

NOU:s nyhetsbrev oktober 1999

Upphandlingskommittén har kommit med en hel del idéer och förslag under utredningstiden som man kan ta fasta på framöver, oavsett vad som kommer att finnas kvar i delrapporten (dec. 1999) och slutrapporten (dec. 2000). Vilka förslag kommittén kommer att enas om avseende organisationen av den fortsatta tillsynsverksamheten återstår dock ännu att se. Det är väl knappast obekant eller ens svårförståeligt att NOU önskar se en självständig myndighet även i fortsättningen. Ett starkt konkurrerande alternativ är att överföra uppgiften till Konkurrensverket som i begränsad utsträckning redan idag arbetar även med upphandlingsfrågor (LIU). Det enda riktigt säkra stalltipset hittills är väl att en framtida tillsynsorganisation föreslås få betydligt vassare tänder samtidigt som sanktionssystemet föreslås bli förstärkt. Önskemålen om att man vid offentlig upphandling skall ta samhällsekonomiska eller samhällspolitiska hänsyn i olika avseenden kommer att hanteras av utredningen först nästa år.

EG-kommissionens utlovade tolkningsdokument på miljöområdet förefaller inte distribueras förrän fram i november. Kommissionens förslag till ändringar av direktiven på olika områden bollas nu fram och tillbaka (upphandling med elektroniska hjälpmedel, ramavtal och ökade möjligheter till förhandling inom den klassiska sektorn m.fl.). Närmast skall respektive medlemsstat reagera på det senaste utkastet.

I dagens *NOU Info* behandlas flera intressanta domar. Vi har ambitionen att under lämplig huvudrubrik även hänvisa till referaten längre bak så att den som är intresserad av en viss frågeställning, och inte av samtliga domar, lättare skall kunna hitta.

Har ni läst vår vägledning till 6 kap. LOU? Den kan vara till hjälp för alla dem som sysslar med upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster som inte måste utannonseras på Europa-marknaden. Den finns att beställa hos Fritzes och kostar 150 kr.

NOU har tänkt sig en konferens/seminarium på upphandlingsområdet under nästa vår. Tyck gärna till om angelägna ämnen att behandla genom att fylla i enkäten på vår hemsida!

Slutligen. Vi saknar vår pigga miljöupphandlingsexpert, Johan Svedberg, som övergett NOU till glädje för Sjukvårdsleverantörernas förening och Marie-Louise Falck som ska stötta regeringskansliet i upphandlingsfrågor under ett par års tid.


Margareta Hentze

Innehåll

LOU – lagen om offentlig upphandling	3
Ändringar i LOU den 1 januari 2000	3
Förslag till ändring av EG-direktiven	3
Tillämpning av LOU	3
Statliga bolag som anses vara upphandlande enheter	3
NOU måste kunna fastställa vilka organisationer som är upphandlande enheter	4
Omfattas utseendet av en konkursförvaltare av LOU ?	4
Krav som får ställas på leverantörer	5
Sociala hänsyn	5
Förfrågningsunderlaget	5
Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare	5
Utvärderingskriterier och sociala hänsyn	6
Upphandlingsförfaranden	6
Över tröskelvärdena	6
Annonsering över tröskelvärdena	6
NOU:s länkar till blanketter och kommentarhäften	6
Anbudsinfördan, tidsfrister, öppning	6
Skälig anbudstid vid förenklad upphandling	6
Prövning av anbud	7
Antaget anbud måste uppfylla samtliga krav	7
Entreprenadupphandling över tröskelvärdena	7
Definition av bygg- och anläggningskontrakt	7
Avtal, avtalstider m.m.	8
Upphandlingens avslutande och avtalets ingående	8
Statistik	9
Över tröskelvärdena	9
Under tröskelvärdena	10
NOU:s tillsyn	10
NOU:s tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag	10
NOU:s ärenden och yttranden	10
Skälig anbudstid vid förenklad upphandling	10
Järfälla kommuns upphandling av takreovering - utvärderingskriterier	12
Yttrande avseende etniska och andra sociala hänsyn vid offentlig upphandling	13
Rättsfall	14
Mål i EG-domstolen	14
Mål i kammarrätt och länsrätt	15
Skadeståndsmål i Högsta domstolen	17
Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt	19
Miljö	21
Offentlighet och sekretess	21
Övrigt	21
Yttrande över betänkandet Invandrare som företagare	22
NOU:s mässtdeltagande	22
Nytt på NOU:s hemsida (www.nou.se)	22

