

**NOU:s verksamhet inordnas  
i Konkurrensverket**

SID 3

**Domstolstrots vid ingånget avtal**

SID 8

**LOU och rättvisemärkning**

SID 9

## Innehåll

<b>Kanslichefen har ordet</b>	<b>3</b>
NOU verksamhet inordnas i Konkurrensverket	3
<b>Upphandlande enhet</b>	<b>4</b>
EU:s strukturfonder och LOU	4
<b>Tillämpning av LOU</b>	<b>5</b>
Direkt tilldelning av kontrakt underkänt av EG-domstolen	5
Rapport till kommunala kompetensutredningen	6
Kommuns köp av tjänster från kommunalförbund	6
<b>Tröskelvärden</b>	<b>7</b>
Tröskelvärdesberäkningen vid delvis ersättning från tredje man	7
<b>Annonsering</b>	<b>7</b>
Påminnefunktion om efterannonsering i TED	7
<b>Avtal</b>	<b>8</b>
Domstolstrots vid ingånget avtal	8
<b>Rättsmedel och processrättsliga frågor</b>	<b>9</b>
Yttrande till Högsta domstolen rörande skadestånd	9
<b>Sociala hänsyn inkl arbetsrätt</b>	<b>9</b>
LOU och rättvisemärkning	9
<b>Elektronisk upphandling</b>	<b>10</b>
Fortsatt arbete med elektronisk upphandling föreslås	10
<b>Upphandling enl. 6 kap</b>	<b>11</b>
Förslag till avgörande från EG-domstolen beträffande upphandling som inte omfattas av direktiven	11
<b>Entreprenadupphandling</b>	<b>12</b>
Entreprenadupphandling nödvändigt vid tilldelning till annan upphandlande enhet	12
<b>Förändring av regelverket</b>	<b>13</b>
Lagrådets yttrande beträffande Upphandlingsutredningens delbetänkande	13
<b>Statistik</b>	<b>14</b>
Antalet överprövningsmål	14
<b>Övrigt</b>	<b>14</b>
EG-kommissionens tolkningsmeddelande för försvarsupphandlingar	14
Översyn av regeringens stabsmyndigheter	15

*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 -07*"

Dnr 2007/0046-21

## Minnesord

NOU har drabbats av en förlust som fortfarande är svår för oss att hantera. Vår chefsjurist Michael Slavicek avled efter en kort tids sjukdom den 8 februari 2007 vid bara femtio års ålder. Han var den skickligaste juristen i landet inom offentlig upphandling och har gjort en arbetsinsats långt utöver det vanliga.

Michael stod alltid för sin uppfattning, även när det politiskt hettade till. Politikernas ambitioner har ibland rimmat illa med gällande EG-rätt. Michaels sällsynt höga ambitionsnivå och engagemang i arbetet, hans förmåga att snabbt sätta sig in i komplicerade juridiska frågeställningar och snabbt formulera yttranden, hans imponerande minneskapacitet - vi på NOU upplevde honom som en levande uppslagsbok - i kombination med en stor empati även för den "lille" leverantören, innebar en ovärderlig tillgång för NOU och för den offentliga upphandlingen generellt.

Vi är tacksamma över att ha haft honom som kollega och vän under mer än tio års tid, som chefsjurist i nära sex år.

Arbetskamraterna genom Margareta Hentze

## NOU:s verksamhet inordnas i Konkurrensverket

Regeringen gav i slutet av december 2006 Konkurrensverket i uppgift att förbereda inordnandet av NOU i sin verksamhet. NOU kommer således att upphöra som egen myndighet och redan efter sommaren 2007 återfinnas som en del av en ny och större organisation. Konkurrensverkets intention är att hålla samman arbetet med upphandlingsfrågor organisatoriskt. Man överväger också att inrätta ett råd för upphandlingsfrågor som skulle kunna vara ett organ både för information och för diskussioner på upphandlingsområdet.

NOU hoppas förstås att inordnandet i Konkurrensverket ska medföra att politikerna samtidigt satsar lite extra resurser, så att exempelvis upphandlingsinformationen ska kunna bli både fylligare och mer lättåtkomlig framöver. Konkurrensverket satsar själva hårt på detta och förbereder stora förändringar av sin webbplats. Redan har dock kunnat noteras politiska uttalanden om att problemen på upphandlingsområdet närmast kommer att vara som bortblåsta bara genom själva organisationsförändringen - ett inte ovanligt sätt att hantera behovet av ökade resurser.

Nyhetsbrevet *NOU info* kommer att finnas kvar i nuvarande skepnad året ut, så mycket kan sägas hittills. I övrigt får vi återkomma senare till vilka förändringar som blir aktuella till följd av organisationsförändringen.

Mycket är Konkurrensverket och NOU överens om, men absolut inte i namnfrågan. NOU har argumenterat kraftigt för att få med ordet upphandling i namnet efter inordnandet, medan Konkurrensverket vill behålla sitt nuvarande namn. NOU välkomnar det vinnande förslaget i Anbudsjournalens namntävling: Verket för Konkurrens och Offentlig upphandling, VKU, som klingar bättre än NOU:s eget förslag (Konkurrens- och Upphandlingsverket).

Margareta Hentze

## EU:s strukturfonder och LOU



Att ett företag beviljats stöd från någon av EU:s strukturfonder innebär inte i sig att det måste upphandla enligt LOU. Det kravet kan normalt bara ställas på företag som är upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU.

NOU har yttrat sig till Kammarrätten i Sundsvall i ett mål angående miljö- och strukturstöd. Ett företag som beviljats strukturstöd för ett visst projekt hade inte följt LOU när det upphandlade vissa tjänster som ingick i projektet. Den länsstyrelse som förvaltade strukturfonden beslutade därför att inte utbetala dessa strukturfondsmedel till företaget. Företaget överklagade beslutet till länsrätten.

Det förhållandet att bolag, föreningar, samfälligheter eller stiftelser beviljats stöd ur EU:s strukturfonder medför inte i sig en skyldighet för dessa att upphandla enligt LOU.<sup>1</sup> Bortsett från eventuella avtalsrättsliga möjligheter att reglera frågan, kan de myndigheter som förvaltar strukturfonderna bara ställa upp kravet att upphandla enligt LOU på de organisationer som är upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § LOU. Myndigheter som förvaltar strukturfonderna måste således kunna bedöma huruvida en organisation är en upphandlande enhet enligt nämnda lag. Denna bedömning skall ske i flera led. Om alla led är uppfyllda skall organisationen anses vara en upphandlande enhet enligt nämnda lag.

