viktas direkt effekt. Därmed skall viktning normalt ske vid upphandlingar som genomförs enligt bestämmelserna i 2, 3, 4 och 5 kap LOU, trots att reglerna i LOU ännu inte anpassats till de nya direktivens formulering kring detta.⁸

Den första upphandlingen var föremål för prövning av Länsrätten i Västernorrland.⁹ En kommun genomförde en upphandling av elmäklartjänster som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. En leverantör begärde överprövning och klagade bl.a. på utvärderingen. Länsrätten konstaterade i domen följande. Enligt förfrågningsunderlaget avsåg upphandlingen mäklare som skulle biträda och företräda ett antal upphandlande enheter vid fysisk och finansiell

⁷ Kammarrätten i Göteborg mål nr 1793-06, domen som meddelades den 21 juni 2006 har vunnit laga kraft.

⁸ Direktiv 2004/17/EG artikel 55 (försörjningsdirektivet) och Direktiv 2004/18/EG artikel 53 (klassiska direktivet)

⁹ Länsrätten i Västerbottens län 2130-06 E

handel vid Nord Pool. Länsrätten gjorde bedömningen att ifrågavarande tjänst närmast var att jämställa med en form av förvaltningstjänst mot avgift, provision, ränta m.m. och således var en A-tjänst. Vid sådana förhållanden skulle upphandlingen genomföras enligt 5 kap. om värdet översteg tröskelvärdena. Länsrätten konstaterade att så var fallet. Därmed aktualiserades frågan huruvida EG-direktivets bestämmelser om att utvärderingskriterier inte endast skall rangordnas utan även viktas, kan anses ha direkt effekt. Länsrätten konstaterade att direktivet ännu inte var infört i svensk lag, trots att genomförandetiden löpte ut den 31 januari 2006. Bestämmelserna i direktivet skall dock tillämpas i den mån de har direkt effekt, vilket enligt länsrätten är fallet om de är klara, precisa och ovillkorliga samt skapar en rättighet för enskilda. Länsrätten fann att de bestämmelser

som hade aktualiserats i målet till sin art inte ingav några tveksamheter om dess tillämplighet, varför de skulle anses ha direkt effekt. Kommunen som tilldelat kontraktet enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt, skulle således ha viktat utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om.

Den andra upphandlingen var föremål för prövning av Länsrätten i Västerbotten¹⁰. Även i det fallet genomförde en kommun en upphandling enligt 6 kap. LOU trots att den borde ha genomförts enligt 5 kap. Länsrätten förde ett liknande resonemang som hade gjorts i det första målet beträffande gällande svensk lag och EG-direktiv och konstaterade att bestämmelsen om viktning hade direkt effekt. Domstolen beslutade att upphandlingen skulle göras om.

NOU: s kommentar

Eftersom länsrätters domar inte är prejudicerande, kan NOU sällan ägna dem uppmärksamhet. Dessa båda domar belyser dock intressanta rättsfrågor. NOU delar länsrätternas bedömning att direktivets bestämmelser angående viktning av utvärderingskriterier har direkt effekt. Enligt det nya klassiska direktivet skall den upphandlande enheten, om den använder utvärderingsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud, ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes. Endast om viktning inte är möjlig av påvisbara skäl, får den upphandlande enheten avstå från viktning. Kriterierna skall då istället anges i fallande prioritetsordning. Det nya försörjningsdirektivet innehåller motsvarande bestämmelser. Enligt NOU:s uppfattning skall således viktning ske vid upphandlingar som genomförs enligt bestämmelserna i 2, 3, 4 och 5 kap. LOU.

Tilldelningsbeslut

Tilldelningsbeslut och civilrättslig bundenhet

Alla upphandlande enheter bör i sina förfrågningsunderlag ställa upp en föreskrift med innebörden att avtal sluts genom upphandlingskontrakt. Tilldelningsbeslutet kan annars komma att anses som en accept i avtalslagens mening, vilket innebär att ett civilrättsligt bindande avtal kan inträda redan före överprövningsfristens utgång.