NOU info

ges ut av Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012, 103 11 Stockholm

Telefon 08 - 454 44 40

Telefax 08 - 791 72 81

Webbplats www.nou.se

Utgivare: Margareta Hentze

NOU info utkommer fyra gånger per år

Prenumeration: Fritzes, Stockholm

Telefon: 08 - 690 91 80

Telefax: 08 - 690 91 81

Pris: 248 kronor exkl. moms

NOU info finns också på NOU:s hemsida

Det är tillåtet att kopiera innehållet i NOU info

Glöm inte att ange källan, t.ex. "NOU info oktober -99"

LOU – lagen om offentlig upphandling

Ändringar i LOU den 1 januari 2000

Den 1 januari 2000 kommer Svenska kyrkan inte längre att ha någon särställning bland trossamfunden i Sverige. En konsekvens blir att Svenska kyrkan, med vissa undantag, inte längre faller inom definitionen upphandlande enhet och kommer således inte heller att omfattas av LOU (prop. 1998/99:38, Staten och Trossamfunden m.m. se sid. 253). De organisatoriska delar av Svenska kyrkan som kommer att ansvara för begravningsverksamheten, och därmed handha en allmän samhällsfunktion, kommer emellertid att omfattas av LOU också efter lagändringen. För vidare information, se ovan nämnda proposition.

Förslag till ändring av EG-direktiven

Som NOU informerade om i *NOU info juni -99* har EG-kommissionen arbetat fram förslag till ändringar av EG-direktiven. Förslagen har sedan dess behandlats i rådgivande kommittén, där medlemsstaterna är representerade.

Inför det senaste sammanträdet tillkom ett ändringsförslag utöver de som tidigare aviserats, nämligen att ersätta kravet på att om möjligt rangordna utvärderingskriterierna med ett krav på att i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange viktning av kriterierna. Kravet skall enligt förslaget således gälla endast när utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet valts.

Kommissionen motiverar förslaget med att det handlingsutrymme som nuvarande regler ger de upphandlande enheterna, nämligen att dessa enbart behöver ange och "om möjligt" rangordna kriterierna, också ger visst utrymme att frångå övriga regler i direktiven, som är avsedda att tillförsäkra anbudsgivare sina rättigheter framför allt likabehandling och transparens.

Tillämpning av LOU

Statliga bolag som anses vara upphandlande enheter

NOU överlämnade i december 1998 en rapport till regeringen i vilken det angivits att ett antal statliga bolag enligt NOU:s bedömning borde följa LOU. NOU har under innevarande år behandlat några inkomna frågor och därvid vidhållit sin uppfattning att Samhall AB med dotterbolag, Svenska Spel AB, Posten AB och Systembolaget AB är upphandlande enheter enligt LOU.

NOU kan konstatera att Svenska Spel AB i två överprövningsmål inte inkommit med invändningen att det vid sina upphandlingar inte skulle behöva följa LOU. Enligt ett beslut i Kammarrätten i Stockholm (den 14 september 1999, mål nr 7016-1999) har Svenska Spel AB angivit att "...upphandling enligt LOU skulle komma att ske inom kort".

Rapporten om statliga bolag finns i sin helhet på NOU:s hemsida.

NOU förväntas få ett nytt uppdrag från regeringen att fortsätta dialogen med de bolag, vars bedömning att de inte behöver följa LOU kan ifrågasättas.