### Behov i det allmännas intresse

Först skall det undersökas huruvida organisationens verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Behov i det allmännas intresse avser i allmänhet behov som staten, kommuner, landsting eller annan upphandlande enhet, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på.<sup>2</sup> Frågan om en verksamhet täcker behov i det allmännas intresse skall bedömas objektivt och den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar betydelse.<sup>3</sup> En särskild fråga är hur det såväl i direktiven som i LOU använda uttrycken att ett organ "tillkommit" eller "inrättats" i visst syfte skall tolkas. I EG-domstolens dom i mål C-470/99 *Universale-Bau* fann domstolen att ett organ som åtagit sig att tillgodose allmänna intressen och

faktiskt gör det, kan vara att anse som ett organ som lyder under offentlig rätt, även om organet inte tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose sådana behov. Det avgörande är således inte omständigheterna när organet bildades eller vad som då kom till uttryck, utan förhållandena vid den tidpunkt när upphandlingsförfarandet genomförs.<sup>4</sup>

### Industriell eller kommersiell karaktär

Om verksamheten tillgodoser behov i det allmännas intresse skall det därefter fastställas huruvida dessa behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>5</sup> EG-domstolens praxis innebär i denna del att hänsyn skall tas till samtliga faktiska och relevanta omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet och de villkor på vilket det utövar sin verksamhet. Detta innefattar, förutom organets konkurrensförhållanden, särskilt en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om organet självt står den ekonomiska risken för den verksamhet som den utövar och om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering.<sup>6</sup>

### Offentlig finansiering m.m.

Om verksamheten tillgodoser behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall LOU efterlevas om dessutom minst ett av de tre kriterierna om offentlig finansiering, offentlig tillsyn eller offentlig styrelserepresentation är uppfyllt.

Eftersom 1 kap. 6 § första punkten LOU avviker från upphandlingsdirektiven<sup>7</sup>, skall direktivens lydelse om offentlig finansiering tillämpas istället för LOU:s lydelse om offentligt kapital.<sup>8</sup> Innebörden av rekvisitet offentlig finansiering har närmare definierats i EG-domstolens dom i mål C-380/98 *Cambridge*. När det gäller frågan vilka medel som skall anses ingå i uttrycket "finansieras av", har domstolen konstaterat att endast sådana bidrag kan anses som offentlig finansiering, som genom ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stödjer den berörda organisationens verksamhet.<sup>9</sup> Mer än hälften av organisationens samtliga inkomster skall utgöra offentlig finansiering. Det innebär att även sådana inkomster skall inkluderas som följer av organisationens egen näringsverksamhet. Bedömningen skall göras på årsbasis. Det budgetår under vilket ett

<sup>1</sup> C-44/96 *Mannesmann*, se även NOU info oktober - 97 s. 3

<sup>2</sup> EG-domstolens domar i mål C-18/01, *Korhonen*, punkt 47; C-360/96, *BFI Holding*, punkterna 50 och 51; de förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agora och Excelsior*, punkt 37 och C-373/00, *Adolf Truley*, punkt 50

<sup>3</sup> EG-domstolens dom i mål C-360/96 *BFI Holding*, punkt 63

<sup>4</sup> Jfr. NJA 2003 s. 683 samt Lagrådets yttrande 2007-02-27 avseende nya lagar om offentlig upphandling m.m.

<sup>5</sup> EG-domstolens dom i mål C-18/01, *Korhonen m.fl.*, punkt 40.

<sup>6</sup> EG-domstolens domar i målen C-18/01 *Korhonen*, C-283/00 *Kommissionen mot Spanien* samt de förenade målen C-223/99 och C-260/99 *Agora och Excelsior*.

<sup>7</sup> Artikel 1 b) i vart och ett av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG. Artikel 1.9 i det nya klassiska direktivet 2004/18/EG.

<sup>8</sup> EG-domstolens dom i mål C-44/96 *Walter Tögel* mot *Niederösterreichisch Gebietskrankenkasse*

<sup>9</sup> C-380/98, punkt 26.

visst upphandlingsförfarande påbörjas är den lämpligaste perioden för att beräkna finansieringen av organisationen. Beräkningen skall göras på grundval av de, ibland provisoriska, siffror som är tillgängliga i början av budgetåret. En organisation som då ett upphandlingsförfarande påbörjats utgör en upphandlande enhet förblir underkastad villkoren i upphandlingsdirektiven och därmed också LOU, till dess att upphandlingen ifråga avslutats.

Beträffande rekvisitet offentlig tillsyn, kan den granskning som genomförs i samband med prövningen av om en organisation är berättigad till stöd från strukturfonderna inte i sig anses

medföra att rekvisitet är uppfyllt. (Även på denna punkt avviker för övrigt LOU från direktiven.)

Vad slutligen avser rekvisitet offentlig styrelserepresentation<sup>10</sup>, uppfylls detta när mer än hälften av styrelseledamöterna är utsedda av staten, kommuner, landsting eller annan upphandlande enhet. För att kunna bedöma om rekvisitet är uppfyllt måste det i sin tur klarläggas huruvida den eller de juridiska personer som utsett styrelseledamöterna är att anse som upphandlande enheter enligt LOU.

NOU: s yttrande dnr 2006/0197-29 finns att läsa på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, ärenden m.m."

## Tillämpning av LOU

# Direkt tilldelning av kontrakt underkänt av EG-domstolen

EG-domstolens senaste avgörande av intresse för bedömningar i fråga om upphandling enligt LOU eller s.k. in-houselösning meddelades den 18 januari 2007 i målet Jean Auroux.<sup>11</sup>

I oktober 2002 bemyndigade kommunfullmäktige i den franska kommunen Roanne fullmäktiges ordförande att ingå ett avtal om att uppföra ett nöjescentrum med det halvvoffentliga bolaget SEDL i vars aktiekapital det ingick privat kapital. Avtalet slöts i november samma år och föreskrev att nöjescentrumet skulle uppföras successivt i etapper vilkas värde uppgick till olika specificerade belopp. Vissa byggnationer skulle överlåtas till tredje man och vissa till Roanne kommun. Avtalet föreskrev att SEDL skulle genomföra upphandling vid tilldelning av kontrakt till tredje man för genomförande av avtalet. Talan om att ogiltigförklara fullmäktigebeslutet väcktes i en nationell förvaltningsdomstol som begärde förhandsavgörande från EG-domstolen med tre frågor (varav två behandlas under rubrikerna "Tröskelvärden" respektive "Entreprenadupphandling").