De nuvarande reglerna om överprövning i 7 kap. LOU infördes efter EG-domstolens dom i målet Alcatel¹¹. EG-domstolen slog i denna dom fast att medlemsstaterna var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande, genom vilket klaganden kan utverka ett undanröjande av den upphandlande enhetens beslut om vilken av de anbudsgivare som

deltagit i anbudsförfarandet som skall tilldelas kontraktet. EG-domstolen konstaterade att det i rättsmedelsdirektivet görs åtskillnad mellan stadiet före ingående av kontrakt och stadiet därefter. I stadiet före kontraktets ingående skall medlemsstaterna ha bestämmelser om prövning som innefattar att ett prövningsorgan är behörigt att dels vidta interimistiska åtgärder för att rätta till påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada, dels undanröja olagliga beslut. I stadiet efter kontraktets ingående begränsas prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av en överträdelse. EG-domstolen uttalade att de upphandlande enheternas viktigaste beslut – tilldelningen av kontrakt – inte får undkomma de åtgärder som enligt direktivet gäller i stadiet före kontraktets ingående.

¹⁰ Länsrätten i Västerbottens län 2130-06 E

¹¹ C-81/98 Alcatel Austria m.fl.

Om det beslutet inte skulle vara möjligt att överpröva, skulle det enligt EG-domstolen strida mot syftet med direktivet att införa nödvändiga åtgärder för att en upphandlande enhets beslut skall kunna prövas på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till.

EG-domstolen synes i Alcateldomen ha utgått från den s.k. kontraktprincipen, som innebär att civilrättslig bundenhet inträder först när parterna har undertecknat kontrakt. I svensk avtalsrätt gäller emellertid normalt den s.k. löftesprincipen, som kortfattat innebär att civilrättslig bundenhet inträder redan när en anbudsgivare erhåller en accept av hans anbud inom acceptfristen.

När detta prövningsförfarande skulle införlivas i svensk rätt, föreslog den s.k. Upphandlingskommittén att ett formkrav skulle införas, som innebar att civilrättslig bundenhet skulle inträda när skriftligt upphandlingskontrakt tecknades. I förarbetena till de nuvarande reglerna i 7 kap. LOU¹² uttalades dock att upphandlingskontrakten inte skall vara formalavtal som är undantagna från avtalslagens tillämpningsområde. Reglerna om tilldelningsbeslut och överprövningsfrist kan då få till följd att parterna kan vara civilrättsligt bundna, trots att något upphandlingskontrakt inte har tecknats och överprövning fortfarande är möjlig. Om en civilrättslig bundenhet uppstått och om en överprövning innebär rättelse, kan det innebära att en upphandlande enhet riskerar att bli skadeståndsskyldig. Enligt motivuttalandena bör de upphandlande enheterna, för att undvika sådan civilrättslig bundenhet, se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom upphandlingskontrakt¹³.

Kammarrätten i Göteborg har i två överprövningsmål ansett att civilrättsligt bindande avtal har uppstått genom att den antagne leverantören fått meddelande om tilldelningsbeslut. I det ena målet¹⁴ hade tilldelningsbeslutet fattats två dagar före den tidpunkt då anbudens giltighetstid löpte ut. Kammarrätten fann att leverantören fått meddelande om att hans anbud antagits och att ett giltigt avtal därför hade ingåtts inom den tid som anbudsgivarna var bundna av anbudet. I det andra målet¹⁵ hade anbudstidens giltighet löpt ut under pågående överprövning. Kammarrätten fann dock

att tilldelningsbeslutet hade fattats långt före anbudstidens utgång och att ett civilrättsligt bindande avtal därför kunde anses vara ingånget. Den sistnämnda domen har överklagats till Regeringsrätten, som har meddelat prövningstillstånd.

Svea Hovrätt har i ett nyligen meddelat beslut¹⁶ rörande prövning av ett avvisningsyrkande i ett skadeståndsmål likaså ansett, att civilrättsligt bindande avtal har uppkommit genom att den antagne leverantören fått meddelande om tilldelningsbeslut. En statlig myndighet hade upphandlat resetjänster. Ett flygbolag med hemvist utomlands lämnade skriftligt anbud. Myndigheten meddelade därefter tilldelningsbeslut att flygbolagets anbud antagits. I detta meddelande anfördes bl.a. att myndigheten avsåg att teckna avtal med flygbolaget, att ett avtal avseende upphandlade tjänster snarast skulle skickas till flygbolaget för underskrift samt att myndigheten därefter skulle översända ett av myndigheten undertecknat exemplar av avtalet, om det under överprövningsfristen inte skulle framkomma skäl för överprövning och/eller upphandlingen inte skulle bli föremål för överprövning. Myndigheten översände senare ett av myndigheten undertecknat avtal till flygbolaget för undertecknande. Flygbolaget undertecknade dock inte avtalet. Myndigheten stämde därför flygbolaget vid Stockholms tingsrätt och yrkade skadestånd i första hand på grund av avtalsbrott. Som grund för rättens behörighet åberopade myndigheten 10 kap. 4 § rättegångsbalken (bestämelsen innebär att talan mot en svarande utan känt hemvist i Sverige får väckas på det ställe här i landet där han ingått förbindelse eller ådragit sig gäld). Flygbolaget yrkade att käromålet, som också bestreds, skulle avvisas. Vid sin prövning av forumfrågan fann tingsrätten, med hänvisning till de ovan berörda motivuttalandena i prop. 2001/02:142 och med tillämpning av allmänna civilrättsliga principer, att bindande avtal mellan parterna måste ha uppkommit då flygbolaget fick beskedet om att myndigheten beslutat att anta flygbolagets anbud. Sedan tingsrättens beslut överklagats till Svea Hovrätt, fann hovrätten på de av tingsrätten anförda skälen att parterna ingått avtal med varandra. Hovrättens beslut har överklagats till Högsta Domstolen, som ännu inte tagit ställning i frågan om prövningstillstånd.