NOU måste kunna fastställa vilka organisationer som är upphandlande enheter

NOU har till regeringen överlämnat en skrivelse från Göteborgs stad som har tillställts NOU som en följd av den pågående utredningen om kommunala bolags tillämpning av LOU. I skrivelsen ifrågasätts att vissa kommunala bolag är upphandlande enheter i LOU:s mening (dnr 1999/0187-29).

I följebrevet till regeringen har NOU anfört följande. "NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. För närvarande saknar NOU befogenhet att vidta några åtgärder för att fastställa eller genom annan få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter. Även Sveriges internationella åtaganden kräver att de upphandlande enheterna kan identifieras. NOU hänvisar också till vad som härom anges i rapporten från NOU avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar LOU. Rapporten har överlämnats till finansdepartementet den 1 december 1998."

Omfattas utseende av en konkursförvaltare av LOU ?

Konkurstillsynsutredningen har av NOU begärt ett yttrande huruvida utseende av konkursförvaltare omfattas av LOU.

I yttrandet anförde NOU som sin mening att utseende av konkursförvaltare torde vara undantaget från LOU. I EG-fördraget görs i artikel 45 (förut art. 55) och art. 55 (förut art. 66) undantag för verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt vad gäller etableringsrätt respektive tjänster. Enligt NOU:s mening talar mycket för att utseende av konkursförvaltare är att betrakta som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt enligt art. 55, särskilt det förhållandet att förvaltaren utses av allmän domstol efter att tillsynsmyndigheten hörts enligt bestämmelser i konkurslagen. Visserligen är det fråga om en undantagsbestämmelse och skall därför tolkas snävt, men utseende av förvaltare enligt konkurslagen förefaller ha ett sådant direkt och specifikt samband med utövandet av offentlig makt som enligt EG-domstolens praxis krävs för att art. 55 skall vara tillämplig.

På fråga från utredningen uppgav NOU vidare att det enligt NOU:s mening inte var fråga om s.k. tredjemansupphandling med hänsyn till att staten i vissa fall får stå för kostnaden.

Utredningens förslag att teckna ramavtal för konkursförvaltartjänster enligt 1 kap. 5 § LOU tillstyrktes av NOU. Med hänsyn till att förvaltartjänsten torde vara undantagen på grund av art. 55 och i vart fall skulle vara att anse som en B-tjänst, kan ramavtal användas även om sådana för köparsidan icke bindande avtal skulle komma att förklaras oförenliga med EG-direktiven (och därmed LOU) för den klassiska sektorn vid upphandlingar över tröskelvärdena.

NOU:s yttrande har inte blivit föremål för beslut i NOU:s nämnd.

Krav som får ställas på leverantörer

Sociala hänsyn

NOU:s kansli har i ett yttrande till Integrationsverket (dnr 1999/0075-21) uttalat sig om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid upphandling. NOU angav bl. a. att man måste skilja mellan sociala hänsyn som används som

1. *uteslutningsgrunder* (1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU),
2. *kvalifikationskrav* (1 kap. 18 § 2 st. LOU) och
3. *utvärderingskriterier* (1 kap. 22 § eller 6 kap. 12 §),
vilka styrs av olika regler men samtliga läggs till grund för valet av leverantör och
4. tillkommande utförarvillkor under kontraktstiden, dvs. villkor som varken är kvalifikationskrav eller utvärderingskriterier och som inte påverkar valet av leverantör. Även de sistnämnda måste vara kända i förväg och vara förenliga med gemenskapsrätten och svensk lagstiftning.

NOU påminde även om att 1 kap. 4 § LOU och andra bestämmelser i lagen betonar *affärsmässighet*. Begreppet affärsmässighet som överförts till LOU från tidigare regelsystem (Upphandlingsförordningen och Upphandlingsreglementet) skulle markera att myndigheterna i sina upphandlingar inte skulle ta industripolitiska, sysselsättningspolitiska eller försörjningspolitiska hänsyn utan endast se till den enskilda upphandlingens värde i det specifika fallet (se närmare *NOU info oktober -98*).

