

Skyldigheter vid tilldelning  
av tjänstekoncessioner

SID 6

Två kommuntjänstemän  
dömda för mutbrott

SID 13

Granskning av modell för  
utvärdering av anbud

SID 14

<b>Kanslichefen har ordet</b>	<b>3</b>
NOU:s nyhetsbrev december 2005	3
<b>Förändring av regelverket</b>	<b>4</b>
Nya upphandlingsbestämmelser	4
Elektronisk offentlig upphandling	4
Elektroniska auktioner	5
<b>Annonsering</b>	<b>5</b>
De gamla blanketternas giltighet efter den 1 februari 2006	5
Blanketter för ändring och återtagande av tidigare annonsering	5
<b>Tillämpning av LOU</b>	<b>6</b>
Skyldigheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner	6
Kontrakt till kommunalt bolag, vars aktier delvis kort därefter överläts till privat bolag	7
Marknadsundersökningar och behovsanalyser inför en upphandling	8
<b>Upphandlande enhet</b>	<b>8</b>
Fråga om kommunala bostadsbolag är upphandlande enheter	8
SJ AB	9
Posten AB	9
<b>Upphandlingsförfaranden</b>	<b>9</b>
Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt	9
<b>Tröskelvärden</b>	<b>10</b>
Nya tröskelvärden	10
<b>Rättsmedel</b>	<b>10</b>
Prövningstillstånd i Regeringsrätten	10
NOU:s bedömningar och uttalanden	10
<b>Förfrågningsunderlaget</b>	<b>11</b>
Standarder ingår allt oftare i upphandlingar	11
Krav i förfrågningsunderlaget avseende lokaler på viss plats eller på visst avstånd godtogs inte	11
<b>Korruption, ekobrott och jäv</b>	<b>13</b>
Två kommuntjänstemän dömda för mutbrott	13
<b>Prövning anbud</b>	<b>14</b>
Granskning av modell för utvärdering av anbud	14
Dom i mål om otillåten komplettering av anbud har vunnit laga kraft	15
<b>Statistik</b>	<b>16</b>
Upphandlingsstatistiken för år 2004	16
<b>Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt</b>	<b>18</b>
Betänkandet Det blågula glashuset	18
En kommuntjänsteman felaktigt avskedad p.g.a. brott mot LOU	18
<b>Miljö</b>	<b>19</b>
Slutbetänkandet Bilen, Biffen och Bostaden Hållbara laster - Smartare konsumtion	19
Vägverkets regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition	20
<b>Övrigt</b>	
Försök beträffande kommunal uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken permanentas	20

*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: 298 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* dec -05"

Dnr 2005/0054-21

### NYA NOU INFO

*NOU info* utkommer  
fyra gånger per år  
och finns tillgänglig  
på NOU:s webbplats,  
[www.nou.se](http://www.nou.se). Där går  
det även att prenu-  
merera på en tryckt  
version, pris 298:-  
exkl. moms/år.

## NOU:s nyhetsbrev december 2005

Ännu ett år till ända och i skrivande stund har vi fortfarande inte sett skymten av någon ny lagstiftning på upphandlingsområdet! Men lagrådsremissen bör vara nära.

Nej, jag vet, allting på upphandlingsområdet handlar inte om lagen. Och inte tror jag egentligen att de närmast förestående ändringarna kommer att ha någon större praktisk betydelse för flertalet upphandlingar, upphandlare och leverantörer. Och inte är de närmast förestående förändringarna så nära förestående heller!

De mest spännande förändringarna som har möjlighet att genomföras och som många hoppas på ligger ju i steg två, dvs. upphandlingen under tröskelvärdena och, över tröskelvärdena, i de frivilliga delarna av direktiven. Nyhetsbrevet innehåller som vanligt senaste nytt om lagstiftningen.

I stället för en hearing under hösten på upphandlingsområdet, såsom utlovats, genomför Finansdepartementet i december ett rundabordssamtal med en mycket begränsad skara intressenter. Men en hearing kanske blir aktuell senare i vinter eller i vår.

Det är glädjande att vi fått så positivt gensvar från våra välbesökta konferenser i oktober. Konferensmaterialet ligger på vår webbplats.

NOU har för avsikt att genomföra någon eller några konferenser även nästa år, när vi står närmare en ny lagstiftning och hoppas naturligtvis att inte budgettekniska problem ska lägga hinder i vägen för våra ambitioner. Vi har också tänkt utöka vår just nu begränsade personalstyrka med en ny, erfaren jurist. Den intresserade bör hålla utkik på vår webbplats, där vi kommer att närmare informera bl.a. om vilka kvalifikationer som vi tycker är mest angelägna.

Med den nya layouten på *NOU info* behöver jag väl egentligen inte längre pusha för olika delar av innehållet, men titta gärna på vad vi har att säga t.ex. om elektroniska auktioner och modeller för utvärdering. För den kommunala sektorn, inkl. landstingen är frågan om köp från kommunala bolag åter uppe i några skepnader. Domar om mutor och avskedanden på upphandlingsområdet kan väl locka en bredare publik?

En glad och trevlig jul och ett gott nytt upphandlingsår önskar vi alla på NOU genom

Margareta Hentze

## Nya upphandlingsbestämmelser



Den 1 oktober 2006 är den senaste uppgiften från regeringskansliet beträffande tidpunkten för när de närmast förestående ändringarna i LOU skall träda ikraft. Observera att datumet

fortfarande är preliminärt.

Den första omgången ändringar medför inte så stora sakliga skillnader i förhållande till nu gällande lagstiftning. NOU har inte för avsikt att göra någon fullständig analys av vilka artiklar i EG:s upphandlingsdirektiv som kan tänkas ha s.k. direkt effekt tiden mellan den 1 februari 2006, då upphandlingsdirektiven skulle ha varit införlivade i svensk rätt och det datum då reglerna träder ikraft. Klart är i alla fall att en ovillkorlig och tydlig bestämmelse i något av de nya EG-direktiven kan anses gälla, även om den inte har införts i svensk rätt, under förutsättning att bestämmelsen ger en enskild t.ex. en leverantör en rättighet. En upphandlande enhet kan däremot knappast åberopa statens egen försumlighet. Här görs en vid tolkning av begreppet staten. De upphandlande enheterna kan alltså inte dra nytta av de fördelar som de nya direktiven medför t.ex. nedan nämnda icke-obligatoriska bestämmelser förrän dessa har införts i svensk rätt. Det blir i sista hand en fråga för en domstol att avgöra vilka regler som gäller för en viss situation.

NOU utgår från att upphandlande enheter följer gällande regelverk, det vill säga LOU, fram till dess att en ny lagstiftning har trätt ikraft.

Av stor praktisk betydelse är om de upphandlande enheterna måste använda de nya standardblanketterna för annonsering som är anpassade till de nya direktiven. NOU har uppmärksammat regeringen på att Sverige kan ansöka om att få behålla de gamla annonseringsblanketterna efter den 1 februari 2006 och fram till dess att en fullständig lagstiftning träder ikraft. Någon ansökan har dock ännu inte sänts iväg till EG-kommissionen. Användningen av standardblanketterna behandlas senare i nyhetsbrevet under avsnittet Annonsering.

VISSA DELAR I EG-DIREKTIVEN innehåller bestämmelser som inte är obligatoriska för medlemsstaterna utan mer har karaktären av ett erbjudande till medlemsstaterna. Varje medlemsstat kan sedan bestämma sig för att införa bestämmelserna i den nationella lagstiftningen eller att avstå från detta. Hit hör t.ex. bestämmelserna om elektroniska auktioner, dynamiska inköpssystem och det nya förfarandet konkurrenspräglad dialog. Bestämmelserna om ramavtal inom den klassiska sektorn hör också till de delar som inte är obligatoriska, men beträffande dessa föreligger ett förslag till svensk lagstiftning från Upphandlingsutredningen 2004 (Se *NOU info mars -05* sid. 18).

NOU avråder upphandlande enheter att börja tillämpa dessa frivilliga delar ur EG-direktiven innan eventuella förslag beträffande dessa har bearbetats av regeringen, beslutats av riksdagen och trätt ikraft. Användningen av elektroniska auktioner utvecklas särskilt i avsnitt nedan.

## Elektronisk offentlig upphandling

En redovisning av underlaget till en nationell handlingsplan lämnades till regeringen den 1 december 2005. NOU har deltagit i Statskontorets uppdrag att, tillsammans med andra företrädare för offentlig sektor (stat, kommun och landsting), varu- och tjänsteleverantörer, ta fram underlag till nationell plan för att införa elektronisk offentlig upphandling som medlemsstaterna skall förbereda i enlighet med kommissionens handlingsplan<sup>1</sup>. Arbetet har påverkats av att det ännu inte lämnats några förslag till svensk lagstiftning beträffande elektroniska auktioner, dynamiska inköpssystem och elektroniska kataloger. Utöver vissa generella åtgärder

såsom information, utbildning och metodstöd föreslås i underlaget ett antal åtgärder som är relaterade till inköpsprocessen. Underlaget finns på Statskontorets webbplats: [www.statskontoret.se](http://www.statskontoret.se).

STATSKONTORETS UPPDRAG i övrigt som bland annat innebär att sprida information om nyheter beträffande elektronisk upphandling, skall redovisas till Finansdepartementet senast den 22 februari 2007. Från och med den 1 januari 2006 förs vissa av Statskontorets uppgifter, bland annat detta regeringsuppdrag, över till det nya Verket för Förvaltningsutveckling (VERVA), [www.verva.se](http://www.verva.se).