Den franska domstolen ville genom en av sina frågor få klarhet i om den upphandlande myndigheten var befriad från att tillämpa direktivets upphandlingsförfarande, eftersom avtalet

enligt den nationella rätten endast kunde ingås med vissa juridiska personer som själva var upphandlande myndigheter och i sin tur var skyldiga att tillämpa upphandlingsbestämmelserna.

EG-domstolen svarade med hänvisning till Teckal-målet<sup>12</sup> och efterföljande praxis<sup>13</sup> nekande på frågan. Domstolen erinrade om att byggdirektivet 93/37/EEG inte innehåller några bestämmelser som gör det möjligt att avstå från att tillämpa direktivet på offentliga byggtreprenadkontrakt som ingås mellan två upphandlande myndigheter, även om den upphandlade myndigheten skulle vara skyldig att lägga ut hela värdet av kontraktet på underentreprenörer och således vara skyldig att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet. I avtalet som var aktuellt i målet var det inte heller föreskrivet att SEDL var skyldigt att lägga ut hela det ursprungliga kontraktet på underentreprenörer. Om SEDL lade ut kontraktet på underleverantörer skulle en uppdelning på flera kontrakt kunna leda till att respektive kontrakts värde understeg tröskelvärdena. Direktivets tillämpning skulle på så sätt kunna kringgås. I det aktuella målet hänvisade EG-domstolen till bestämmelserna om inköpscentraler i det nya klassiska direktivet 2004/18/EG, men konstaterade att dessa inte var tillämpliga vid tidpunkten för avtalets ingående.

## NOU: s kommentar

Det kan diskuteras om frågan skulle ha besvarats annorlunda med hänvisning till reglerna om inköpscentraler om det nya klassiska direktivet hade trätt i kraft då det aktuella avtalet ingicks och dessa regler hade varit införda i det nationella rättssystemet. Det är ännu ovisst om det kommer att läggas ett förslag om att införa inköpscentraler i den nya svenska lagstiftningen om offentlig upphandling.

<sup>10</sup> Administrativ, verkställande eller övervakande styrelse.

<sup>11</sup> C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne.

<sup>12</sup> C-107/98, Teckal, målet har refererats i NOU info december -99, sid. 4 f, 20 f.

<sup>13</sup> Bland annat C-340/04, Carbotermo, C-94/99, ARGE och C 26/03, Stadt Halle. För ytterligare bakgrund om rättsutvecklingen i EG-domstolen kring frågeställningen, se NOU info oktober 2005 sid. 6-7, NOU info december 2005 sid. 6-7 och NOU info juni 2006 sid. 5-7.

# Rapport till kommunala kompetensutredningen

NOU har på Kommunala kompetensutredningens uppdrag sammanställt en rapport om behovet av upphandling av tjänster i samband med kommunal samverkan och vissa undantagsmöjligheter från upphandlingskyldigheten enligt LOU. I rapporten har NOU

1) redogjort för utrymmet för kommunala samverkansavtal inom ramen för vissa undantagsbestämmelser i LOU

2) beskrivit eventuella andra undantagsmöjligheter som bedöms relevanta för att möjliggöra kommunala samverkansavtal

3) belyst huruvida upphandlingsbestämmelserna gäller när kommuner och landsting ska tilldela avtal till ge-

mensam nämnd och kommunalförbund

4) sammanställt praxis från EG-domstolen och Regeringsrätten rörande kommuners och landstings upphandling från egna bolag.

Rapporten är baserad på sammanställningar av NOU:s tidigare publicerade material, d.v.s. ärenden som beslutats av NOU:s nämnd eller enbart dess kansli samt information som lämnats i nyhetsbrevet *NOU info*. Utöver detta lämnades vissa problemformuleringar. Rapporten dnr 2006/0173-29 som har sammanställts och beslutats av NOU:s kansli finns att läsa på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, ärenden, m.m."

## Kommuns köp av tjänster från kommunalförbund

NOU har i ett ärende i principiella ordalag utrett frågan huruvida kommuners köp från kommunalförbund, i vilka de är medlemmar, skall föregås av upphandling enligt LOU.

Enligt EG-domstolen är det inte uteslutet att det kan finnas omständigheter under vilka en upphandling inte är obligatorisk, även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande enheten fristående juridisk person. EG-domstolen har medgett ett undantag från att tillämpa direktiven om offentlig upphandling vid egenregiverksamhet. Undantaget avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med organ som på visst sätt är knutna till myndigheten. Det finns ett flertal mål från EG-domstolen i vilka denna undantagsmöjlighet för direkt tilldelning av kontrakt utan upphandlingsförfarande har uttolkats. Av domarna följer att avtal som ingås mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person skall upphandlas och att det kan förhålla sig på annat sätt endast om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

NOU yttrade i det aktuella ärendet bland annat följande om kontrollkriteriet i förhållande till kommunalförbund.

Medlemmarna i ett kommunalförbund överlåter vården av kommunala angelägenheter till ett kommunalförbund genom beslut i respektive medlems fullmäktige. För att uppgifter skall kunna överlämnas till ett kommunalförbund krävs det således inte något avtal mellan medlemmarna och förbundet, även om (som i det aktuella ärendet) det har slutits ett avtal för att reglera fördelningen av kostnaderna mellan kommunalförbundets medlemmar.

De kommuner (eller landsting) som bildat ett kommunalförbund är medlemmar i förbundet. Ett kommunalförbund har således, till skillnad från t.ex. ett kommunalt aktiebolag, inga ägare. Varje förbundsmedlems inflytande över verksamheten står i proportion till det antal ledamöter medlemmen har i förhållande till det totala antalet ledamöter i förbundets beslutandeförsamling.

Det kan således konstateras att det är möjligt för en kommun att utöva en kontroll som är jämförbar med den som utövas över den egna förvaltningen, över ett kommunalförbund i vilket kommunen är medlem. Detta förutsätter dock sannolikt att antalet medlemmar inte är alltför stort och kommunens andel därmed alltför obetydlig. Det finns i nuläget inget klart svar beträffande vid vilken andel som "kontroll såsom över den egna förvaltningen" uppstår respektive upphör.

Gällande kriteriet att huvuddelen av verksamheten skall utövas tillsammans med kommunalförbundets medlemmar för att upphandling inte skall vara obligatorisk, yttrade NOU bland annat följande. När ett kommunalförbund utför de kommunala uppgifter som överlämnats till förbundet av medlemmarna torde detta, i upphandlingsrättslig mening, kunna anses vara sådan verksamhet som förbundet utövar "tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det", även om de nyttigheter som förbundet tillhandahåller riktar sig till kommunernas medlemmar och inte direkt till kommunerna. Skälet till detta är att kommunalförbundet då inte uppträder som andra "normala" aktörer på marknaden utan är så starkt sammankopplat med kommunerna att avtal mellan kommunalförbundet och kommunerna kan jämföras med interna transaktioner.