Se referaten (dnr 1998/0166-26 och dnr 1997/0001-26) angående förfrågningsunderlagets utformning vad gäller utvärderingskriterier sid. 10 och sid. 12 samt avsnittet om NOU:s yttrande till Integrationsverket avseende etniska och sociala hänsyn på sid. 13. Angående vikten av att hålla isär kvalifikationsfas och utvärderingsfas se Svea hovrätts dom på sid. 20-21.

Förfrågningsunderlaget

Konsult för kravspecifikation - anbudslämnare

Enligt en lagakraftvunnen dom har en upphandlande enhets beslut att *förkasta ett anbud från ett företag som deltagit i förberedelsearbetet inför upphandlingen* godtagits av domstolen i ett skadeståndsmål. Tingsrättens dom refereras på sid. 19.

Falu tingsrätt uppgav "Självfallet kan inte varje beröring med ett kommande projekt medföra att presumption för otillbörliga konkurrensfördelar föreligger. I detta fall har emellertid [leverantören] upprättat kontrollprogram och beskrivningar av fyllnadsarbeten samt har dessutom mer eller mindre på egen hand utarbetat den föreslagna lösningen av grumlingsproblematiken i punkt 5. I ljuset av det ovan anförda råder enligt tingsrättens uppfattning ingen tvekan om att en presumption för otillbörliga konkurrensfördelar förelåg vid upphandlingstillfället. Detta gäller så

mycket mer som anbudstiden inte var lång." Leverantören kunde sedan inte visa att den inte på något sätt erhållit fördelar av sitt arbete inför upphandlingen, varför tingsrätten inte utdömde något skadestånd.

Utvärderingskriterier och sociala hänsyn

Se avsnittet om sociala hänsyn under rubriken Krav som får ställas på leverantörer.

Upphandlingsförfaranden

Över tröskelvärdena

Av en dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 9204-1997) framgår att Riksförsäkringsverket betraktat *en utökning av ett projekt* till samtliga försäkringskassor som en komplettering av en tidigare genomförd upphandling. Kammarrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om, bl.a. eftersom det inte av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framkom att syftet var att utöka projektet till samtliga försäkringskassor. Läs ett utförligare referat av domen på sid. 15.

En upphandlande enhet som inte är verksam inom försörjningssektorerna får inte tillämpa reglerna i 4 kap. LOU, se referat av en dom från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2365-1999) på sid. 16.

Annonsering över tröskelvärdena

NOU:s länkar till blanketter och kommentarhäften

NOU:s hemsida innehåller f.n. två länkar till blanketter för annonsering av upphandlingar över tröskelvärdena. Den ena länken finns under ikonen "Blanketter m.m." vilken leder till Anbudsjournalens blankettarkiv. Den andra finns på sidan "Länkar" under rubriken SIMAP och därefter via "CPV, Standards and Best practice" till "Forms for notification". Där finns blanketterna på samtliga officiella EU-språk, bl.a. svenska.

Blanketterna är formellt sett likvärdiga, dvs. innehållet i båda arkiven överensstämmer med direktivens krav på uppgifter vid annonsering och NOU:s kommentarhäften går att använda till båda. Det förefaller dock som om SIMAP:s blanketter vid utskrift får ett annat utseende än på bildskärmen. Grafik, text och sidbrytning stämmer sällan överens med den elektroniska förlagan. Förändringarna är alltför stora för att anses acceptabla. NOU har påtalat bristerna för EG-kommissionen.

Anbudsinfordran, tidsfrister, öppning

Skälig anbudstid vid förenklad upphandling

En stiftelse har genom skrivelse infordrat anbud från tre arkitektkontor angående arkitektuppdrag för ombyggnad av ett våningsplan m.m. vid en herrgård. Vid an-

budsöppningen en vecka senare hade det inkommit två anbud medan en anbudsgivare hade avstått från att avge anbud. NOU har uttalat att en anbudstid på sju dagar i detta fall inte uppfyllde lagens krav på skälighet. Se NOU:s ärende (dnr 1998/0166-26) som refereras på sid. 10.