NOU: s kommentar

NOU vill understryka vikten av att alla upphandlande enheter i sina förfrågningsunderlag ställer upp en föreskrift med innebörden att avtal sluts genom upphandlingskontrakt. Som framgår i de ovan berörda motivuttalandena, kan tilldelningsbeslutet i annat fall anses som en accept i avtalslagens mening, vilket innebär att civilrättsligt bindande avtal kan ha inträtt redan före överprövningsfristens utgång. Av föreskriften bör det klart och tydligt framgå att civilrättsligt bindande avtal skall slutas genom skriftligt upphandlingskontrakt.

¹² prop. 2001/02:142, s. 71 ff

¹³ prop. 2001/02:142, s. 78

¹⁴ Domen meddelad den 26 oktober 2005, mål nr 1031-05.

¹⁵ Domen meddelad den 20 mars 2006, mål nr 6589-05. Dom har överklagats till Regeringsrätten, som meddelat prövningstillstånd den 7 november 2006, mål nr 2382-06.

¹⁶ Beslut meddelat den 18 augusti 2006, mål nr Ö 2665-06. Beslutet har överklagats till HD, mål nr 3770-06.

Fel leverantör angavs i tilldelningsbeslut



Hagfors kommun, genom Klarälvdalens räddningsförbund (Räddningstjänsten), hade genomfört en upphandling av en släck- och räddningsbil. I tilldelningsbeslutet angavs av misstag fel leverantör. Länsrätten i Värmlands län ansåg i sin dom¹⁷ att detta var en sådan uppenbar oriktighet till följd av skrivfel som får rättas av den myndighet som har meddelat beslutet. När Räddningstjänsten träffade avtal med den leverantör som lämnat det bästa anbudet, ansåg länsrätten att Räddningstjänsten därmed rättat oriktigheten i tilldelningsbeslutet. Länsrätten konstaterade att talan om överprövning inkommit efter

det att Räddningstjänsten hade beställt räddningsbilen och det förelegat ett upphandlingskontrakt. Ansökan hade inkommit senare än tio dagar från det att upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnats. Länsrätten avvisade den klagandes ansökan.

Domen överklagades och Kammarrätten i Göteborg uppgav i sin dom¹⁸ att denna brist är av sådan allvarlig art att kravet enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU på att upplysa om vem som tilldelats upphandlingskontraktet inte är uppfyllt. Tiodagarsfristen ansågs därmed inte ha börjat löpa. Kammarrätten upphävde länsrättens beslut och visade målet åter till länsrätten för prövning i sak.

Avbruten upphandling

Ej saklig grund att avbryta upphandling

Kammarrätten i Göteborg har i ett överprövningsmål funnit att det inte fanns saklig grund att avbryta upphandlingen. Det förhållandet att anbudsfristen löpte ut under pågående överprövning och att alla anbudsgivare inte gick med på förlängning av anbudens giltighetstid föranledde inte rätten att göra någon annan bedömning.

En kommun upphandlade skolskjutsar. Kontrakt avseende olika busslinjer kunde tilldelas till olika leverantörer. Anbud kom in från ett antal leverantörer, varav en var en lokal leverantör som hittills hade tillhandahållit alla dessa skolskjutsar. Den lokale leverantören ansökte om överprövning och begärde att upphandlingen skulle göras om under återopande av att utvärderingskriterierna var bristfälliga. Kommunen bestred bifall till ansökan och gjorde gällande att förfrågningsunderlaget uppfyllde kraven i LOU. Länsrätten beslutade att avslå ansökningsen och domen vann laga kraft. Därefter utarbetades ett tjänstemannaförslag till tilldelningsbeslut, som innebar att två leverantörer skulle tilldelas olika linjer, medan den lokale leverantören inte skulle tilldelas någon linje alls. Kommunstyrelsen beslutade emellertid att avbryta upphandlingen. Som skäl angavs att ytterligare säkerhetsparametrar – främst trepunktsbälten och alkoholås – skulle ställas upp i upphandlingen.