Om däremot kommunalförbundet, vid sidan av de uppgifter som förbundet istället för kommunerna tillhandahåller

kommunernas medlemmar, även säljer varor eller tjänster på den "öppna marknaden", d.v.s. till privata köpare på normala marknadsmässiga villkor, skall detta med all sannolikhet inte betraktas som sådan verksamhet som förbundet utövar "tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det".

Flertalet kommunalförbund torde huvudsakligen utföra sådana uppgifter som medlemmarna överlämnat till förbundet. Det kan dock inte uteslutas att det kan finnas kommunalförbund som, i likhet med det i ärendet aktuella förbundet, säljer varor eller tjänster till privata kunder. Det torde dock, med hänsyn till de begränsningar som följer av kommunalagens bestämmelser om den kommunala kompetensen, vara mycket ovanligt att ett kommunalförbund säljer varor

eller tjänster till privata kunder i en sådan omfattning att de uppgifter som förbundet utför åt medlemmarna inte kan sägas utgöra huvuddelen av verksamheten.

Rekvisitet att den fristående juridiska personen skall "bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den" torde därför normalt sett vara uppfyllt i relationen mellan ett kommunalförbund och dess medlemmar. De kommuner som inte är medlemmar i kommunalförbundet skall givetvis upphandla sina tjänster i enlighet med LOU. Ansvaret för att LOU följs åligger den som köper tjänster.

NOU:s ärende dnr 2006/0100-26 finnas att läsa på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, ärenden m.m."

## Tröskelvärden

# Tröskelvärdesberäkningen vid delvis ersättning från tredje man



I målet Jean Auroux<sup>14</sup> för vilket sakomständigheterna redogjorts ovan under rubriken "Tillämpning av LOU" var den andra frågan som ställts av den nationella domstolen och som prövades av EG-domstolen hur värdet av kontraktet skulle beräknas i syfte att avgöra om tröskelvärdet uppnåtts.

EG-domstolen konstaterar inledningsvis att artikel 6 i byggdirektivet 93/37/EEG inte föreskriver någon regel om begränsning till de belopp som härrör från den upphandlande myndigheten. Artikel 6 syftar till att säkerställa att potentiella anbudsgivare upplyses om de offentliga upphand-

lingar som har ett tillräckligt högt värde för att motivera att anbudsgivare från andra medlemsstater deltar i förfarandet. Det är i detta hänseende uppenbart att en potentiell anbudsgivare är intresserad av det sammanlagda värdet av ett kontrakt, när värdet av kontraktet i fråga utgörs av såväl intäkter från den upphandlande myndigheten som intäkter från tredje man. Svaret blev därför att vid bestämmandet av värdet av ett kontrakt enligt byggdirektivet skall det totala värdet av ett byggentreprenadkontrakt sett ur en potentiell anbudsgivares synvinkel beaktas. Samtliga belopp ska räknas in, såväl ersättningen från den upphandlande myndigheten som intäkterna från tredje man.

## Annonsering

# Påminnelsefunktion om efterannonsering i TED

En upphandlande enhet som avslutat en upphandling över tröskelvärdena skall annonsera resultatet av upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). De annonser som offentliggörs i EUT återfinns därefter i databasen TED (Tenders Electronic Daily). Ett av syftena med efterannonseringen är att underlätta för leverantörer som inte deltog i upphandlingen att få information om vilken

leverantör som tilldelats kontraktet, vilket utöver det rena upplysningssyftet även kan förväntas bidra till en god leverantörsutveckling. Ett annat syfte är att utgöra ett underlag för den obligatoriska statistiken till EU och WTO. Under många år har stora brister funnits i efterannonseringen. För endast 40 procent av de upphandlingar som annonseras publiceras en efterannons.

<sup>14</sup> C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne.

För att förbättra efterannonseringen har Publikationsbyrån infört en påminnelsefunktion i TED. En första påminnelse sker när annonsen om upphandlingen publiceras. Om ingen efterannons publicerats 130 dagar därefter sker en ny påminnelse. Ytterligare en påminnelse sker efter 220 dagar och därefter återkommande var sextionde dag.

Ibland förekommer det att upphandlande enheter som

har publicerat en efterannons ändå får påminnelser. Den vanligaste orsaken till det är att man angett fel referensnummer i efterannonsen eller att numret har angetts på fel ställe. Systemet kan då inte matcha efterannonsen mot den tidigare annonsen. Det är alltså viktigt att ange rätt nummer och på rätt ställe. Publikationsbyrån arbetar för närvarande med att göra vissa justeringar av funktionen.

## Avtal

# Domstolstrots vid ingånget avtal

**Upphandlande enheter bör snarast på lämpligt sätt avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom.**

NOU har på anmodan av Justitieombudsmannen (JO) lämnat ett yttrande avseende frågan i vad mån det förhållandet att ett civilrättsligt bindande avtal kan ha uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör bör inverka på den upphandlande enhetens skyldigheter att följa en domstols avgörande i mål om överprövning enligt LOU.

Utgångspunkten för yttrandet är att ett civilrättsligt bindande avtal kan uppstå innan en allmän förvaltningsdomstols möjligheter att pröva upphandlingsförfarandet är uttömda. Om en allmän förvaltningsdomstol i en dom förelägger en upphandlande enhet att rätta eller göra om en upphandling, förekommer det att enheten väljer att trotsa domstolens avgörande, eftersom den redan ingått ett civilrättsligt bindande avtal. Om ett civilrättsligt bindande avtal har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör, finns det enligt svensk lagstiftning ingen uttalande skyldighet att säga upp avtalet.

Enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande enhets beslut kan prövas effektivt och skyndsamt, om det hävdas att beslutet har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten. Av rättsmedelsdirektivet framgår att verkan av den nationella domstolens beslut att upphandlingen skall göras om i förhållande till redan slutet avtal skall regleras i nationell lag. Direktivet uppställer inga uttryckliga krav på att ett avtal, som har ingåtts utan genomförande av en korrekt upphandlingsprocedur, skall undanröjas eller ogiltigförklaras. Kravet på effektiva rättsmedel innebär dock att medlemsstaterna skall införa bestämmelser som garanterar att granskningsorganets (här: länsrättens) beslut verkligen åtgärdas. Detta har inte gjorts i svensk rätt, eftersom det har förutsatts att de upphandlande enheterna rättar sig efter domstolarnas domar.