Prövning av anbud

Antaget anbud måste uppfylla samtliga krav

NOU har handlagt några ärenden i vilka den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget inte hade angivit några utvärderingskriterier. I ett ärende (dnr 1998/0166-26) har den upphandlande enheten angivit att den vid förenklad upphandling tillskrivit endast utvalda anbudsgivare sedan man i förväg bedömt att alla inbjudna anbudsgivarna "i allt väsentligt" uppfyllt enhetens kravprofil och därefter antagit den anbudsgivare som lämnat det lägsta anbudet. NOU har i ärendet betonat att förfrågningsunderlaget måste vara utformat på ett sådant sätt att presumtiva anbudsgivare får kännedom om de utvärderingskriterier som gäller och att ett kontrakt inte får tilldelas någon som inte uppfyllt samtliga ställda krav för att vara förenligt med LOU:s regler om anbudsprövning och kraven på likabehandling av leverantörer och förutsebarhet (transparens).

Se även NOU:s ärende Järfälla kommuns upphandling av takreovering (dnr 1997/0001-26) på sid. 12. Även i detta fall antog enheten uppenbarligen anbud som inte uppfyllde samtliga ställda krav, vilket är ett brott mot likabehandlingsprincipen, jfr EG-domstolens mål (C-243/98 Kommissionen mot Danmark, REG 1993, sid. 3353) angående Storebæltsförbindelsen (se *Sammanställning NOU info 1996*, sid. 56). Jmf Svea hovrätts dom på sid. 20-21.

Entreprenadupphandling över tröskelvärdena

Definition av bygg- och anläggningskontrakt

Definitionen av bygg- och anläggningskontrakt i 1 kap. 5 § LOU överensstämmer inte helt till sin ordalydelse med definitionen i det bakomliggande direktivet 93/37/EEG, som dessutom innefattar uttrycket "utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven" (art. 1 a, i den engelska versionen: the execution, *by whatever means*, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority).

Kammarrätten i Göteborg har i en dom (mål nr 3859-1999) funnit att ett arrangemang, varigenom Torsby kommun hyr ut ett markområde till en grupp företag i syfte att där uppföra en simhall som hyrs ut till kommunen för att användas av allmänheten och som kommunen skall överta efter hyrestidens utgång, omfattas av uttrycket "the execution by whatever means..." Byggnationen bedömdes omfattas av LOU. Se referat av domen på sid. 16.

Avtal, avtalstider m.m.

Upphandlingens avslutande och avtalets ingående

NOU har tillskrivit regeringen med anledning av att det i rättstillämpningen fortfarande råder osäkerhet avseende tiden för upphandlingens avslutande och upphandlingsavtalets ingående (dnr 1999/0169-29).

NOU har anfört: "Av juridiska och praktiska skäl är det viktigt att denna tidpunkt kan fastställas exakt. Förutom vikten av att avtalsparter och tredje man vet när ett avtal är juridiskt bindande kan avtalstidpunkten i upphandlingssammanhang ha betydelse främst för fastställande av sista tidpunkten för överprövning i länsrätten eller skadeståndtalans väckande i tingsrätten men har också betydelse för bl.a. reglerna för annonsering efter avslutad upphandling och underrättelser till anbudsgivarna om avbruten upphandling samt sekretessfrågor.

Frågan har uppkommit om ett avtal är ingånget genom att anbud möts av en ren skriftlig accept (t.ex. en beställningsskrivelse som motsvarar anbudsgivarens anbud) eller om det krävs att ett formellt upphandlingsavtal ingås.

Kammarrätten i Stockholm har i ett lagakraftvunnet beslut (mål nr 3657-1999), med hänvisning till Regeringsrättens refererade avgörande RÅ 1996 ref. 50 gjort tolkningen att något avtal enligt LOU *inte har kommit till stånd enbart genom accepten av anbudet* varmed överprövning tilläts efter tidpunkten för överlämnande av beställningen (accepten).