De två leverantörer som enligt förslaget skulle ha tilldelats kontraktet begärde överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen. Den ena leverantören gjorde gällande att de extra kostnader som dessa säkerhetskrav innebar var försumbara och inte utgjorde skäl att avbryta upphandlingen. Den andre leverantören anförde att de nya säkerhetskraven skulle ha kunnat ställas vid upphandlingens början och att

beslutet att avbryta upphandlingen därför stred mot kravet på transparens enligt LOU. Kommunen anförde hos länsrätten att skälen för att avbryta upphandlingen var, förutom att man velat ställa högre säkerhetskrav, att man i ett sent skede upptäckt att förfrågningsunderlaget var felaktigt och oklart i flera avseenden på sätt som medförde att det inte uppfyllde kraven enligt LOU.

Länsrätten i Göteborg beslutade i dom att ogiltigförklara kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Länsrätten fann att den mängd skäl som kommunen hos länsrätten angett för avbrytandet av upphandlingen synes strida dels mot principerna om öppenhet, transparens och principen om affärsmässighet och dels mot ordalydelsen i direktivet, eftersom kommunen i sitt beslut att avbryta upphandlingen uppenbarligen inte informerat anbudsgivarna om alla de skäl som den senare återopat som grund för sitt beslut.

Under målets handläggning hos länsrätten förlängde de båda leverantörer som begärt överprövning på eget initiativ sina anbuds giltighetstid. Anbudstiden skulle annars ha löpt ut under pågående överprövning.

Inför kammarrätten tillade kommunen att en av anbudsgivarna, den lokale leverantören, inte medgett förlängning av sitt anbuds giltighetstid och att kommunen av den anledningen såg sig tvingad att avbryta upphandlingsförfarandet och inleda en ny upphandling.

Kammarrätten i Göteborg beslutade i dom att avslå överklagandet¹⁹. Varken vad kommunen anført angående förfrågningsunderlagets brister, vad gäller säkerhetsfrågor eller vad som i övrigt framkommit kunde enligt kammarrättens mening utgöra sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

Sedan kommunen meddelat tilldelningsbeslut i enlighet med kammarrättens dom, har den lokale leverantören

¹⁷ Domen meddelad den 11 maj 2006, mål nr 623-06

¹⁸ Domen meddelad den 5 oktober 2006, mål nr 3161-06. Domen har vunnit laga kraft.

¹⁹ Dom meddelades den 7 november 2006, mål nr 5375-06.

ansökt om överprövning hos Länsrätten i Göteborg. Till stöd för sin ansökan har han åberopat att kommunen meddelat tilldelningsbeslut efter anbudstidens utgång, trots att han inte medgett förlängning av sitt anbuds giltighetstid. Läns-

rätten beslutade den 30 november 2006 att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas, innan länsrätten slutligt prövar upphandlingen eller beslutar något annat.²⁰

Offentlighet, sekretess och förvaltningslagen

Utlämnande av gamla avtal

Regeringsrätten har meddelat dom²¹ angående rätten att ta del av allmän handling. Den klagande begärde ut tre avtal från Skånetrafiken rörande reklam- och annonseringsplatser som det landstingsägda bolaget träffat med en leverantör. Två avtal tecknades under år 1999 och det tredje avtalet tecknades år 2002. Skånetrafiken lämnade ut avtalen med undantag av begärda prisuppgifter, som sekretessbelades med stöd av 8 kap. 10 § sekretesslagen.

När tilldelningsbeslutet har fattats upphör den absoluta sekretessen. Det innebär att samtliga handlingar som rör upphandlingen som huvudregel blir offentliga. Sekretess kan dock gälla även efter upphandlingen, men då måste det finnas ett lagstöd för detta i sekretesslagen. Sekretess kan gälla till förmån för det allmänna enligt 6 kap. 2 § första stycket andra meningen eller till förmån för enskild enligt 8 kap. 10 § första meningen sekretesslagen. Sekretess kan även gälla enligt andra bestämmelser. Uppgifter i

handlingar som omfattas av sekretess får inte lämnas ut.