<sup>1</sup> "Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement" av den 21 oktober 2004.

# Elektroniska auktioner



Det finns viss erfarenhet i Sverige från användningen av elektroniska auktioner. Inom det privata näringslivet har sådana förekommit under en längre tid.

Inom den offentliga sektorn uppges några upphandlingar enligt LOU ha avslutats med en elektronisk auktion. Dessa har dock inte varit föremål för någon domstolsprövning. Flera myndigheter, leverantörer och journalister har därför frågat NOU om e-auktioner kan genomföras enligt dagens regelverk. Även om medlemsstaterna enligt de nya EG-direktiven kan tillåta att upphandlande myndigheter/enheter får genomföra elektroniska auktioner, har Upphandlingsutredningen ännu inte behandlat denna del av lagstiftningen. I avvaktan på utredningens slutbetänkande, efterföljande regeringsproposition och riksdagsbehandling är det därför ännu inte klart om e-auktionerna kommer att vara tillåtna, när hela lagstiftningen träder ikraft någon gång under 2007.

Frågan om användningen av elektroniska auktioner

har diskuterats vid ett nämndsammanträde och NOU vill tills vidare avråda upphandlande enheter från att använda sig av e-auktioner. Först måste det finnas ett förslag som har behandlats i regeringskansliet och beslutats av riksdagen. Det handlar bland annat om att utreda de för- och nackdelar som kan finnas med detta tillvägagångssätt, analyser för vilka typer av varor, tjänster och byggentreprenader där det finns fördelar för det offentliga att använda sig av e-auktioner, vilka upphandlingsförfaranden som kan innehålla en e-auktion och konsekvenser för kraven på sekretess och kravet på undertecknande av anbud under auktionen. Dagens regler i sekretesslagen synes inte medge att anbudsgivare hålls fortlöpande underrättade om deras plats i rangordningen och de deltagande anbudsgivarnas antal. Även frågan hur bindande de elektroniska anbuden under auktionen är och huruvida dessa kan förändra det ursprungliga skriftliga anbudet förtjänar närmare analys. NOU avser att återkomma med ytterligare information i kommande nyhetsbrev.

## Annonsering

# De gamla blanketternas giltighet efter den 1 februari 2006



Sverige överväger, med anledning av fördröjningen av införlivningen av de nya EG-direktiven, att ansöka om att få använda de gamla annonseringsblanketterna även efter den 1 februari 2006. Om EG-kommissionen och Publikationskontoret medger

detta kommer de gamla blanketterna att vara tillgängliga på <http://simap.eu.int> även efter den 1 februari 2006 och fram till dess att Sverige har införlivat de nya EG-direktiven. Regeringen kommer därför sannolikt inte att under den närmaste tiden utfärda någon ny förordning om annonseringsblanketter.

# Blanketter för ändring och återtagande av tidigare annonsering

Det kommer att finnas särskilda blanketter för upphandlande enheter som vill göra ändringar eller återtagande (vid avbrytande av upphandling) av tidigare

annonsering. Dessa blanketter kommer att finnas på <http://simap.eu.int> från och med den 1 februari 2006.

# Skyldigheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner



Enligt ett förhandsavgörande<sup>2</sup> från EG-domstolen skall tilldelning av tjänstekoncessioner föregås av offentliggörande med beaktande av EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Gemeinde Brixen (Brixens kommun)<sup>3</sup> tilldelade sitt kommunala bolag Stadtwerke Brixen AG (Stadtwerke) ett uppdrag att sköta driften av två avgiftsfinansierade offentliga parkeringsplatser. Tilldelningen av uppdraget hade inte föregåtts av någon annonsering.

Stadtwerke fick uppbara parkeringsavgifterna som erlades av dem som använde parkeringsplatserna mot att bolaget skötte driften åt Brixens kommun.

En konkurrent till Stadtwerke, Parking Brixen GmbH (Parking Brixen), var intresserad av uppdraget och väckte därför talan vid den nationella domstolen. Domstolen begärde förhandsavgörande från EG-domstolen.

EG-domstolen utkristalliserade och besvarade sammanfattningsvis följande två frågeställningar:

1) huruvida tilldelningen av driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser utgjorde ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) eller en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

2) huruvida tilldelningen av en koncession avseende allmännyttiga tjänster utan anbudsinfördran är förenlig med gemenskapsrätten då det företag som innehar koncessionen är ett aktiebolag som bildats genom omvandling av ett av en offentlig myndighets så kallade särskilda företag - såsom i Stadtwerkes fall - och vars samtliga aktier vid tidpunkten för tilldelningen innehades av den koncessionsgivande myndigheten, men vars styrelse hade full befogenhet att sköta den löpande driften och möjlighet att självständigt, utan bolagsstämmans godkännande, genomföra vissa transaktioner upp till ett värde av fem miljoner euro.

Beträffande den första frågan uppgav EG-domstolen att det var fråga om en tjänstekoncession avseende allmännyttiga tjänster varför tjänstedirektivet inte är tillämpligt. Till stöd för sitt ställningstagande anförde domstolen sammanfattningsvis följande tre omständigheter:

- att Brixens kommun inte betalade någon ersättning till Stadtwerke,

- att det var tredje man som betalade ersättningen till Stadtwerke när parkeringsplatserna användes samt  
- att betalnings sättet innebar att Stadtwerke stod den ekonomiska risken för verksamheten, vilket är kännetecknande för en tjänstekoncession.

Beträffande den andra frågan inledde EG-domstolen sitt svar med att slå fast att alla upphandlande myndigheter (det vill säga samtliga upphandlande enheter inom den klassiska sektorn, NOU:s anmärkning) är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet vid tilldelning av tjänstekoncessioner, trots att sådana avtal om koncessioner avseende allmännyttiga tjänster på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för tjänstedirektivet. Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en sådan koncession som det är fråga om i målet är enligt domstolen inte förenligt vare sig med kraven i artiklarna 43<sup>4</sup> och 49<sup>5</sup> i EG-fördraget eller med principerna om lika-behandling och icke-diskriminering samt kravet på insyn.

Stadtwerke och Brixens kommun (nedan benämnda svaranden) hade huvudsakligen två rättsinvändningar och grunder till stöd för sin uppfattning i målet.

För det första menade svaranden att det var uteslutet att tillämpa bestämmelserna i fördraget eftersom det var fråga om en rent intern situation i en enda medlemsstat. EG-domstolen delade inte svarandens uppfattning, utan menade att det inte kunde uteslutas att företag som är etablerade i andra medlemsstater än i Italien hade kunnat vara intresserade av att tillhandahålla tjänsterna och att det utan offentliggörande och anbudsinfördran är det åtminstone potentiellt, "... fråga om särbehandling till förfång för företag i andra medlemsstater som hindras från att utöva friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten i fördraget ...".

För det andra menade svaranden att det följer av Teckal-domen<sup>6</sup> att det är uteslutet att tillämpa bestämmelserna i fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna på en sådan situation som den förevarande mot bakgrund av att Stadtwerke inte är en självständig enhet i förhållande till Brixens kommun.

Beträffande svarandens andra invändning om Teckal-domens tillämplighet konstaterade EG-domstolen sammanfattningsvis, att under förutsättning att myndigheten utövar en kontroll över den fristående ju-

<sup>2</sup> Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.

<sup>3</sup> Brixens kommun är beläget i Sydtyrolen, de tyskspråkiga delarna i norra Italien.

<sup>4</sup> I artikel 43 EG-fördraget behandlas etableringsfriheten för medborgare och företag inom EU.

<sup>5</sup> I artikel 49 EG-fördraget behandlas friheten att tillhandahålla tjänster inom EU.

<sup>6</sup> Mål C-107/98, Teckal Srl och Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

ridiska enheten, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den skulle bestämmelserna och principerna i fördraget inte behöva tillämpas vid koncessionstilldelningen. EG-domstolen poängterade att tillämpligheten av undantagsmöjligheten skall tillämpas strikt och att bevisbördan för att rekvisiten eller omständigheterna är uppfyllda placeras hos den som åberopar undantaget.

VID BEDÖMNINGEN av om den upphandlande myndigheten har den kontroll som erfordras över den enhet som skall tilldelas en tjänstekoncession skall man enligt EG-domstolen beakta samtliga lagbestämmelser och omständigheter. Resultatet av bedömningen skall visa att den fristående juridiska enheten är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av enheten. Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut, menar EG-domstolen.

EG-domstolen kom vid sin bedömning fram till att

Brixens kommun inte uppfyllde kontrollkravet över Stadtwerke.

EG-domstolen tog bland annat fasta på följande omständigheter:

- att Stadtwerke var ett aktiebolag,
- att föremålet för Stadtwerkes verksamhet hade utvidgats till att omfatta nya viktiga områden,
- att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i Stadtwerke samt
- att väsentliga befogenheter tilldelats styrelsen i Stadtwerke utan att Brixens kommun i princip utövade någon förvaltningskontroll över Stadtwerke.

En helhetsbedömning av alla omständigheter talade emot att kontrollkravet kunde anses vara uppfyllt. Mot bakgrund härav gjorde domstolen inte någon prövning av om Stadtwerke bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med sina ägare.