Liknande frågeställningar som den i JO:s fråga har behandlats i två rättsfall från EG-domstolen.<sup>15</sup> I de förenade målen Bockhorn och Braunschweig hade Europeiska kommissionen stämt Tyskland för fördragsbrott eftersom två kommuner hade ingått avtal om utförande av en viss typ av A-tjänster löpande över 30 år utan ett föregående korrekt upphandlingsförfarande. EG-domstolen ansåg att inskränkningen av den fria rörligheten för tjänster kvarstår under hela löptiden för de avtal som ingåtts i strid med bestämmelserna i tjänstedirektivet. Kommissionen har därefter väckt talan mot Tyskland vid EG-domstolen och yrkat att domstolen skall fastställa att Tyskland åsidosatt sina förpliktelser enligt EG-fördraget genom att inte ha vidtagit tillräckliga åtgärder för att komma tillrätta med de av domstolen fastställda fördragsbrotten. Kommissionen yrkar vidare att staten Tyskland skall åläggas att erlagga ett dagligt vite om 31 680 euro respektive 126 720 euro fram till dess att åtgärder vidtagits. Kommissionens uppfattning i målet är att parterna måste säga upp de avtal som slutits i strid med upphandlingsreglerna. Målet är ännu inte avgjort.

Mot bakgrund av de i yttrandet redovisade resonemangen i EG-domstolen synes det finnas brister i den nuvarande svenska lagstiftningen avseende sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

EG-rättsligt har den upphandlande enhetens skyldighet att avsluta avtal som ingåtts i strid med EG-direktiven men som är civilrättsligt bindande, ännu inte slutligt klarlagt. NOU anser dock att en upphandlande enhet snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte har ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom, även om den överträdde regeln i LOU inte har EG-rättslig bakgrund.

Yttrandet dnr 2006/0114-29 finns att läsa på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, ärenden m.m." NOU återkommer med information om ärendet när JO har yttrat sig.

<sup>15</sup>Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack, Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Dom meddelad den 28 oktober 1999. Mål C-20/01 och C-28/01, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland. Dom meddelad den 10 april 2003. Mål C-126/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland. Dom meddelad den 18 november 2004. Det pågående målet C-503/04. Talan mot Förbundsrepubliken Tyskland väckt den 7 december 2004 av Europiska gemenskapernas kommission. EGT C 45, 19 februari 2005 sid. 15 f.

## Yttrande till Högsta domstolen rörande skadestånd

NOU har i ett yttrande till Högsta domstolen (HD)<sup>16</sup> uttalat sig i frågan angående prövningstillstånd, särskilt med beaktande dels av att det i målet aktuella avtalet varit ett s.k. ramavtal, dels av att prövningstillstånd beträffande skadestånd vid offentlig upphandling efter hörande av NOU meddelats i ett annat mål.<sup>17</sup>

NOU uppger bland annat att några av de oklarheter som finns beträffande skadestånd enligt LOU, sannolikt kommer att undanröjas när HD meddelar dom i det mål där prövningstillstånd redan har meddelats. Förhållandena i det nu aktuella målet skiljer sig emellertid från övriga skadeståndsmål. Behovet av ytterligare klarläggande kommer därför att kvarstå även

efter HD:s dom i nyssnämnda mål.

NOU anser därför att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att HD meddelar prövningstillstånd och avgör ytterligare ett mål om skadestånd enligt LOU. Endast några få prejudicerande skadeståndsdomar har hittills meddelats.<sup>18</sup> NOU anser därför att ytterligare vägledning i hur andra liknande fall skall bedömas är av stort intresse. Behov av prövningstillstånd föreligger, särskilt eftersom HD inte i något fall har prövat ett skadeståndsmål enligt LOU som har avsett en upphandling av ett ramavtal.

Yttrandet finns att läsa på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken "Publikationer, yttranden, m.m."

## LOU och rättvisemärkning

Krav kan endast ställas på att en produkt skall uppfylla de kriterier som en viss rättvisemärkning förutsätter i den mån dessa krav är förenliga med 1 kap. 4 § LOU och de därmed bakomliggande grundläggande EG-rättsliga principerna, främst principerna om likabehandling och proportionalitet.

NOU har yttrat sig till en kommun angående rättvisemärkning, dnr 2006/0146-21. I en motion till kommunfullmäktige föreslogs att kommunen, som ett första steg, skulle ställa upp krav på en viss rättvisemärkning vid upphandling av det kaffe och te som konsumeras av kommunens förtroendevalda eller anställda. Produkter som är rättvisemärkta skall ha uppfyllt en rad olika kriterier som tar sikte på producenternas produktionsmetoder och drift av sina företag samt produkternas kvalitet och egenskaper. En leverantör som vill tillhandahålla produkter med rättvisemärkning måste skaffa sig en certifiering och betala en licensavgift. Den fråga som ställdes på sin spets genom motionen var huruvida det kan anses förenligt med LOU att förkasta ett anbud från en leverantör bara på den grunden att han inte offererar en produkt som har denna märkning.

LOU införlivar EG:s direktiv om offentlig upphandling. Vid all upphandling finns en skyldighet att iaktta de grund-

läggande EG-principerna. Vid bedömningen av frågan om rättvisemärkning är det främst principerna om likabehandling och proportionalitet som är av intresse. Likabehandlingsprincipen betyder att alla leverantörer skall behandlas lika, dvs. ges lika förutsättningar. Det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer. Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs skall vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras, t.ex. krav avseende sociala hänsyn, får ställas under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten. När det gäller tekniska specifikationer för att beskriva den vara eller tjänst som skall upphandlas får en upphandlande enhet normalt endast hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall följas av orden "eller likvärdig".

EG-kommissionens tolkningsmeddelande (KOM(2001) 566 slutlig) om sociala hänsyn vid offentlig upphandling utvecklar i vilken omfattning gällande gemenskapslagstift-

<sup>16</sup>NOU:s dnr 2006/0162-29.

<sup>17</sup>I HD:s mål T 2883-04, NOU: s dnr 2004/0261-22, NOU info juni -05 sid. 10.