Regeringsrätten konstaterade i målet att sekretess gäller för uppgifter i handlingar som anger villkoren i ett slutet avtal i kommunal affärsverksamhet längst till dess fem år har förflutit från det att avtalet slöts (8 kap. 10 § fjärde stycket sekretesslagen). Vid tiden för begäran att få ta del av avtalen kan därmed sekretess inte ha gällt enligt 8 kap. 10 § för några uppgifter i de två avtal som slöts år 1999. Något skäl att inte lämna ut dessa avtal har inte framkommit, varför Regeringsrätten beslutar att de skall lämnas ut.

Beträffande avtalet som ingicks år 2002 instämde Regeringsrätten i kammarrättens bedömning att det av särskild anledning kan antas att en enskild lider skada om de ifrågasvarande prisuppgifterna röjs. Sekretess förelåg således för uppgifterna i avtalet som tecknades 2002 enligt 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen.

Sekretess beträffande tekniska lösningar



Kammarrätten i Göteborg har meddelat dom²² angående rätten att ta del av allmän handling. De handlingar som begärdes ut gällde upphandling av signalprioriterings-system för busstrafik i Region Skåne. Skånetrafiken hade lämnat ut anbudsmaterialet, förutom den kommersiella delen (kap. 2), den tekniska beskrivningen (kap. 5) och bilagor (kap. 17). Den klagande begärde sedan ut även den tekniska beskrivningen i kap. 5.

Kammarrätten upp gav att kap. 5 innehåller delvis mycket

detaljerad information om leverantörens program- och systemtekniska lösningar som får antas ha väsentlig betydelse för företagets verksamhet och för deras anbud vid liknande upphandlingar. Kammarrätten fann därför att det finns sådan särskild anledning till antagande om skada som förutsätts för sekretess för merparten av uppgifterna. Kammarrätten ansåg dock att uppgifterna i innehållsförteckningen samt vissa andra specificerade uppgifter kunde lämnas ut till den klagande utan att leverantören riskerar att lida sådan skada som avses i 8 kap. 10 § sekretesslagen.

²⁰ Mål nr 8350-06 E

²¹ Domen meddelades den 15 juni 2006, mål nr 1411-06.

²² Domen meddelades den 22 september 2006, mål nr 3692-06. Domen har vunnit laga kraft.

Behörighet att underteckna upphandlingskontrakt

NOU anser att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga vid bedömningen om ett upphandlingskontrakt är undertecknat av en behörig företrädare.

NOU har på nämndsammanträde den 25 oktober 2006 diskuterat frågan om behörighet att underteckna upphandlingskontrakt. Allmänna civilrättsliga regler på förmögensrättens område får anses vara tillämpliga. Reglerna innebär bl.a. att en person med ställningsfullmakt kan vara behörig att underteckna kontraktet på parts vägnar. Denna

princip har vidsträckt användning på ett aktiebolags personal. Även andra än bolagets firmatecknare har alltså makt att sluta avtal för bolaget, om det är sedvanligt att personer i deras ställning sluter avtal av det slag som det är fråga om. I den mån en upphandlande enhet skulle ha ställt upp strängare krav, gäller dock dessa. Har den upphandlande enheten däremot endast lämnat föreskrift om att upphandlingskontraktet skall vara undertecknat av behörig företrädare eller motsvarande, kan det enligt NOU:s mening inte innebära annat än att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga för att bedöma behörigheten.

Ramavtal och direkt effekt



Kammarrätten i Stockholm har i en dom i ett överprövningsmål bedömt att EG-direktivet 2004/18/EG inte skulle ha direkt effekt vid en viss upphandling av ramavtal som påbörjades före det att tidsfristen för

genomförandet av direktivet löpt ut men inte avslutats före tidsfristens utgång. Domen har överklagats.

NOU har tidigare informerat om målet i *NOU info oktober -06* s. 9. En myndighet hade upphandlat ramavtal och tilldelade kontrakt till två leverantörer. Den anbudsgivare som kom på tredje plats i anbudsutvärderingen ansökte om överprövning och gjorde gällande, att bestämmelsen i det nya EG-direktivet 2004/18/EG om att ramavtal skall träffas med minst tre leverantörer har direkt effekt och att den klagande leverantören följaktligen också skulle tilldelas kontrakt. I vart fall hade direktivet enligt leverantören indirekt effekt, dvs. svensk rätt (såsom LOU) skall tolkas i ljuset av EG-rätten. Sedan länsrätten avslagit ansökningen

och kammarrätten inte meddelat prövningstillstånd, överklagade leverantören till Regeringsrätten, som beslutade att återförvisa målet till kammarrätten.