Sammanfattningsvis borde den i målet behandlade tilldelningen av tjänstekoncession ha föregåtts av offentliggörande med beaktande EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

## Kontrakt till kommunalt bolag, vars aktier delvis kort därefter överläts till privat bolag



EG-domstolen har meddelat en dom<sup>7</sup> mot Österrike, där domstolen fann att det inte var tillåtet för en kommun att utan föregående upphandling teckna kontrakt med ett kommunalt bolag, som kort efter

kontraktstilldelningen delvis sålts till ett privat bolag. Domstolen tog hänsyn till direktivets syfte och beaktade samtliga moment som ingått i överlåtelsekedjan.

EG-kommissionen ansåg att Österrike underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet 92/50/EEG (tjänstedirektivet) genom att Mödlings kommun ingått ett avtal om bortskaftande av avfall utan att iakttä be- stämmelserna om förfaranden och publicering i artikel 8, och artiklarna 11.1 och 15.2 i tjänstedirektivet.

Mödlings kommun beslutade i maj 1999 att bilda en fristående juridisk person i form av ett bolag (Abfall) för att utföra kommunens uppgifter på avfallshanterings- området. I september samma år tecknades ett kontrakt där Abfall exklusivt och icke tidsbegränsat fick uppdraget att bortforsla avfall inom kommunen. Månaden efter beslöt kommunen att överläta 49 % av aktierna i Abfall till ett privat bolag.

Domstolen konstaterade att enligt dess praxis krävs inget anbuds-förfarande från en fristående juridisk person, om den upphandlande enheten utövar kontroll över den fristående enheten som är en offentlig myndighet motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet och den fristående enheten utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlade myndigheter som äger enheten<sup>8</sup>.

I DET HÄR FALLET var det dock utrett att ett offentligt tjänstekontrakt tilldelats ett företag som kort efter tilldelningen ägdes till 49 % av ett privat bolag. Tilldelningen hade skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment, nämligen bildandet av Abfall, ingående av kontraktet med detta bolag samt överlåtelse av 49 % av aktierna till det privata bolaget. Tilldelningen skall därför bedömas med beaktande av samtliga moment jämte deras syfte. Om det vore tillåtet för de upphandlande enheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag skulle detta äventyra förverkligandet av tjänstedirektivets syfte, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.

<sup>7</sup> Mål C-29/04, meddelad den 10 november 2005, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike.

<sup>8</sup> Mål C-107/98, Teckal Srl och Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia, punkt 50, och dom i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 24.

# Marknadsundersökningar och behovsanalyser inför en upphandling

Upphandlande enheter får ha kontakter med leverantörer inför en upphandling, så länge principerna om likabehandling och icke-diskriminering iakttas.

Upphandlande enheter och leverantörer har ställt frågor till NOU om de kontakter som får hållas mellan parterna inför en upphandling.

Upphandlande enheter måste inför varje offentlig upphandling göra en behovsanalys. Vid en sådan analys kan kontakter med leverantörer vara nödvändiga för att en upphandlande enhet skall få kunskap om den aktuella marknaden. En marknadsundersökning och kunskap om branschen är i många fall nödvändig för att kunna formulera krav i ett förfrågningsunderlag. Kraven skall vara väl avvägda i förhållande till enhetens behov och den specifika branschen och skall därigenom kunna leda till ett bra kontrakt. En upphandlande myndighet eller enhet som saknar tillräcklig kunskap om den aktuella marknaden riskerar att ställa krav i upphandlingen som marknaden inte kan leva upp till. Inom ramen för LOU är det tillåtet att ha sådana kontakter med leverantörer som krävs för att den upphandlande myndigheten skall inhämta kunskap om marknaden. Kunskap om marknaden skall dock inhämtas innan upphandlingen inleds och får inte innebära förhandling med någon leverantör. Kontakterna med leverantörerna får inte leda till att någon enskild leverantör får en otillbörlig fördel vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Myndig-

heten eller enheten bör i sina kontakter med olika leverantörer inför en upphandling vara tydlig och upplysa dessa om att upphandlingen ännu inte har påbörjats.

NOU HAR OCKSÅ fått frågor om skillnaden mellan kontakter inför en upphandling och förhandlingar som förs vid en förhandlad upphandling. Innan en upphandlande enhet påbörjar en förhandlad upphandling kan, på motsvarande sätt som beskrivits ovan, kontakter med olika företag i den aktuella branschen äga rum. De situationer som kan utgöra skäl för att genomföra en förhandlad upphandling är noga reglerade i LOU. De förhandlingar som kan vara aktuella sker i dessa fall i ett senare skede än diskussionerna vid en marknadsundersökning. Förhandlingarna här har dessutom ofta ett annat syfte. Diskussioner som förs innan en formell upphandling påbörjas, syftar till att ge enheten tillräcklig kunskap om marknaden för att kunna fastställa den upphandlande enhetens behov. Förhandlad upphandling är ett undantagsförfarande som inom den klassiska sektorn skall tillämpas mycket restriktivt och endast i LOU särskilt angivna fall. En förhandling som förs inom ramen för en förhandlad upphandling kan inte ersätta den kännedom om marknaden som den upphandlande enheten får genom en marknadsundersökning innan upphandlingen inleds. Förhandlingarna i dessa fall åsyftar mer att hitta en leverantör som kan tillgodose den upphandlande enhetens behov.

## Upphandlande enhet

## Fråga om kommunala bostadsbolag är upphandlande enheter



NOU har utrett huruvida kommunala bostadsbolag i Göteborg är upphandlande enheter i den mening som avses i LOU. NOU har tillskrivit ett antal av dessa och efterfrågat deras uppfattning i frågan.

Trots att andra motsvarande bolag godtar att de är upphandlande enheter, har bolagen i Göteborg hävdade att de inte behöver följa LOU. NOU har genomfört en utredning, som är tillämplig även på andra allmännyttiga bostadsbolag än de granskade, och har i ett beslut vid nämndsammanträde i oktober 2005 vidhållit sin

uppfattning att bostadsbolagen skall följa LOU. NOU har begärt att de granskade bolagen före utgången av år 2005 inkommer med en plan med konkreta åtgärder av vilken det framgår hur bolagen kommer att säkerställa att bestämmelserna i LOU inte åsidosätts vid bolagens upphandlingar. NOU återkommer med besked när ytterligare information finns.

Yttrandena (dnr 2003/0306--0310-29, 2004/0075-29) finns i sin helhet att läsa på NOU:s webbplats under Publikationer, ärenden m.m. och sedan Ärenden.

## SJ AB

Vid årsskiftet 2000/2001 bildades totalt sex statligt ägda aktiebolag av affärsverket Statens järnvägar. Persontrafikverksamheten övertogs av det nybildade bolaget SJ AB. I samband med bolagiseringen fattade SJ AB ett beslut att bolaget inte var att anse som upphandlande enhet enligt LOU. NOU, som granskat SJ AB, men inte de övriga dotterbolagen, har fått beskedet att inköpen vid SJ AB, trots det ovannämnda beslutet, sker med beaktande av "i princip samma krav på affärsmässighet som gäller för upphandlande enheter". NOU har konstaterat att SJ AB även i sin nuvarande bolagsform är en upphandlande enhet och därför skyldigt att tillämpa bestämmelserna i LOU. Den persontrafik på järnväg som SJ bedriver utgör sådan "verksamhet som består av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg" som avses i 4 kap. 1 § 1 st. 3 p. LOU.

Detta bekräftas också av det faktum att SJ återfinns bland de organisationer som, genom den hänvisning till förordningen (1996:734) om statens spåranslagningar som görs i bilaga IV till det nya försörjningsdirektivet 2004/17/EG, utpekats som en svensk upphandlande enhet på området järnvägstjänster. Att förordningen numera ersatts av järnvägsförordningen (2005:526) saknar i detta sammanhang betydelse, eftersom de för detta ärende relevanta delarna av de två förordningarna har samma sakliga innehåll.

NOU har uppmanat SJ att senast vid utgången av år 2005 till NOU inkomma med en redogörelse för hur bolaget kommer att säkerställa att bestämmelserna i LOU inte åsidosätts vid bolagets upphandlingar. SJ har meddelat NOU att frågan har överlämnats till Näringsdepartementets bedömning.

## Posten AB

Posten AB har meddelat NOU att den, trots domskälen i ett lagakraftvunnet beslut som konstaterar detta, inte anser sig vara en upphandlande enhet enligt LOU, men Posten är beredd att till NOU inkomma med det underlag som ligger till grund för bolagets bedömning.

NOU har inte begärt att Posten skickar in något utredningsunderlag, eftersom NOU inte anser sig kunna göra någon bedömning som skulle kunna åsidosätta en domstols beslut. NOU betraktar därför tills vidare Posten AB som en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU.

### Upphandlingsförfaranden

## Villkorat tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt

NOU har informerat om ett yttrande<sup>9</sup> till länsrätten som gäller möjligheten att för tilldelning av kontrakt hänvisa bland annat till ett inte förutsebart villkor såsom skett vid Försvarsmaktens upphandling av taxitransporter och därmed tillhörande tjänster såsom bokning, färdplanering, hantering av betalningsmedel, rapportering, fakturering m.m. av taxitransporter.

Länsrätten meddelade dom den 18 oktober 2005 i vilken den uppger bland annat att "Försvarsmaktens krav på IT-säkerhet strider mot LOU eftersom det inte av förfrågningsunderlaget och tillhörande bilagor och

förtydliganden framgår vad ackrediterings- och auktorisationsprocessen innebär". Länsrätten hänvisar till NOU:s yttrande och uppger vidare att "ett tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt med ett villkor med icke angiven innebörd strider mot transparensprincipen som ingår i 1 kap. 4 § LOU". Ett sådant villkor uppges stå i strid med affärsmässighetsprincipen och kravet på att utnyttja befintlig konkurrens.