<sup>18</sup>Med relevans för detta mål främst NJA 1998 s 873 och NJA 2000 s 712.

ning tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. Av tolkningsmeddelandet framgår bland annat följande. Det är möjligt ställa krav på tillverkningsprocessen under förutsättning att det bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till konkurrerande produkter och på ett sådant sätt att det av den upphandlande enheten avsedda ändamålet uppfylls. Krav som inte rör själva varan eller tjänsten utgör dock inte tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Krav på hur företaget drivs får exempelvis inte ställas. Direktiven innehåller en uttömmande förteckning över uteslutningsgrunder med avseende på anbudsgivares personliga omständigheter. Dessa grunder skall tolkas restriktivt. Direktiven föreskriver vidare att anbudsgivarnas lämplighet att delta i en upphandling skall bedömas utifrån kriterier avseende deras ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. I direktiven anges, att de upplysningar som erfordras för att styrka leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt hans tekniska kapacitet, måste begränsas till sådana som har koppling till föremålet för upphandlingen. Hänsyn får endast tas till företagets sociala förmåga om den styrker företagets tekniska capaci-

tet att fullgöra det aktuella kontraktet. Kontraktet skall enligt tolkningsdokumentet antingen tilldelas den leverantör som lämnat det anbud som har det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Sociala kriterier som gör det möjligt att bedöma t.ex. kvaliteten hos en tjänst kan vara berättigade om de bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i direktivets mening. Däremot står det i strid med gällande upphandlingsdirektiv att förbehålla kontrakt åt en bestämd leverantörskategori.

En upphandlande enhet kan således endast i vissa undantagsfall kräva att en vara är märkt på ett angivet sätt. Ett märke kan endast utgöra bevis om att i upphandlingen relevanta krav är uppfyllda. En upphandlare kan inte kräva medlemskap i eller godkännande från en viss organisation eller ett angivet bolag, såsom Rättvisemärkt i Sverige AB. Krav kan endast ställas på att en produkt skall uppfylla de kriterier som en rättvisemärkning förutsätter, och då endast om dessa krav är förenliga med 1 kap. 4 § LOU och de bakomliggande grundläggande EG-rättsliga principerna, främst principerna om likabehandling och proportionalitet.

NOU avser återkomma i frågan om rättvisemärkning.

## Elektronisk upphandling

# Fortsatt arbete med elektronisk upphandling föreslås



Regeringen gav år 2004 Statskontoret, senare Verva, i uppdrag att arbeta för en ökad användning av elektronisk offentlig upphandling. Bakgrunden var de nya upphandlingsdirektiv som antogs under våren 2004. När nu uppdraget slutredovisas konstateras att det krävs fortsatt arbete för att främja elektronisk upphandling.

Uppdraget har bland annat omfattat att sprida information om de nya reglerna för elektronisk upphandling med hjälp av en arbetsgrupp i vilken NOU, representanter för offentlig förvaltning och leverantörer ingått. I uppdraget har också ingått att föreslå krav för hur systemlösningar för upphandlingssystem ska kunna harmoniseras. IT-säkerhet, särskilt användning av elektroniska signaturer, har varit en annan viktig fråga. Genom deltagande i olika EU-grupper har den internationella harmoniseringen och standardiseringen bevakats. Arbetsgruppen har även tagit fram underlag till en nationell plan för att införa elektronisk offentlig upphandling. Detta underlag redovisades till regeringen i december 2005.<sup>19</sup>

När nu uppdraget slutredovisas konstaterar Verva och arbetsgruppen att det krävs fortsatt arbete för att främja elektronisk upphandling och för att få genomslag för intentionerna i det nya upphandlingsregelverket.

Verva menar att samordning krävs av vissa frågor som t.ex. arbete med standardisering, harmonisering, framtagning av funktionella krav och specifikationer för IT-lösningar mot bakgrund av det nya regelverket. De upphandlande enheterna använder de verktyg och metoder som är lämpliga för den egna organisationen och där kan elektroniska metoder vara ett sätt. Vissa frågor måste dock hanteras gemensamt, inom sektorer eller inom förvaltningen. Dit hör t.ex. specifikationer för tillämpning av det nya upphandlingsregelverket och standardisering. Ett sätt att åstadkomma samordning är att utfärda föreskrifter och ge ut vägledning.

För leverantörer är det viktigt att få tillgång till marknader samt att hålla nere de administrativa kostnaderna att delta i offentlig upphandling. Både leverantörer och upphandlare pekar på att det behövs samordnade insatser så att en positiv utveckling för offentlig upphandlingsverksamhet uppnås.

<sup>19</sup>Se [www.verva.se](http://www.verva.se)

Fortsatt informationsspridning till både förvaltning och leverantörer om de nya upphandlingsreglerna är nödvändig. Att delta i olika former av EU-samarbete är väsentligt för att få en harmonisering på europeisk nivå och för att kunna påverka utvecklingen och ta del av andra länders erfarenheter inom området. Det pågående EU-arbetet måste hanteras och förankras i Sverige.

Det europeiska initiativet "i2010" omfattar bland annat målet att all offentlig upphandling ska kunna ske elektroniskt år 2010 och att minst 50 % av upphandlingarna över de s.k. tröskelvärdena verkligen genomförs på detta sätt. Verva menar att om Sverige ska nå dessa mål krävs åtgärder för att främja utvecklingen. Målet behöver förtydligas och brytas ner i operativa termer för att möjliggöra uppföljning. Beroende på hur sådana mål formuleras kommer det att krävas samordning.

För att främja den fortsatta utvecklingen av elektronisk upphandling och användning av elektroniska metoder föreslås att regeringen:

- Ger lämpligt organ i uppdrag att, i samverkan med andra berörda organisationer, genomföra föreslagna insatser inom området.
- Förser uppdraget med resurser.
- Klargör ansvarsfördelningen i arbetet med att genomföra målet i "i2010" för att all offentlig upphandling ska kunna ske elektroniskt år 2010.

Tydliga mål och samordnade insatser för arbete med elektronisk upphandling och elektroniska metoder kan skapa förutsättningar för en positiv utveckling inom området.

Rapporten finns att läsa på [www.verva.se](http://www.verva.se).

## Upphandling enl. 6 kap

# Förslag till avgörande från EG-domstolen beträffande upphandling som inte omfattas av direktiven

En av generaladvokaterna vid EG-domstolen har lämnat ett förslag till avgörande<sup>20</sup> beträffande en upphandling som inte omfattas av EG-direktiven. Processen är sådan i EG-domstolen att domstolen biträds av generaladvokater som, när de utsetts i ett mål, lämnar ett fullständigt opartiskt och oavhängigt juridiskt yttrande, kallat förslag till avgörande. Dessa förslag till avgöranden är ofta lite mer omfattande än vad själva domen är, när den senare meddelas. Generaladvokatens förslag till yttrande har inte samma värde som en dom och domstolen kan komma fram till något annat än det som generaladvokaten föreslår. Endast om EG-domstolen direkt hänvisar till generaladvokatens yttrande eller följer dennes argumentation får innehållet i förslaget värde av rättskälla.