Kammarrätten har i dom den 31 oktober 2006 beslutat att avslå överklagandet.²³ I sina domskäl anförde kammarrätten att det vid tidpunkten för inledandet av det i målet aktuella upphandlingsförfarandet saknades bestämmelser i LOU liksom i EG:s då gällande upphandlingsdirektiv om lägsta antalet leverantörer vid slutande av avtal. Mot bakgrund härav fanns enligt kammarrätten inte skäl att anse att bestämmelsen om att ramavtal skall träffas med minst tre leverantörer har direkt effekt, såvitt avser den upphandling som målet gäller. Skyldigheten att tolka nationell rätt enligt ett direktivs ordalydelse och syfte (lojalitetsplikten) medförde enligt kammarrättens mening inte heller att den aktuella upphandlingen kan anses ha skett i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna. Kammarrättens dom har överklagats till Regeringsrätten.

²³ Mål nr 5024-06. Domen har överklagats till Regeringsrätten

Klagomål på offentliga upphandlingar

§

NOU får många frågor från leverantörer om hur man vänder sig till domstol och vad en ansökan om överprövning skall innehålla. Av den anledningen informerar NOU här nedan översiktligt om överprövningsförfarandet och därmed angränsande frågor.

Ansökan om överprövning

En leverantör kan begära överprövning vid länsrätt av en pågående upphandling, om han anser att en upphandlande enhet har brutit mot LOU och om detta samtidigt har medfört eller kan komma att medföra att leverantören lider skada. Om länsrätten finner att en överträdelse av LOU skett och att skada uppkommit eller kan uppkomma, kan länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller rättas till. Om överprövningen gäller den upphandlande enhetens beslut att avbryta en upphandling, kan länsrätten besluta att ogiltigförklara beslutet. Samma regler för överprövning gäller oavsett upphandlingens värde och oavsett om det är fråga om en A- eller B-tjänst. En utländsk leverantör har samma möjligheter som en svensk leverantör att få sin talan prövad enligt LOU.

Vem har rätt att föra talan?

Rätt att föra talan i överprövningsmål tillkommer endast leverantörer. Med leverantör förstås enligt 1 kap. 5 § LOU "den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats". En branschorganisation kan inte föra talan, men kan givetvis fungera som ombud för en leverantör. I *NOU info oktober-06* refereras några mål som behandlar frågan om talerätt i överprövningsmål²⁴.

Var skall ansökan ges in?

En ansökan om överprövning skall ges in till den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist. En leverantör som begär överprövning skall således skicka sin ansökan direkt till den behöriga länsrätten. Adress- och kontaktuppgifter finns på Domstolsverkets webbplats (www.dom.se) under rubriken "Sök domstol".

Hur länge finns det möjlighet att få en ansökan om överprövning prövad?

Vid all upphandling, utom vid direktupphandling som genomförts i enlighet med LOU, kan en ansökan om överpröv-

ning prövas i sak av länsrätt fram till dess att ett upphandlingskontrakt ingåtts och att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat tillräckliga upplysningar om tilldelningsbeslutet. Bägge dessa förutsättningar skall vara uppfyllda för att länsrätten skall vara förhindrad att pröva upphandlingen i sak.

NOU har tidigare lämnat information om upplysningar om tilldelningsbeslut och tiodagarsfristen för överprövning²⁵. Med tillräckliga upplysningar avses information om vilken anbudsgivare som vann upphandlingen och på vilka grunder. Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss leverantör tilldelats kontraktet, kan innebära att den upphandlande enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. I så fall anses tiodagarsfristen inte ha börjat löpa ännu.

När ett upphandlingskontrakt tecknats i enlighet med LOU:s formkrav anses upphandlingen avslutad. Efter den tidpunkten kan länsrätten inte längre pröva en ansökan om överprövning utan avskriver målet. Detta gäller även om en ansökan om överprövning gavs in till länsrätten före den tidpunkt då upphandlingskontraktet träffades. Länsrätten kan dock fatta ett s.k. interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. Fattas och expedieras ett sådant beslut innan upphandlingskontraktet har tecknats, får den upphandlande enheten inte avsluta upphandlingen. Länsrätten prövar inte självmant om den skall fatta ett sådant beslut. Sökanden måste alltså yrka att länsrätten skall fatta ett interimistiskt beslut, se nedan "Vad skall en ansökan innehålla".