Länsrättens dom har överklagats och Kammarrätten i Stockholm har meddelat prövningstillstånd (mål nr 6665-05). NOU återkommer när ytterligare information finns.

<sup>9</sup> Se NOU info oktober -05 sid. 9 f. NOU:s dnr 2005/0172-29, Länsrätten i Stockholm (mål nr 17792-05 E).

## Nya tröskelvärden



EG-kommissionen har fastställt nya tröskelvärden som skall gälla från och med den 1 januari 2006. Dessa nya värden skall tillämpas vid upphandling enligt LOU. Värdena har ännu inte publicerats i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). När

tröskelvärdena publicerats (sannolikt i januari 2006) kommer de att införlivas i svensk rätt genom en ny tröskelvärdesförordning, där beloppen anges i SEK. När förordningen beslutats kommer den att läggas ut på NOU:s webbplats.

	Tröskelvärdena uttryckta i		
	EURO	SEK	
<b>Byggtreprenader</b>	5 000 000	45 670 000	
<b>Varor och tjänster</b>			<b>Andra omräkningstal av intresse:</b>
Försörjningssektorerna (utom tele)	400 000	3 653 000	80 000 euro motsvarar 730 000 SEK
Telesektorn	600 000	5 480 000	(delkontrakt vid upphandling av tjänster)
Statliga myndigheter	SDR <sup>10</sup> 130 000	1 253 000	1 000 000 euro motsvarar 9 134 000 SEK (delkontrakt vid upphandling av entreprenader)
Övriga upphandlande enheter	200 000	1 826 000	
<b>Förhandsannonsering</b>	750 000	6 850 000	

## Rättsmedel

### Prövningstillstånd i Regeringsrätten

På förekommen anledning vill NOU påminna om att avgörandena från en kammarrätt är vägledande endast om rättspraxis på området från Regeringsrätten saknas eller om de inte strider mot några tidigare domar från Regeringsrätten eller EG-domstolen. Ett vägrat prövningstillstånd i Regeringsrätten innebär inte att en dom är riktig. Det kan hända att prövningstillstånd inte

meddelas även om ett mål är felaktigt dömt och att domen står i strid med av Regeringsrätten tidigare meddelat prejudikat (vägledande rättsfall). De mål i vilka Regeringsrätten dömt kan således inte ändras genom ett vägrat prövningstillstånd vid ett senare tillfälle. Om rättspraxis skall ändras krävs ett avgörande i vilket Regeringsrättens samtliga domare deltar.

### NOU:s bedömningar och uttalanden

NOU kan i sin tillsyns- och informationsverksamhet inte lämna några bindande förhandsbesked eller på förhand godkänna en upphandlande enhets upphandlingsmodell, avtalskonstruktion eller liknande. Att tolka bestämmelserna i LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven ankommer i första hand på domstolarna. Beträffande EG-rätten (upphandlingsdirektiven inräknade) är det endast

EG-domstolen som kan fastslå en slutgiltig tolkning.

I väntan på en mer utförlig och fast praxis från de nationella domstolarna samt EG-domstolen kan NOU i olika frågor med anknytning till LOU göra en preliminär bedömning av hur frågorna bör hanteras. NOU:s bedömning får givetvis inte den rättsliga status som en dom har, utan bör betraktas som ett vägledande resonemang från en expertmyndighet.

<sup>10</sup> SDR betyder särskilda dragningsrätter (special drawing rights) och används inom upphandlingsavtalet inom världshandelsorganisationen (GPA).

## Standarder ingår allt oftare i upphandlingar

Detta avsnitt har utarbetats av SIS, Swedish Standards Institute, Victoria Jonsson, 08 – 555 520 97.

Standarders roll ökar i takt med att handeln ökar och fler områden standardiseras. Standardiseringen är ett verktyg som främjar tillväxt, underlättar handel, stimulerar innovationer, ökar användbarhet, främjar en god arbetsmiljö, ökar miljöhänsyn och förbättrar säkerhet.

Standardisering omfattar de flesta produkter vi har runt omkring oss och förenklar vardagen genom att vi inte behöver oroas för om papperet har rätt storlek för skrivaren, om bokstäverna på tangentbordet sitter där vi förväntar oss när vi köper ny dator eller om kontakten till datorn passar i eluttaget. Där standardiseringen är otillräcklig får vi omgående problem – vem har inte svurit över att den gamla mobiltelefonladdaren inte passar till den nya mobiltelefonen?

Bristande standardisering innebär handelshinder för dem som vill in på marknader där produkters utform-

ning är annorlunda eller där konsumenten är misstänksam mot utländska produkter som kanske inte fungerar lokalt.

Standarders betydelse växer även i samband med upphandlingar. Idag är det vanligt att man vid upphandlingar hänvisar till en eller flera olika standarder. Till exempel väljer allt fler att hänvisa till de kända standarderna ISO 9001 för kvalitet och ISO 14001 för miljö.

Under 2006 kommer du att i NOU:s nyhetsbrev få mera information om standarders betydelse i samband med upphandlingsfrågor och även få ta del av fler exempel på vanliga standarder som används i dessa sammanhang.

Sverige deltar i internationell standardisering genom de tre standardiseringsorganen SIS – Swedish Standards Institute, SEK – Svenska Elektriska Kommissionen och ITS – Informationstekniska Standardiseringen. Webbadresser: [www.sis.se](http://www.sis.se), [www.sekom.se](http://www.sekom.se) och [www.its.se](http://www.its.se).

## Krav i förfrågningsunderlaget avseende lokaler på viss plats eller på visst avstånd godtogs inte

Enligt EG-domstolen utgör artikel 49 i EG-fördraget hinder mot att en upphandlande enhet ställer krav på att anbudsgivarna skall förfoga över lokaler på en viss plats. Det finns även hinder både mot att använda kriterier som premierar anbudsgivare som har produktionsanläggningar på ett visst avstånd från den upphandlande enheten och mot att ge företräde till ett företag som tidigare tillhandahållit tjänsten.

EG-domstolens dom<sup>11</sup> avser ett förhandsavgörande som gäller tolkning av vissa grundläggande artiklar i EG-fördraget<sup>12</sup>. Trots att det är frågan om ett upphandlingsmål så inriktar sig frågorna alltså i huvudsak på fördragets grundläggande regler.

Begäran om förhandsavgörande hade framställts inom ramen för en tvist mellan å ena sidan tre företag som utgjorde en tillfällig sammanslutning av före-

tag som innehade anläggningar för syrgasproduktion i Italien och Belgien, och å andra sidan Insalud (förvaltningsorgan för hälso- och sjukvård i Spanien).

Insalud genomförde två upphandlingar avseende bl.a. hemrespiratorbehandlingar. I förfrågningsunderlagen angavs dels *villkor för deltagande*, dels *bedömningskriterier*. Villkoren för deltagande skulle ovillkorligen vara uppfyllda vid den tidpunkt anbudet skulle lämnas. Bland annat angavs att anbudsgivaren skulle förfoga över en lokal som skulle vara belägen i den aktuella provinsen i Spanien och vara öppen för allmänheten minst fem dagar i veckan.

Beträffande bedömningskriterierna kunde anbudsgivaren få tilläggspoäng om han hade lokaler som var öppna för allmänheten i fler städer i provinsen. Tilläggspoäng skulle likaså tilldelas om anbudsgivaren vid tidpunkten för anbudets avgivande hade minst två egna

<sup>11</sup> Mål C-234/03, den 27 oktober 2005, Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud).

<sup>12</sup> Artiklarna 12, 43 (vilken rör etableringsfriheten), 49 (vilken rör friheten att tillhandahålla tjänster) EG-fördraget samt av artikel 3.2 i rådets direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet).

syrgasfabriker belägna högst 1 000 km från den aktuella provinsen. Ytterligare poäng skulle ges om anbudsgivaren dessutom hade såväl beredningsanläggning för gasbehållare som en anläggning för syrgaspåfyllning inom höst samma avstånd från provinsen.

KONTRAKTET SKULLE tilldelas den anbudsgivare vars anbud fått flest poäng. Vid samma poäng skulle det anbud som hade den bästa tekniska utvärderingen vinna. Om det fortfarande vägde jämnt skulle det företag som tidigare hade tillhandahållit samma tjänst vinna.

Insalud gjorde gällande att kriterierna var lagenliga eftersom tjänstens vårdkaraktär och den sårbara patientkategori som var beroende av vården medförde att myndigheterna var skyldiga att säkerställa att tjänsten kunde tillhandahållas vid varje tidpunkt.

EG-domstolen påpekade inledningsvis att målet vid den spanska domstolen, i motsats till vad den spanska regeringen hävdade, föreföll gälla en tjänsteupphandling och inte en tjänstekoncession. Det var nämligen den spanska förvaltningen som var ansvarig för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten. Denna omständighet, som innebar att det inte skedde övergång av de risker som är förenade med tillhandahållandet av tjänsten, och omständigheten att hälso- och sjukvårdsförvaltningen betalade ersättning för tjänsten, stödde denna slutsats.

Domstolens inledande bedömning gällde huruvida villkoren och kriterierna i upphandlingen stred mot reglerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster.