En annan tolkning av Regeringsrättens avgörande än den ovanstående har tidigare gjorts av flera andra allmänna förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar, vilka som giltig accept godtagit även muntliga bekräftelser och konkludent handlande (se vidare bifogad PM). Även NOU har flera gånger angivit att Regeringsrättens avgörande RÅ 1996 ref. 50 kan tolkas så att ett skriftligt anbud och en skriftlig accept som överensstämmer helt med anbudet får anses uppfylla kravet på skriftlig form. I andra fall kan accepten utgöras av en skriftlig beställning från den upphandlande enheten. (jfr *Sammanställning NOU info 1996 sid. 59, NOU info december 1998, sid. 21* och Vägledning till 6 kap. LOU, sid. 60). Av praktiska skäl har frågan mycket stort intresse eftersom ett stort antal upphandlingar under tröskelvärdena avslutas genom att den upphandlande enheten överlämnar en beställning."

NOU har i samma skrivelse pekat på bristande överensstämmelse mellan definitionerna av upphandlingskontrakt och direktupphandling i 1 kap. 5 § LOU. Definitionerna tycks tala för att även en direktupphandling, som i många fall utgör mindre köp över disk, kräver skriftlig form.

NOU anser det angeläget att regeringen uppmärksammar denna problematik och i kommande förslag till lagändring eller uttalanden i förarbetena undanröjer de tveksamheter som för närvarande råder om tidpunkten för ett upphandlingsavtals ingående och upphandlingens avslutande och fortsätter: "Det som främst bör klargöras är om upphandlingen kan avslutas på annat sätt än genom en skriftlig kontraktshandling underskriven av båda parter och om sådant avtals slutande styrs av huvudregeln i 1 kap. 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på

förmögenhetsrättens område (AvtL) eller om det skall anses utgöra ett formalavtal som är undantagen från ovannämnda huvudregel. Därvid bör beaktas även de kommande formerna för elektronisk handel som förutsätter att anbud möts av en accept/beställning på elektronisk väg.

Vidare bör klarläggas om även direktupphandling måste avslutas genom ett skriftligt avtal. Definitionerna av upphandlingsavtal och direktupphandling bör därvid bringas i överensstämmelse, t.ex. genom att ange att definitionen av upphandlingskontrakt inte omfattar direktupphandling."

Den i yttrandet åberopade PM, i vilken återges ett utdrag ur *NOU info december -98*, finns på NOU:s hemsida.

Statistik

Över tröskelvärdena

Enligt uppgift från SCB saknas fortfarande många efterannonseringar. SCB samlar på NOU:s uppdrag in de uppgifter som sammanställs årligen på grundval av dels upphandlingsavtalet inom WTO (GPA) och dels EG:s upphandlingsdirektiv.

Om de upphandlande enheterna efterannonserar på ett korrekt sätt kan den för Sverige obligatoriska statistikinsamlingen till stor del ske genom att uppgifterna hämtas direkt ur databasen TED.

NOU vill återigen betona att det är obligatoriskt att annonsera avslutade upphandlingar över tröskelvärdena. Alla upphandlande enheter som ännu inte efterhandsannonserat upphandlingar över tröskelvärdena, som avslutats under 1999 uppmanas därför att omgående göra det. Observera att efterannonsering skall ske även om upphandlingen har avbrutits, om upphandlingen tilldelats egenregiverksamheten, vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdet och även i det fall ingen annonsering skett inför upphandlingen ifråga. De enheter som senast under mars 2000 gjort en *fullständig* efterhandsannonsering kommer inte att behöva lämna några uppgifter för statistikändamål vad gäller upphandlingen över tröskelvärdena. *I de fall uppgifter saknas måste dessa lämnas separat till NOU efter anmodan.* För att efterannonseringen skall ske på ett fullständigt och korrekt sätt är det lämpligt att använda standardblanketterna.