Vid direktupphandling enligt LOU finns det inte någon tiodagarsfrist eller någon skyldighet att lämna upplysningar. Avtal kan ingås direkt och behöver inte vara skriftligt. Efter det att avtal ingåtts kan en direktupphandling inte överprövas. Ett viktigt undantag finns dock. Trots att avtal träffats kan länsrätten fortfarande pröva om upphandlingen verkligen skulle ha handlagts som en direktupphandling. Om länsrätten skulle komma fram till att den upphandlande enheten bröt mot LOU när den direktupphandlade och att upphandlingen istället skulle ha gjorts enligt något av lagens formbundna förfaranden, kan domstolen besluta att upphandlingen skall göras om.

Vad skall en ansökan innehålla?

En ansökan om överprövning till länsrätt skall göras skriftligen och innehålla följande:

1. Sökandens namn. Oftast är det ett företag som ansöker

²⁴ *NOU info oktober -06* sid. 10 f.

²⁵ Se *NOU info oktober -02* sid. 4 ff.

och då anges företagets fullständiga namn samt organisationsnummer. Aktuell adress anges och telefonnummer där sökanden kan nås. Om det är en enskild person, fysisk person, anges personnummer istället för organisationsnummer. Kontaktuppgifterna är mycket viktiga, eftersom domstolen snabbt kan behöva få kontakt.

2. Samtliga kontaktuppgifter avseende den upphandlande enheten (namn, telefonnummer, postadress, e-postadress).

3. Uppgifter om den upphandling som överklagas. En beskrivning skall lämnas beträffande på vilket sätt sökanden anser att den upphandlande enheten brutit mot LOU och hur detta har inneburit eller kan komma att innebära en skada för leverantören. NOU har tidigare refererat ett avgörande²⁶ som innebär att förvaltningsdomstol inte tar hänsyn till sådana grunder som inte särskilt åberopats av sökanden. Det är således viktigt att tydligt och fullständigt beskriva det eller de fel som anses ha skett. Kopior av de bevis och handlingar som finns för att styrka att fel har begåtts kan ges in. I mer komplicerade fall kan det finnas skäl att ta hjälp av en branschorganisation eller annat ombud.

4. Ev. yrkande om interimistiskt beslut. Sökanden bör alltid ta ställning till om han i sin ansökan skall yrka ett sådant beslut, vilket innebär att domstolen genast när den får in ansökan prövar om det finns skäl att besluta att upphandlingen inte får avslutas, innan något annat har beslutats. Om sökanden inte skulle framställa ett yrkande om interimistiskt beslut, tar länsrätten inte upp denna fråga. Har ett interimistiskt beslut inte fattats, kan den upphandlande enheten avsluta upphandlingen genom att teckna upphandlingskontrakt så snart tiodagarsfristen löpt ut. Det innebär i så fall att länsrätten inte längre kan pröva upphandlingen utan måste avskryva målet. Om länsrätten avslår ett interimistiskt yrkande, kan det beslutet genast överklagas till kammarrätt. Vikten av interimistiska beslut behandlas utförligt i *NOU info mars -03* s. 6 f.

Skrivelsen undertecknas av sökanden eller dennes ombud. Om ombud anlitas, bifogas en fullmakt för denne.

Hur går rättegången till och vem betalar rättegångskostnaderna?

Processen hos förvaltningsdomstolar (länsrätt, kammarrätt och Regeringsrätt) är normalt skriftlig och vardera parten betalar sina eventuella kostnader, t.ex. ombudsarvoden. Domstolarna tar inte ut några avgifter för att pröva ansökan.

Överklagande av dom eller beslut

En dom eller ett beslut som meddelats av länsrätten kan överklagas till kammarrätten och som sista instans prövar Regeringsrätten. För att ett mål skall tas upp i kammarrätt och Regeringsrätten måste dock prövningstillstånd meddelas först.

Vid ett överklagande till kammarrätt eller till Regeringsrätten skall klaganden bl.a. ange de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd skall meddelas.

Kammarrätten skall meddela prövningstillstånd²⁷ om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Prövningstillstånd meddelas också om det finns anledning att ändra länsrättens dom eller beslut eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet. Meddelas inte prövningstillstånd står länsrättens beslut fast.

Regeringsrätten skall meddela prövningstillstånd²⁸ om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av Regeringsrätten. Prövningstillstånd skall också meddelas om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag. Meddelas inte prövningstillstånd står kammarrättens beslut fast. Ett vägrat prövningstillstånd i Regeringsrätten innebär alltså inte att en dom är riktig. Det kan hända att prövningstillstånd inte meddelas även om ett mål är felaktigt dömt eller att domen står i strid med av Regeringsrätten tidigare meddelat prejudikat.

Hur lång tid har man på sig att överklaga?