Den typ av mål vid EG-domstolen som det nu är fråga om benämns talan om fördragsbrott och kan väckas av kommissionen eller medlemsstat. Talan innebär att domstolen granskar huruvida medlemsstaterna har uppfyllt de skyldigheter som åligger dem enligt fördragen och gemenskapsrätten i övrigt. Innan talan väcks vid domstolen har kommissionen gett medlemsstaten tillfälle att bemöta de anmärkningar som riktats mot den. Om dessa inledande kontakter inte medför att medlemsstaten upphör med vad kommissionen anser utgöra ett fördragsbrott, kan talan om att gemenskapsrätten har åsidosatts väckas vid EG-domstolen.

I det aktuella fallet har kommissionen hävdats att Finland vid en upphandling av serveringsutrustning åsidosatt fördragets grundläggande regler och i synnerhet principen

om icke-diskriminering som medför en skyldighet att lämna insyn. Kommissionen har dock inte varit särskilt tydlig med att ange på vilket sätt Finland har brutit mot fördraget utan närmast framfört allmän kritik mot den upphandlande enhetens agerande vid upphandlingen av serveringsutrustningen. Generaladvokatens uppfattning är därför att talan inte skall tas upp till prövning av domstolen. För det fall att domstolen inte delar denna uppfattning framförs följande.

Generaladvokaten slår fast att det är ostridigt att det är fråga om ett kontrakt under tröskelvärdet ett s.k. lågvärdesavtal (low value contract) och att det därför inte omfattas av tillämpningsområdet för varudirektivet 93/36/EEG.

I förslaget uppges vidare att det av domstolens fasta rättspraxis följer att även om vissa kontrakt inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheterna som ingår sådana kontrakt ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler.<sup>21</sup> Den upphandlande myndigheten är bunden av i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, som i sin tur förutsätter att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas.<sup>22</sup>

Det framkommer av förslaget till avgörande att den upphandlande enheten i Finland publicerade en annons beträffande ett selektivt förfarande avseende ett bygg- och anläggningsarbete som omfattade renoverings- och ombyggnadsarbeten. Den upphandlande enheten hade sedan övergått till ett förhandlat förfarande utan annonsering, ef-

<sup>20</sup> Mål C-195/04, meddelat den 18 januari 2007.

<sup>21</sup> Hänvisning sker till EG-domstolens mål C-59/00, Vestergaard, punkt 20 och mål C-264/03, Kommissionen mot Frankrike, punkt 32.

<sup>22</sup> En hänvisning lämnas till C-324/98, Telaustria och Telefonadress, punkterna 60 och 61.

tersom inga godtagbara anbud inkom. I avgörandet diskuteras huruvida annonseringen också omfattade leveransavtal för serveringsutrustningen.

Generaladvokaten uppger att det i huvudsak förefaller vara samma avtal. Enheten skulle därmed, om värdet legat över tröskelvärdena, haft rätt att genomföra en förhandlad upphandling utan ny annonsering. Enheten bör enligt generaladvokaten i sådana fall, även vid en upphandling under tröskelvärdena som det nu var fråga om, haft rätt att genomföra denna upphandling utan ny annonsering.

För det fall annonseringen inte kan anses ha omfattat också serveringsutrustningen, konstaterar generaladvoka-

ten att enheten tillfrågat fyra potentiella leverantörer. Generaladvokaten hänvisar till EG-domstolens tidigare uttalande om att "den upphandlande myndighetens skyldighet att lämna insyn syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska."<sup>23</sup> Generaladvokaten kommenterar att ordet "offentlighet" ovan inte nödvändigtvis behöver innebära en publiceringsskyldighet. Det innebär dock en skyldighet att göra mer än att bara kontakta en enda potentiell anbudsgivare och tilldela detta bolag avtalet.

## NOU: s kommentar

För Sveriges vidkommande svarar den annonseringsskyldighet som är huvudregel vid upphandlingar enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU väl upp till generaladvokatens resonemang ovan. Det kan konstateras att 6 kap. 2 b § LOU ger de upphandlande enheterna en möjlighet att vända sig direkt till en tänkbar leverantör i det fall enheten har annonserat en förenklad upphandling men inte mottagit några anbud alls eller några lämpliga anbud och under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligt ändras. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

## Entreprenadupphandling

# Entreprenadupphandling nödvändigt vid tilldelning till annan upphandlande enhet



I målet Jean Auroux<sup>24</sup> för vilket sakomständigheterna redogjorts ovan under rubriken "Tillämpning av LOU" var en av den nationella domstolens frågor som EG-domstolen prövade en önskan att få klarhet i om avtalet var ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i byggdirektivet 93/37/EEG.

EG-domstolen svarade att avtal genom vilket en upphandlande myndighet anförtror åt en annan upphandlande myndighet att utföra ett byggnadsverk utgör ett offentligt

byggentreprenadkontrakt oavsett om denne själv fullgör byggentreprenaderna eller låter dessa arbeten fullgöras av underleverantörer (inte ett tjänstekontrakt vilket hade invänts i målet). Vidare måste det anses att uppförandet av nöjescentrumet motsvarar de behov som specificerats av Roanne kommun i avtalet. Det byggnadsverk som avses i avtalet är nöjescentrumet i dess helhet. Bedömningen är därför oberoende av om det föreskrivs att den första upphandlande myndigheten är eller ska bli ägare till hela eller delar av byggnadsverket.

<sup>23</sup> Se C-324/98, Telaustria och Telefonadress, punkt 62.

<sup>24</sup> C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne.

# Lagrådets yttrande beträffande Upphandlingsutredningens delbetänkande

## §

Lagrådet har publicerat sitt yttrande<sup>25</sup> över den föreslagna lagstiftningen om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Förslaget grundar sig på den lagrådsremiss som regeringen utarbetat och som lämnades i maj 2006 beträffande Upphandlingsutredningens delbetänkande Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22)<sup>26</sup>. Behandlingen i Lagrådet tog betydligt längre tid än vad de flesta initierade kunde ana. Lagrådets yttrande är på 90 sidor och därmed betydligt mer omfattande än vad deras yttranden brukar vara. Det kan dock påpekas att lagrådsremissen omfattade 925 sidor. Regeringen (Finansdepartementet) skall nu bearbeta synpunkterna och utarbeta en proposition som riksdagen sedan skall ta ställning till. Tidpunkten för ikraftträdandet av de nu aktuella ändringarna kan beräknas till början av år 2008. Lagstiftningsarbetet beskrivs stegvis i *NOU info mars -06* sid. 15-16.