Beträffande etableringsfriheten konstaterade domstolen att villkoren och kriterierna inte utgjorde hinder för företag att etablera sig i Spanien. Således fanns inte någon begränsning av etableringsfriheten.

BETRÄFFANDE FRÅGAN om en eventuell begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster konstaterades att den offentliga sektorn stod för 90 % av alla förfrågningar av hemrespiratorbehandlingar. Domstolen ansåg därför att villkoret för deltagande medförde en rad utgifter för företagen som de endast kunde få tillbaka om kontraktet tilldelades dem, vilket fick till följd att det blev väsentligt mindre attraktivt att lämna anbud. Detsamma gällde bedömningskriteriet enligt vilket tilläggs-poäng gavs om en lokal redan fanns i de städer som angavs. Bedömningskriterierna runt tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas inom en föreskriven radie på 1000 km, ansåg domstolen uppenbart kunna hindra ett företag från att lämna anbud, om företaget inte redan förfogade över sådana egna anläggningar. Mot bakgrund av förutsättningarna i målet ansåg domstolen att även den omständigheten att tilldelningen i sista hand skulle avgöras till fördel för det företag som redan var etablerat på den spanska marknaden, om två anbudsgivare hade

samma poängantal, gjorde det mindre attraktivt för andra företag att lämna anbud.

Därmed fastslog domstolen att samtliga de ifrågasatta villkoren och kriterierna i de omtvistade upphandlingarna kunde utgöra hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster eller göra det mindre attraktivt att utöva denna frihet.

DOMSTOLEN PÅPEKADE att, om det bortses från artikel 46 EG-fördraget, alla nationella åtgärder som kan utgöra hinder mot att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med artiklarna 43 EG-fördraget (etableringsfrihet) och 49 EG-fördraget (friheten att tillhandahålla tjänster).

De skall

- 1) tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt,
- 2) motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset,
- 3) vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås och

4) inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Eftersom villkoren och kriterierna i den ifrågasatta upphandlingen kunde utgöra hinder för att utöva friheten att tillhandahålla tjänster ansåg domstolen det nödvändigt att pröva huruvida vart och ett av villkoren och kriterierna uppfyllde dessa fyra villkor. EG-domstolen klargjorde att det var den nationella domstolens uppgift att undersöka om dessa villkor var uppfyllda och att EG-domstolen endast kunde ge vägledning för dessa bedömningar.

Beträffande *villkoret för deltagande* i upphandlingen konstaterade domstolen **för det första** att principen om likabehandling förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av dold diskriminering som faktiskt leder till samma resultat. Även om villkoret för deltagande tillämpas på alla företag utan åtskillnad strider villkoret mot icke-diskrimineringsprincipen om det kan uppfyllas lättare av spanska företag än av företag som är etablerade i en annan medlemsstat. Domstolen menade dock att eftersom det inte förelåg några begränsningar av etableringsfriheten, torde villkoret att förfoga över en lokal i provinsen inte i sig utgöra ett betydande hinder för utländska företag.

**För det andra** skall den nationella åtgärden motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. I den aktuella upphandlingen ansåg domstolen det uppenbart att villkoret för deltagande, liksom de övriga ifrågasatta kriterierna, syftade till att bättre säkra skyddet för patienternas liv och hälsa.

**För det tredje** och **det fjärde** skall den nationella åtgärden vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Avseende villkoret att vid tidpunkten för anbudets avgivande

förfoga över en lokal ansåg domstolen att ett sådant krav var uppenbart oproportionerligt. Domstolen menade att det i upphandlingen fanns andra krav som i mindre omfattning inskränker friheten att tillhandahålla tjänster och som säkerställde att det mål som eftersträvades uppnåddes (att patienternas liv och hälsa inte utsätts för fara vid problem med driften eller användningen av utrustningen).

Beträffande *bedömningskriterierna* konstaterade domstolen följande. Avseende kriterierna om innehav av vissa anläggningar inom ett visst avstånd från provinsen menade domstolen att till skillnad från villkoret att förfoga över en lokal, innebar villkoret att anbudsgivaren skulle äga anläggningar en mycket större investering, som oftast bara görs en gång. Det sistnämnda kriteriets innehåll innebar att det inte var lätt att uppfylla det om anläggningarna inte redan fanns. Därmed kunde endast de företag som redan ägde sådana inom föreskrivet avstånd från provinsen komma att få tilläggspoäng. Domstolen menade att det fanns åtgärder som i mindre omfattning begränsade friheten att tillhandahålla tjänster. Det skulle kunna ske genom tilldelning av extrapoäng för att främja användandet av lagerlokaler för gas som vid behov kunde ersätta eventuella avbrott i transporten från anläggningarna för produktion och påfyllning.

Domstolen anknöt i målet även till vad den tidigare

uttalat<sup>13</sup> nämligen att de upphandlande myndigheterna inte endast är fria att välja kriterier för tilldelningen av kontraktet, utan även att bestämma viktningen av dessa, såvida en samlad utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

DOMSTOLEN KONSTATERAR emellertid att villkoret avseende produktionsanläggningarna inte avsåg tjänsten som upphandlades utan produktionskapaciteten vid de anläggningar som anbudsgivaren ägde. Maximalt antal poäng tilldelades de anbudsgivare som hade en produktionskapacitet som vida översteg den beräknade förbrukningen inom ramen för upphandlingarna. Således kunde inte bedömningskriterierna anses ha ett samband med kontraktet eller vara lämpliga för att säkra dess genomförande. Domstolen konstaterade att anbudsgivarnas förmåga att leverera största möjliga varumängd inte får användas som tilldelningskriterium.

NÄR DET SLUTLIGEN gällde hur två anbudsgivare med samma poängantal skulle skiljas åt, där företrädare skulle kunna komma att ges till den som tidigare tillhandahållit tjänsten, menade domstolen att det är diskriminerande att automatiskt och slutgiltigt avgöra till förmån för den näringsidkare som redan befinner sig på marknaden i fråga.

## Korruption, ekobrott och jäv

# Två kommuntjänstemän dömda för mutbrott

Två kommuntjänstemän hade blivit bjudna på kryssningar och luncher av en leverantör. Den 8 november 2005 dömdes samtliga av Norrköpings tingsrätt. Domen har delvis överklagats<sup>14</sup>.

En leverantör som har uppdrag för Norrköpings kommun hade bekostat två resor till Åland med tillhörande kringarrangemang för dels en cheftjänsteman på kommunen, dels en handläggare som var beslutsfattande i de upphandlingar som leverantören deltar i. Värdet av denna förmån beräknades till 1 100 kr per deltagare. Leverantören hade vidare bjudit handläggaren på tio luncher och tre kafébesök. De brott som kommenteras nedan avser mutbrott respektive bestickning enligt brottsbalken<sup>15</sup>.

Norrköpings tingsrätt<sup>16</sup> gjorde följande bedömning. Det har inte framkommit att någon av tjänstemännen på ett oriktigt sätt skulle ha gynnat leverantören. Det har

inte heller framkommit att leverantören haft för avsikt att påverka tjänstemännen att företa något i strid mot deras tjänsteplikt. Detta saknar dock betydelse för ansvarsbedömningen, då stadgarna om bestickning och mutbrott syftar till att upprätthålla det allmänna förtroendet för en verksamhet. Det krävs därför inte ett direkt orsakssamband mellan en gåva eller förmån och en tjänsteåtgärd. Härefter uppkommer frågan huruvida de förmåner som tjänstemännen erhållit skall anses vara otillbörliga. Avgörande är inte förmånens art eller beskaffenhet utan i vilken situation den förekommer samt vilken risk för otillbörlig påverkan det kan innebära. Någon värdegräns där gåvor och förmåner understigande ett visst belopp alltid skulle vara fria från straff går således inte att fastställa.

De resor som tjänstemännen mottagit har varit rena nöjesresor, utan något påtagligt utbyte för deras tjänsteutövning. Risken för att dessa resor från en av kommu-

<sup>13</sup> Mål C-448/01, meddelad den 4 december 2003, mellan EVN AG, WIENSTROM GmbH och Republiken Österrike.

<sup>14</sup> De två kommuntjänstemännen har överklagat domen. Domen har vunnit laga kraft gentemot leverantören.

<sup>15</sup> I dess lydelse före den 1 juli 2004.

<sup>16</sup> Mål B 1395-05, domen har delvis överklagats.

nens större uppdragstagare skall ses som en belöning eller som ett försök att i framtiden påverka kontakterna mellan leverantören och kommunen har varit betydande. I egenskap av kommunala tjänstemän med direkt eller indirekt beslutsposition har det ålegat dem att iaktta stor restriktivitet med att mottaga förmåner från uppdragstagare. Tingsrätten finner att dessa förmåner måste bedömas som otillbörliga. – De luncher som leverantören bekostat för handläggaren har prismässigt varit av enklare beskaffenhet. Det kan knappast ses som otillbörligt om en leverantör i samband med ett arbets-

besök någon enstaka gång bjuder en kommunal tjänsteman på en enklare lunch. I förevarande fall har dock leverantören bjudit handläggaren på lunch vid tio tillfällen under 15 månader. Tingsrätten fann att lunchförmånerna var otillbörliga med hänsyn till omfattningen och handläggarens ställning som beslutsfattare.

Chefstjänstemannen dömdes till 30 dagsböter för mutbrott. Den erfarne handläggaren dömdes till villkorlig dom, 50 dagsböter samt 41 000 kr i skadestånd till Norrköpings kommun, för bl.a. mutbrott<sup>17</sup>. Leverantören dömdes till 70 dagsböter för bestickning.