Tiden för att överklaga domar och beslut vid en länsrätt eller vid en kammarrätt är normalt tre veckor, men särskilda förhållanden råder vid överprövningsmål. Om länsrätten eller kammarrätten upphäver ett interimistiskt beslut, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Den upphandlande enheten kan efter denna frist avsluta upphandlingen genom att teckna upphandlingskontrakt. Har upphandlingen avslutats, är överinstansen förhindrad att pröva ett överklagande. Den klagande leverantören har dock möjlighet att yrka att överinstansen fattar ett interimistiskt beslut. Om överinstansen fattar och expedierar ett sådant beslut innan upphandlingskontrakt tecknats, får den upphandlande enheten inte avsluta upphandlingen.

Skadestånd vid allmän domstol

Efter den tidpunkt då en upphandling anses avslutad, kan en leverantör som anser sig ha lidit skada endast föra talan om skadestånd mot den upphandlande enheten vid tingsrätt i första instans. Iaktas inte preskriptionsreglerna i 7 kap. 8 § LOU, är rätten till skadestånd förlorad. Talan skall normalt väckas inom ett år från den tidpunkt då upphandlingskontrakt slöts.

²⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3784-05. Domen finns refererad i *NOU info mars 2006* sid. 14.

²⁷ 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

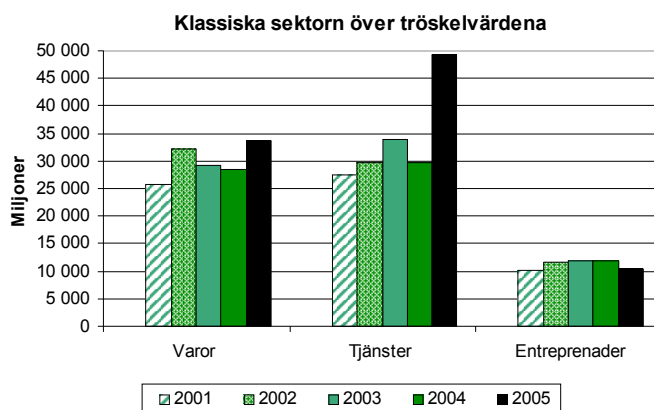
²⁸ 36 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Upphandlingsstatistiken för år 2005

Den svenska upphandlingsstatistiken för år 2005 är nu sammanställd. Totalt omslöt de upphandlingar som inkluderas i statistiken drygt 146 miljarder kronor, vilket är en ökning med cirka 20 miljarder jämfört med år 2004.

Statistiken inkluderar samtliga upphandlingar som genomförts inom försörjningssektorerna och upphandlingar genomförda av statliga myndigheter. Däremot ingår inte kommuners och landstings upphandlingar under tröskelvärdena. Den huvudsakliga förklaringen till ökningen jämfört med år 2004 är att tjänsteupphandlingar inom den klassiska sektorn har ökat kraftigt. En stor del av den ökningen svarar ett par riktigt stora upphandlingar för. Men även i övrigt ökar den totala volymen avseende tjänsteupphandlingar. Beträffande varuupphandlingar och upphandling av byggentreprenader inom den klassiska sektorn ligger volymerna i paritet med de senaste tre åren.

Inom försörjningssektorerna fluktuerar upphandlingsvolymerna i vanlig ordning mellan åren. År 2005 upphandlades det för 15 miljarder kronor över tröskelvärdena, vilket



är en ökning med cirka 2,3 miljarder jämfört med år 2004. Totalt upphandlades byggentreprenader över tröskelvärdena för över 7 miljarder kronor, vilket är den högsta siffran på många år. Under tröskelvärdena uppgick upphandlingarna inom försörjningssektorerna till 16,7 miljarder kr vilket är en minskning jämfört med år 2004.

Upphandlingar inom den klassiska sektorn över tröskelvärdena år 2005 (miljoner kronor)

	Varor		Tjänster		Byggentreprenader		Totalt	
	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde	Värde	Antal
Kommuner	518	10 308	657	14 252	115	2 809	1 290	27 369
Landsting	351	14 762	146	12 748	23	1 118	520	28 628
Staten	197	6 904	428	9 244	57	3 690	682	19 838
Övriga	69	1 760	291	12 945	137	2 902	497	17 607
Totalt	1 135	33 734	1 522	49 189	332	10 519	2 989	93 442

Statliga myndigheters upphandlingar under tröskelvärdena år 2005 (miljoner kronor)

Varor	Tjänster	Byggentreprenader	Totalt
4 400	8 605	7 744	20 749