I *Sammanställning NOU info 93-95* avsnitt 16.4 och *Sammanställning NOU info 1996* avsnitt 16 finns bl. a. en redogörelse för vilka uppgifter som behövs för statistikändamål. NOU vill här ytterligare understryka och kommentera vikten av vissa uppgifter:

- *Datum för kontraktstilldelning* - statistiken gäller upphandlingar som avslutats under 1999.
- Kontraktets totala uppskattade värde under kontraktets hela löptid inklusive eventuella optioner och förlängningsklausuler. Det kan av konkurrensskäl ibland vara känsligt att uppge värdet på delkontrakt - det är för statistikändamål tillräckligt med det totala värdet. Sammanställningen av statistiken visar inte heller några detaljer.

- *Upphandlingsannonsens nummer*, som finns i databasen TED under beteckningen TD-ref.
- *CPV-nummer*. Varje upphandling ges ett CPV-nummer i TED vare sig enheten angett det eller ej - det är f.ö. mindre risk för fel om numret anges av den upphandlande enheten. Det är utifrån CPV-numren som uppgifterna hämtas ur TED och sammanställs i en rapport på 2- eller 3-siffernivå.

Annonser om tilldelade kontrakt skall givetvis dessutom innehålla alla övriga uppgifter som krävs enligt direktiven och som återspeglas i blanketterna.

Under tröskelvärdena

Statistikuppgifter om upphandlingar *under tröskelvärdena* samlas in manuellt och de enheter som berörs gör klokt i att skaffa sig rutiner för att på ett enkelt sätt tillgodose detta statistikkrav. Enheterna skall efter uppmaning, lämna uppgift om det totala värdet av sin upphandling under tröskelvärdena fördelat på varor, tjänster och entreprenader. För närmare information se *Sammanställning NOU info 93-95* och *Sammanställning NOU info 1996*.

NOU:s tillsyn

NOU:s tillsyn över kommun- och landstingsägda bolag

Slutrapporten avseende tillsynsprojektet över kommun- och landstingsägda bolag beräknas offentliggöras i slutet av året och publiceras på NOU:s hemsida.

NOU:s ärenden och yttranden

Skälig anbudstid vid förenklad upphandling

NOU:s kansli har i ett ärende uppgivit att en anbudstid på sju dagar vid en förenklad upphandling genomförd av Stiftelsen Baldersnäs var för kort (dnr 1998/0166-26).

För upphandlingar under tröskelvärdena finns inga lagstadgade tidsfrister, utan anbudsgivare skall ges skälig tid att lämna anbud. Anbudstiden skall beräknas med hänsyn till upphandlingens art, storlek och karaktär samt med beaktande av den allmänna huvudregeln om affärsmässighet.

I det aktuella yttrandet hänvisas till några tidigare uttalanden om vad som avses med skälig anbudstid vid förenklad upphandling, bl.a. *Sammanställning NOU info 1996* avsnitt 14.2. (bl.a. två länsrättsavgöranden i vilka det angavs att en anbudstid på 15 dagar var tillräcklig i en upphandling av arbetsmarknadsutbildning respektive att en upphandling med en anbudstid på tre veckor fick göras om.)

NOU har vidare i ett yttrande som beslutats vid nämndsammanträde (dnr 1998/0160-26, se referat i *NOU info mars -99*) avseende upphandling av färjetrafik enligt reglerna för förenklad upphandling uttalat att den angivna anbudstiden på en och en halv månad, med mellankommande helger, med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning inte kunde anses som skälig. Stadsrevisionen i Göteborg har vid bedömningen av samma ärende kommit till samma slut-

sats. Den korta anbudstiden fick vidare ses som en otillbörlig fördel för den leverantör som tidigare skötte trafiken. NOU ansåg att detsamma gällde även kravet att påbörja färjetrafiken bara några månader efter upphandlingens avslutande.