## NOU:s kommentar

Europarådet har tidigare i år anmärkt på avsaknaden av riktlinjer för hur gåvor och förmåner skall hanteras inom kommuner, landsting och statliga myndigheter, samt den oklara lagstiftningen på området, i samband med att man granskade Sveriges arbete mot korruption. Institutet mot Mutor (IMM)<sup>18</sup> har uppgett för NOU att mässbesök, resor och dylikt som erbjuds av en leverantör kan vara tillåtna, om det anses som befogade åtgärder och det är ett seriöst program som inte innehåller för många kringarrang-

emang av nöjeskaraktär. IMM rekommenderar att deltagarens arbetsgivare, och då framför allt inom offentlig sektor, står för resa och uppehälle. Upplysningsvis kan skriften "Vägledande etiska regler för kontakt- och relationsfrämjande förmåner i affärsverksamhet" beställas från IMM på webbadressen [www.institutetmotmutor.se](http://www.institutetmotmutor.se).

Finansdepartementet och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har utsett en grupp som skall utarbeta förslag till riktlinjer för vilka gåvor och förmåner som kan accepteras. NOU återkommer när det finns ytterligare information.

## Prövning anbud

# Granskning av modell för utvärdering av anbud



NOU har ifrågasatt en modell för utvärdering av anbud. I yttrandet behandlas bl.a. frågan om s.k. dumpningseffekt som kan uppstå när priserna i de olika anbuden vid utvärderingen relateras till varandra.

Den ifrågasatta upphandlingen har genomförts av en kommun och avser IT-stöd för upphandling. I ärendet var två frågor föremål för NOU:s prövning.

DEN FÖRSTA FRÅGAN avsåg om *modellen med betyg* som kommunen tillämpade i upphandlingen var tillåten enligt LOU. Av förfrågningsunderlaget framgick att anbuden skulle poängsättas inom fyra huvudkategorier. Vad som däremot inte framgick var att kommunen vid utvärderingen skulle komma att använda sig av en trappstegsmodell

med betyg. Införande av betygsmodellen innebar att anbuden inte längre enbart kom att bedömas utifrån hur väl de uppfyllde de i förfrågningsunderlaget angivna kvalitetskraven. Anbuden jämfördes genom betygsmodellen även sinsemellan och den slutliga bedömningen var således avhängig av hur de andra anbuden bedömdes.

BETYGSMODELLEN VAR UTFORMAD på så sätt att det anbud som fick högst poäng inom de olika utvärderingskriterierna som hade angetts i förfrågningsunderlaget tilldelades betyget 5. Beroende på hur mycket lägre poäng de andra anbuden hade i förhållande till det med högst poäng tilldelades de ett lägre betyg.

NOU menade i sitt yttrande att införandet av en betygsmodell av den typ som använts i upphandlingen skulle kunna få till följd att ett anbud som inte fått maxi-

<sup>17</sup> Avser dock även annat brott som ej är kommenterat här.

<sup>18</sup> IMM är en ideell näringslivsorganisation som har till uppgift att verka för god sed för beslutspåverkan inom näringslivet liksom samhället i övrigt och att söka motverka användningen av mutor och andra otillbörliga förmåner som medel för sådan påverkan.

mal poäng för något av kriterierna ändå kunde få högsta möjliga totala betyg. NOU ansåg att det inte kunde anses vara uteslutet att en anbudsgivare med vetskap om detta skulle kunna välja att utforma sitt anbud på annat sätt.

Eftersom inte gränserna för betygsavdragen samt avdragens storlek angavs i förfrågningsunderlaget kunde kommunen i hög utsträckning påverka vilket anbud som skulle antas genom att först vid utvärderingen fastställa hur dessa gränser och avdrag sattes.

NOU konstaterade att LOU inte innehåller några krav på att viktning skall ske. Inte heller regleras hur en utvärderingsmodell skall vara utformad. Transparensprincipen kan dock i praktiken medföra att det i vissa fall kan anses vara nödvändigt att ange utvärderingskriteriernas viktning redan i förfrågningsunderlaget. I de fall den upphandlande enheten som en följd av denna princip eller på eget initiativ väljer att använda sig av en viktning ansåg NOU att utvärderingen skall göras på ett sådant sätt att viktningen får det genomslag som anges i förfrågningsunderlaget. NOU ansåg sammanfattningsvis att modellen med betyg med hänsyn till kravet på transparens inte är tillåten enligt LOU på det sätt den tillämpas i den ifrågasatta upphandlingen.

DEN ANDRA FRÅGAN som var föremål för NOU:s prövning gällde huruvida det är tillåtet att *relatera anbudens priser till varandra* på det sätt som gjorts i den ifrågasatta upphandlingen. Den klagande leverantören menade att det uppstår en risk för s.k. dumpningseffekt om priserna relateras på det viset. Det skulle t.ex. kunna få till följd att ett anbud som vid anbudsutvärderingen bedöms vara sämst påverkar vilket av de andra anbuderna som bedöms vara bäst.

NOU konstaterade att förfrågningsunderlaget skall vara så klart utformat att anbudsgivaren utifrån underlaget kan utforma det anbud som han tror bäst svarar upp mot den upphandlande enhetens önskemål. Om en mo-

dell som relaterar anbuderna till varandra på det sätt som beskrevs i yttrandet används, måste anbudsgivaren för att kunna utforma ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt, förutom att göra normala avväganden beträffande sitt eget anbud, även göra långtgående bedömningar om andra anbudens utformning. Dessa bedömningar kan då inte inskränkas till de anbud som skulle kunna tänkas vinna upphandlingen, utan även omfatta anbud som överhuvudtaget inte kan förväntas vinna.

NOU MENADE att en utvärderingsmodell som t.ex. låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbuderna som kommer att vinna upphandlingen, inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Det får dessutom anses ligga i den upphandlande enhetens intresse att kunna identifiera det i förhållande till ställda krav ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. det anbudet som vid uppfyllda krav har bästa förhållandet mellan önskad kvalitet och pris.

NOU angav avslutningsvis att en utvärderingsmodell bör vara så beskaffad att den säkerställer att den typ av dumpning som beskrivits i yttrandet inte får till följd att anbudens inbördes ordning förändras. Det får anses ligga i de principer som bär upp LOU att en upphandlande enhet mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna kan identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oberoende av antalet deltagare eller påverkan av andra anbud. NOU rekommenderade därför att upphandlande enheter inte använder sig av en modell som den i yttrandet beskrivna.

Hela yttrandet (dnr 2004/0024-26) kan läsas på [www.nou.se](http://www.nou.se) under rubriken Publikationer, ärenden m.m. och därefter Ärenden.

---

## Dom i mål om otillåten komplettering av anbud har vunnit laga kraft

I föregående nyhetsbrev, *NOU info oktober -05* sid. 11, refererades (under rubriken Leverantörskvalificering/Urval) en dom från Kammarrätten i Göteborg (mål 3779-05) avseende en otillåten komplettering av an-

bud vid upphandling av ett ramavtal gällande företagshälsovårdstjänster. Kammarrättens dom har nu vunnit laga kraft sedan Regeringsrätten inte meddelat prövningstillstånd (mål nr 4132-05).

## Upphandlingsstatistiken för år 2004

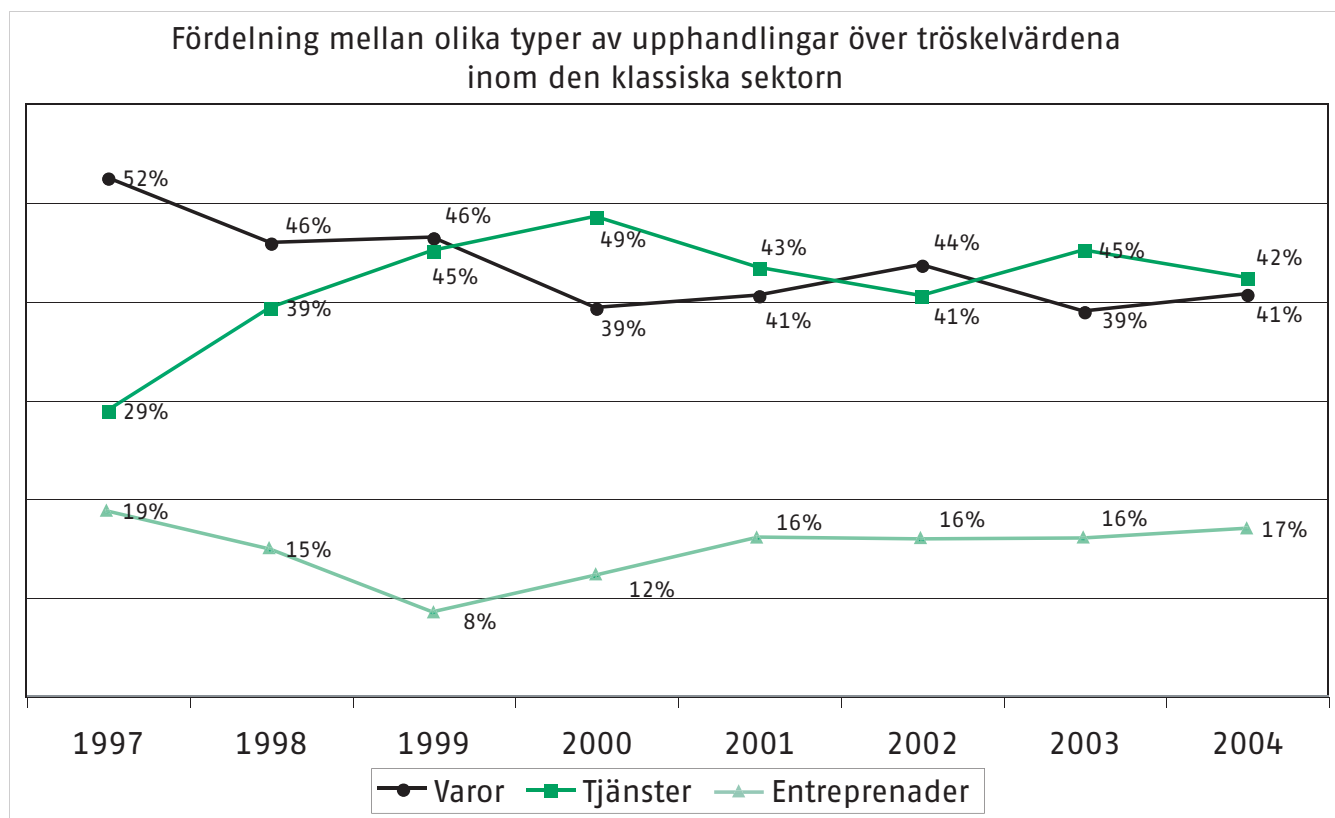
Den svenska upphandlingsstatistiken för år 2004 är nu sammanställd. Totalt omslöt de upphandlingar som inkluderas i statistiken närmare 128 miljarder kronor, vilket är i paritet med de senaste åren.