Lagrådet förespråkar

- en lag på upphandlingsområdet. Lagrådet motsätter sig förslaget att dela upp LOU i två lagar; en lag för upphandling inom den klassiska sektorn och en för upphandling inom försörjningssektorn,
- användning av begreppet upphandlande enhet genomgående för den som genomför en upphandling, istället för

förslaget med upphandlande myndighet för upphandling inom den klassiska sektorn (i yttrandet benämmt K-lagen) och upphandlande enhet för de som upphandlar inom försörjningssektorerna (i yttrandet benämmt F-lagen) och - användning av begreppet upphandling i stället för "tilldelning av kontrakt".

Lagrådet förespråkar åtskilliga förtydliganden av lagtexten samt förklaringar och exempel i författningskommentarerna. Det som är oklart i direktiven skall inte föras över på samma otydliga sätt till den svenska lagstiftningen. Lagrådet vill t.ex. att det skall bli tydligt vari skillnaderna består mellan upphandling inom den klassiska sektorn och upphandling inom försörjningssektorerna.

De bestämmelser som nu återfinns i 6 kap. LOU och reglerar upphandling under tröskelvärdena, B-tjänster oavsett värde m.m. bör, enligt Lagrådet, återges i en fullständig reglering och inte placeras så undanskymt som i förslaget (15 kap. i bägge lagarna). Lagrådets förslag är här att dessa bestämmelser placeras direkt efter de två inledande kapitlen med allmänna bestämmelser och definitioner. Anledningen härtill uppges vara att dessa bestämmelser reglerar ca 95 % av antalet offentliga upphandlingar, vilket motsvarar ca 80 % av totalt upphandlat värde.

NOU återkommer med ytterligare information när regeringens proposition till riksdagen är klar.

<sup>25</sup> Hela yttrandet finns att läsa på [www.lagradet.se](http://www.lagradet.se).

<sup>26</sup> NOU redogjorde för aktuella ändringar i *NOU info mars -05* sid. 18. På NOU:s webbplats finns länkat till lagrådsremissen

## Antalet överprövningsmål

NOU har inhämtat följande statistik från Domstolsverket rörande antalet mål om överprövning enligt LOU i de allmänna förvaltningsdomstolarna 2002 – 2006.

Inkomna	2002	2003	2004	2005	2006
Länsrätten	343	865	1124	1280	1538
Kammarrätten	101	210	319	345	382
Regeringsrätten	20	51	77	85	158

Avgjorda	2002	2003	2004	2005	2006
Länsrätten	299	841	1143	1213	1545
Kammarrätten	91	208	315	331	386
Regeringsrätten	24	45	67	87	155

Ökningen mellan år 2005 och 2006 kan till stor del förklaras av ett förändrat sätt att administrera överprövningsmål vid vissa länsrätter.

## Övrigt

### EG-kommissionens tolkningsmeddelande för försvarsupphandlingar

EG-kommissionen publicerade i december 2006 ett tolkningsmeddelande<sup>27</sup> om tillämpning av artikel 296 i EG-fördraget på området för försvarsupphandlingar. Syftet med meddelandet är att ge de upphandlande enheterna viss vägledning vid bedömningen av om undantaget är tillämpligt eller inte. Den aktuella artikeln gör det möjligt att avvika från inre marknadsreglerna (i detta fall de direktivstyrda reglerna i LOU) om väsentliga säkerhetsintressen berörs. Vid upphandling av försvarsprodukter som inte har civil användning och som omfattas av ovan nämnda artikel skall bestämmelserna i 6 kap. LOU tillämpas, oavsett kontraktets värde enligt 1 kap. 3 § LOU. Undantag från dessa regler kan beslutas av regeringen med stöd av 6 kap. 17 § LOU, om det är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Artikel 296 i EG-fördraget lyder:

**1.** Bestämmelserna i detta fördrag skall inte hindra tillämpningen av följande regler:

**a)** Ingen medlemsstat skall vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot väsentliga säkerhetsintressen.

**b)** Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

**2.** Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fast-

<sup>27</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/dpp\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm)

stälde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1 b. skall tillämpas.

Kommissionen konstaterar att många medlemsstater i praktiken nästan automatiskt har undantagit försvarskontrakt från gemenskapsreglerna, oavsett om de uppfyller villkoren för tillämpning av artikel 296 i EG-fördraget eller ej. Kommissionen vill därför klargöra dessa villkor. Det kan bidra till en bättre efterlevnad av fördragets bestämmelser och underlätta tillträdet till försvarsmarknaderna, även om dess ekonomiska inverkan i stort sett kommer att vara begränsad till icke-militära material. Kommissionen uppger att en kombination av ett tolkningsmeddelande för att klargöra det befintliga rättsläget och ett nytt försvarsspecifikt direktiv, som beaktar de särskilda egenskaper som utmärker

försvarssektorn, mycket väl kan vara det lämpligaste sättet att på gemenskapsnivå komma tillrätta med svårigheterna att tillämpa artikeln.

Medlemsstaterna har en företrädesrätt att identifiera sina väsentliga säkerhetsintressen och en skyldighet att skydda dem. Begreppet väsentliga säkerhetsintressen ger dem en flexibilitet i valet av åtgärder för att skydda dessa intressen, men samtidigt ett särskilt ansvar att iaktta bestämmelserna i fördraget och inte missbruka denna flexibilitet. I tolkningsmeddelandet betonas att artikel 296 i EG-fördraget skall tolkas restriktivt, både i fråga om tillämpningsområdet och i fråga om tillämpningsvillkoren. En hänvisning görs därvid bland annat till den dom från EG-domstolen som refererades i *NOU info oktober -01* sid. 6 f.<sup>28</sup>

---

## Översyn av regeringens stabsmyndigheter

Regeringen har tillsatt en särskild utredare för att göra en översyn av regeringens stabsmyndigheter Ekonomistyrningsverket (ESV), Kammarkollegiet, Statskontoret och Verket för förvaltningsutveckling (Verva). Kommittédirektiv 2007:20, Översyn av stabsmyndigheter.

Översynen syftar till att tydliggöra organisationen och dess verksamheter. I uppdraget ligger bland annat att pröva det offentliga åtagandet och se över konkurrensutsatt verksamhet vid myndigheterna samt att tydliggöra stabsmyn-

digheternas roll i det fortsatta arbetet med att utveckla den statliga förvaltningen.

ESV tog år 2006 över huvudmannskapet för den statliga inköpssamordningen från Statskontoret som ett led i en effektivisering av regeringens stabsmyndigheter och en renodling av Statskontorets uppgifter.

Utredaren ska redovisa sitt uppdrag till regeringen senast den 28 december 2007.

<sup>28</sup> C-414/97 Europeiska kommissionen mot Spanien.