Den statistik som redovisas nedan omfattar samtliga upphandlingar som genomförts av statliga myndigheter och upphandlande enheter inom försörjningssektorerna samt upphandlingar över tröskelvärdena som genomförts av kommuner och landsting och till dem knutna bolag m.fl.

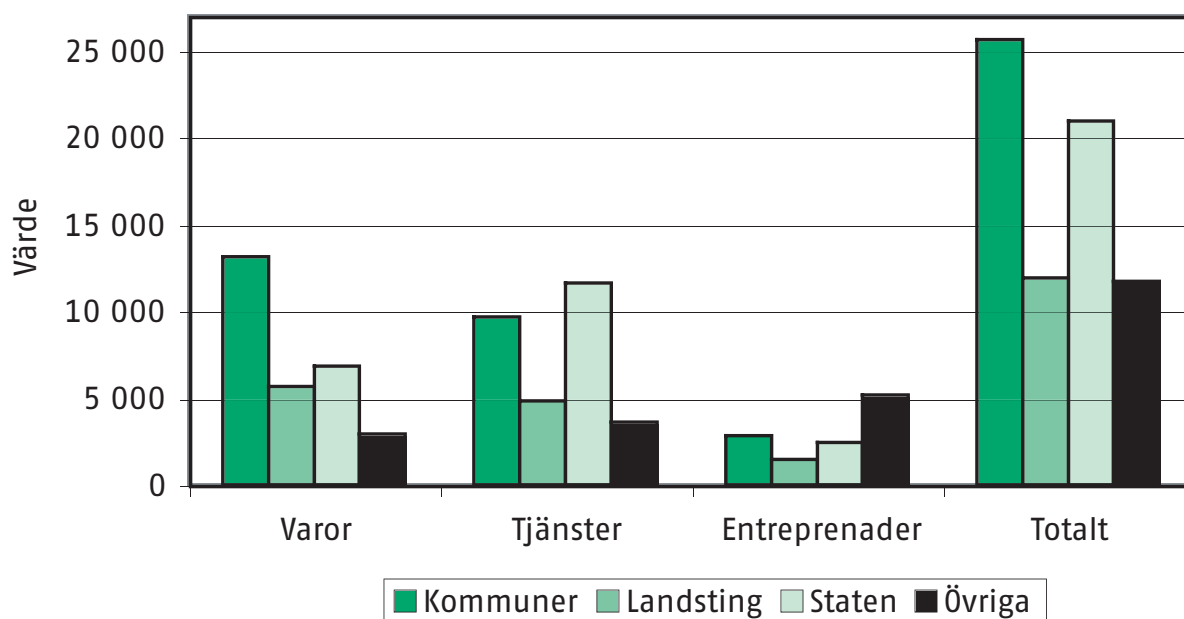
### Klassiska sektorn

Inom den klassiska sektorn upphandlades varor och tjänster över tröskelvärdena för närmare 30 miljarder kronor vardera. Värdet för byggtreprenader stannade år 2004 på knappt 12 miljarder kronor. Beträffande va-

ror över tröskelvärdena svarar kommunerna för i det närmaste halva den totala upphandlingen med en sammantagen anskaffning på drygt 13 miljarder kronor. Beträffande tjänstepphandlingar upphandlar de statliga myndigheterna för störst belopp med Försvarsmakten och FMV som största enskilda upphandlande enheter. Båda dessa upphandlar för andras räkning inom den statliga inköpssamordningen, vilken är en av orsakerna till deras stora volymer. Vägverkets många och stora upphandling av byggtreprenader gör staten till en stor upphandlare även beträffande upphandlingar enligt 3 kap. LOU. De många kommunala bostadsbolagen, som i statistiken inkluderas i kategorin Övriga, gör dock att den kategorin omsluter de största beloppen avseende byggtreprenader. De statliga myndigheternas upphandling under tröskelvärden ligger något lägre än år 2003 men högre än åren dessförinnan.



### Upphandlingsvolym per kategori av upphandlande enheter



Upphandlingar inom den klassiska sektorn över tröskelvärdena år 2004 (miljoner kronor)

	Varor		Tjänster		Entreprenader		Totalt	
	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde	Antal	Värde
<b>Kommuner</b>	468	13 133	606	9 679	81	2 845	<b>1155</b>	<b>25 657</b>
<b>Landsting</b>	298	5 672	129	4 819	47	1 441	<b>474</b>	<b>11 932</b>
<b>Staten</b>	221	6 858	470	11 644	32	2 428	<b>723</b>	<b>20 930</b>
<b>Övriga</b>	88	2 922	197	3 591	102	5 194	<b>387</b>	<b>11 707</b>
<b>Totalt</b>	<b>1 075</b>	<b>28 585</b>	<b>1 402</b>	<b>29 733</b>	<b>262</b>	<b>11 908</b>	<b>2 739</b>	<b>70 226</b>

Statliga myndigheters upphandlingar under tröskelvärdena år 2004 (miljoner kronor)

Varor	Tjänster	Entreprenader	Totalt
3 927	10 148	7 780	<b>21 856</b>

#### Försörjningssektorerna

För försörjningssektorerna fluktuerar upphandlingsvolymerna kraftigt mellan åren. År 2004 stannade den totala upphandlingsvolymen för upphandlingar över tröskelvärdena på knappt 13 miljarder. Det är den lägsta siffran sedan år 2000. En förklaring till variationerna kan vara att enstaka stora projekt har stor påverkan på den

totala volymen vissa år. En annan förklaring kan vara att vissa stora aktörer inte anser sig behöva följa LOU. Även för upphandlingar under tröskelvärdena varierar volymerna kraftigt mellan åren inom försörjningssektorerna.

Under tröskelvärdena uppgick upphandlingarna inom försörjningssektorerna till 21 027 miljoner kronor.

Upphandlingar inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena år 2004 (miljoner kronor)

<b>Varor</b>		<b>Tjänster</b>		<b>Entreprenader</b>		<b>Totalt</b>	
<i>Antal</i>	<i>Värde</i>	<i>Antal</i>	<i>Värde</i>	<i>Antal</i>	<i>Värde</i>	<i>Antal</i>	<i>Värde</i>
112	1 856	134	6 690	61	4 308	<b>307</b>	<b>12 854</b>

Bristande efterannonsering

Generellt sett tvingas NOU även i år att konstatera att många upphandlande enheter inte sköter sin efterannonsering på det sätt som LOU föreskriver. Efterannonseringen är grunden för sammanställningen av statistiken. Det är från efterannonserna som bl.a. kon-

traktsvärdena för upphandlingar över tröskelvärdena hämtas. NOU uppmanar därför på nytt alla upphandlare att efterannonsera samtliga upphandlingar som överstiger tröskelvärdena.

## Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt

# Betänkandet Det blågula glashuset

NOU har lämnat ett remissyttrande över betänkandet Det blågula glashuset (SOU 2005:56). Utredningen har bland annat föreslagit att alla statliga upphandlingar skall innehålla en antidiskrimineringsklausul med syfte att motverka strukturell diskriminering på grund av faktorer som kön, etnicitet, religion, funktionshinder och sexuell läggning.

NOU har i remissvaret framfört bland annat följande.

de. "NOU delar inte utredningens uppfattning att en antidiskrimineringsklausul kan användas vid samtliga upphandlingskontrakt avseende varor och tjänster."

Hela remissvaret (2005/0148-22) går att läsa på webbplatsen [www.nou.se](http://www.nou.se). NOU vill samtidigt påminna om broschyren om antidiskrimineringsklausuler som likaså finns att läsa på webbplatsen.

# En kommuntjänsteman felaktigt avskedad p.g.a. brott mot LOU

Arbetsdomstolen har meddelat dom i frågan huruvida Östersunds kommun hade laga grund att avskeda en enhetschef (nedan kallad NN) bl.a. med hänsyn till att NN brutit mot LOU vid handläggningen av ett upphandlingsärendet för kommunens räkning.

Enligt 18 § lagen (1982:80) om anställningsskydd får en arbetstagare avskedas om han eller hon grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren. Därmed avses enligt lagens förarbeten sådant avsiktligt eller grovt värdeslöst förfarande som inte rimligen skall behöva talas i något rättsförhållande. För att ett avskedande skall kunna ogiltigförklaras krävs att det skett under omständigheter som inte ens skulle ha räckt till för en giltig uppsägning.

Kommunen har påstått att den lidit ekonomisk skada och/eller drabbats av förtroendeskada genom NN:s

agerande under upphandlingsförfarandet. Den aktuella upphandlingen avser en byggtreprenad, en skidstation, till ett värde som understiger tröskelvärdet i 3 kap. 1 § LOU. Det är således i huvudsak bestämmelserna i 6 kap. LOU som är tillämpliga.

Kommunen har angivit att NN handlat i strid mot LOU avseende följande punkter:

- prövat ett sidoanbud utan att förutsättningarna för detta var uppfyllda,
- fortsatt förhandling med enbart en anbudsgivare,
- bristande dokumentation under upphandlingsförfarandet,
- utskick har ej skett i enlighet med 1 kap. 28 § LOU
- givit vilseledande information till ansvarig kommuntjänsteman som skrev under entreprenadvtalet samt

- brutit mot kommunens policy mot mutor dels genom att åka med på en buss som en leverantör hyrde (värde 100 kr), dels genom att ta emot 24 stycken femcentiliter whiskyflaskor (värde 504 kr) till en personallaktivitet.

Arbetsdomstolen<sup>19</sup> konstaterade att det funnits fog för att kritisera NN:s agerande att enbart låta en anbudsgivare förhandla efter det att förutsättningarna för upphandlingen väsentligen förändrats. Vidare ansåg domstolen att det funnits anledning att rikta viss kritik mot NN:s sätt att dokumentera upphandlingsförfarandet. NN har dock inte, såvitt framkommit i målet, haft någon som helst vinning av sitt agerande och det har inte heller visats att kommunen lidit någon ekonomisk skada till följd av hans agerande. Det har inte heller framkommit att NN:s agerande styrts av några andra ovidkommande bevekelsegrunder. Förklaringen torde i stället vara att han handlat under tidspress och inte tänkt sig

för. Kommunens anseende vad gäller upphandlingsförfaranden har visserligen riskerats att skadas av NN:s agerande. Enligt domstolen kunde det dock inte bortses från att kommunen vid flera tillfällen brutit mot LOU, i en omfattning som inte framstår som ringa, utan att någon ansvarig fått lämna sin anställning. Avseende det påstådda brottet mot mutpolicyn, så har det inte visats att mottagandet av bussresan eller whiskyflaskorna kan antas ha påverkat NN i arbetet. Domstolen anser därför att NN inte kan anses ha brutit mot kommuns mutpolicy i detta hänseende.

Sammanfattningsvis fann domstolen att det inte fanns laga skäl att avskeda NN. Omständigheterna har inte heller varit sådana att det skulle ha förelegat saklig grund för en uppsägning av honom. I sammanhanget vill NOU hänvisa till ett tidigare rättsfallsreferat<sup>20</sup> där Arbetsdomstolen gav SL rätt att avskeda en arbetstagare efter illegala kontakter med leverantörer.

## Miljö

# Slutbetänkandet Bilen, Biffen och Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion



NOU har lämnat yttrande till Jordbruksdepartementet angående Slutbetänkandet Bilen, Biffen och Bostaden Hållbara laster – Smartare konsumtion (SOU 2005:51).

NOU påpekar i yttrandet att användningen av en sådan "bästa kvartilmodell" som föreslås i slutbetänkandet enligt vilken köp endast får göras från ett på förhand gjort urval av produkter kan komma att strida mot LOU, GPA inom WTO och de grundläggande EG-rättsliga principerna<sup>21</sup>. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven som ställs i kravspecifikationen skall ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs i varje offentlig upphandling måste vara avvägda i det indivi-

duella ärendet. Dessutom förutsätter NOU att listor över miljövänliga produkter på det sätt som föreslås kan komma att grundas på beprövade lösningar och inte följa den senaste utvecklingen på marknaden.

NOU anser att det bör utredas om en sådan premie som föreslås utgå till dem<sup>22</sup> som vid inköp byter från konventionella livsmedel till KRAV-märkta sådana utgör tillåtet statsstöd.

NOU påtalar i yttrandet att krav på att kött skall vara svenskt inte kan ställas vid offentlig upphandling. Relevanta kvalitetskrav får istället ställas på produkten.

Yttrandet (dnr 2005/0163-22) finns att läsa på webbplatsen [www.nou.se](http://www.nou.se) under Publikationer, ärenden m.m. och därefter Remissvar.

<sup>19</sup> Mål nr A-175-2004, domen meddelades den 6 juli 2005.

<sup>20</sup> NOU info oktober -04 sid.18.

<sup>21</sup> I betänkandet föreslås att en "bästa kvartilmodell" tillämpas avseende offentlig upphandling. Modellen innebär att marknadsprodukter skall delas in i 25-procentkluster och att de produkter som har de bästa miljöegenskaperna skall identifieras i den övre kvartilen och skall rekommenderas att användas vid offentlig upphandling.

<sup>22</sup> Kommuner, landsting, statliga myndigheter men även privata restaurangentreprenörer.

# Vägverkets regeringsuppdrag att vidareutveckla en miljöbilsdefinition

NOU har lämnat ett remissyttrande<sup>23</sup> till Näringsdepartementet avseende Vägverkets rapport om vidareutveckling av miljöbilsdefinitionen m.m.

Från och med i år skall, enligt förordning (2004:1364) om myndigheters inköp och leasing av miljöbilar, minst hälften av det totala antalet personbilar som en myndighet köper in eller ingår leasingavtal om vara miljöbilar - frånräknat polisens utryckningsfordon och andra specialfordon. Som miljöbil räknas enligt gällande definition en personbil som är utrustad med teknik för drift helt eller delvis med elektricitet, alkohol eller annan gas än gasol och som tillhör miljöklass 2005, miljöklass El eller miljöklass Hybrid.

Vägverket fick i uppdrag av regeringen att i samråd med Naturvårdsverket och Rikspolisstyrelsen vidareutveckla denna miljöbilsdefinition. Vägverket föreslår i sin rapport att den eventuellt kommande förordningen om ändring i förordningen (2004:1364) om myndigheters inköp och leasing av miljöbilar skall träda i kraft den 1 juli 2006, vilket skulle sammanfalla i tiden med nästa offentliga upphandling av stat-

liga bilar. Rapporten finns på Vägverkets webbplats <http://www.vv.se/filer/26564/miljobilsrapport.pdf>.

NOU BEDÖMER inte i sitt yttrande de kravnivåer som uppställs i förslaget till ändring i miljöbilsförordningen. NOU tillstyrker dock den föreslagna definitionen, som enligt målsättningen skall vara teknikneutral och enkel att tillämpa. Transparensprincipen som är en av de grundläggande EG-rättsliga principerna och omfattar all offentlig upphandling innebär att den offentliga upphandlingen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Genom en tydlig reglering ges marknadens aktörer möjlighet att anpassa sin utveckling och produktion. NOU delar Vägverkets uppfattning att de krav som ställs skall vara relevanta i förhållande till den effekt de uppnår och skall ställas på ett sätt som inte medför onödig begränsning av konkurrensen.

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

## Övrigt

# Försök beträffande kommunal uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken permanentas

Riksdagen har bifallit en proposition (prop. 2004/05:159) som föreslår att den försökslagstiftning som ger kommunala trafikföretag möjlighet att bedriva uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken permanentas i en ny lag om vissa kommunala befogenheter i fråga om kollektivtrafik. I den nu antagna lagen preciseras och utvidgas kraven på redovisning av de kommunala trafikföretagens uppdragsverksamhet. Lagändringen skall träda ikraft den 1 januari 2006.

Försöksverksamheten som ger kommunala trafikföretag möjlighet att bedriva uppdragsverksamhet inom kollektivtrafiken, utan att verksamheten har sådan anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar som föreskrivs i kommunallagen, har pågått sedan 1996. Efter en förlängning gäller försökslagen nu till utgången av 2005. Från och med den 1 januari 2006 permanentas således kommunernas möj-

lighet att bedriva sådan trafik. Lagen påverkar inte kommunernas och landstingens skyldigheter enligt LOU.

I propositionen anges "När det gäller upphandling av lokal och regional linjetrafik är det således kommunerna eller landstinget som i egenskap av trafikhuvudman anordnar upphandlingen. De kommunala trafikföretagen uppträder som anbudsgivare." Det uppges vidare att "[e]nligt nuvarande svensk rättspraxis omfattas köp mellan kommuner respektive landsting och deras bolag av lagen om offentlig upphandling."

I lagen anges att uppdragsverksamheten skall bedrivas på affärsmässiga grunder. Det anges vidare att bolaget skall upprätta en ekonomisk anbuds kalkyl innehållande samtliga relevanta direkta och indirekta kostnader samt intäkter. Bolaget skall fortlöpande göra en uppföljning av kalkylen och eventuella avvikelser mellan kalkylen och uppföljningen skall redovisas och förklaras för bolagets styrelse.

<sup>23</sup> NOU:s dnr 2005/0150-22.