Regeringsrätten har i en dom (mål nr 6017-1997) avseende upphandling av barn- och ungdomstandvård inom tio geografiskt begränsade områden uttalat att rätten "i likhet med NOU" funnit att "anbudstiden med hänsyn till upphandlingens omfattning [har] varit för kort". NOU har i sitt yttrande till Regeringsrätten angivit "Om landstinget inte kunde tillåta anbudsgivare att lämna anbud på delar av entreprenaden borde landstinget ha lämnat dessa en reell möjlighet att förbereda och formera en samverkan. Enligt NOU:s uppfattning fordras en avsevärd längre anbudstid för att möjliggöra detta."

NOU:s kansli har i det nu aktuella yttrandet (dnr 1998/0166-26) framfört följande:

"Huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU anger att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Huvudregeln gäller vid all upphandling och innebär att konkurrensen inte får begränsas med oskäligt kort anbudstid. I det aktuella fallet har ett tillskriivet arkitektkontor, måhända till följd av den korta anbudstiden eller förfrågningsunderlagets utformning i övrigt, avstått från att lämna anbud. Det kan därför ifrågasättas om två inkomna anbud, vid en upphandling som den förevarande, uppfyller LOU:s krav på "utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns".

Vid upphandling av rena katalogvaror, enkla kombinationer av standardvaror eller enkla rutintjänster kan anbudstiderna vara kortare än vid en sådan upphandling som den förevarande, vilken förutsatte att anbudsgivarna skulle kunna kontakta underleverantörer, inhämta prisuppgifter och eventuellt göra ett eller flera besök på projekteringsplatsen. En anbudstid på sju dagar kan vid sådana omständigheter inte betraktas som skälig.

Den omständigheten att ingen av de inbjudna anbudsgivarna begärt en förlängning av anbudstiden inverkar inte på NOU:s bedömning att anbudstiden på en vecka var oskäligt kort. En upphandlande enhet bör inte förlänga anbudstiden enbart för att någon anbudsgivare begär det.

NOU menade vidare att det dock enligt allmänna principer får anses åligga en anbudsgivare eller leverantör att agera så att han försöker eliminera skadan eller begränsa dess omfattning. I Sverige kan det innebära att den skadelidande, om möjligt genast, påtalar felet hos den upphandlande enheten eller ansöker om överprövning i länsrätten. Även utgången av en eventuell framtida skadeståndstalan kan vara beroende av om det kan visas, att den skadelidande försökt förhindra skadans uppkomst eller begränsa skadans omfattning (jfr Högsta domstolens dom mål nr T 1441-97). Anbudsgivaren får då agera mycket snabbt. Länsrätten i Östergötlands län kunde t.ex. inte pröva huruvida en anbudstid på endast tre arbetsdagar kunde anses skälig. Upphandlingskontraktet ansågs nämligen ha slutits genom att den upphandlande enheten dagen efter sista anbudsdagen genom en beställning accepterat ett inlämnat anbud (mål nr 2031-98 E).

NOU:s kommentar: En bedömning av vad som kan anses utgöra behövlig förberedelsestid tills leveranserna eller tjänsten skall påbörjas får göras från fall till fall.

Ett exempel på detta är det i *NOU info mars -99* omnämnda rättsfallet från länsrätten i Vänersborg (mål nr 467-99). Länsrätten fann det inte utrett att det behövdes längre förberedelsetid än 1,5 månad från upphandlingens avslutande för att anpassa fordon för skolskjutsar. Kammarrätten i Göteborg (mål nr 2309-1999) ändrade inte länsrättens dom.

Järfälla kommuns upphandling av takrenovering - utvärderingskriterier

NOU har efter ett klagomål från en leverantör prövat utvärderingskriterierna i en förenklad upphandling genomförd av Järfälla kommun (dnr 1997/0001-26)

NOU har i yttrandet anfört: "Angivelse av "kvalitet och andra liknande omständigheter", utan någon ytterligare precisering, uppfyller inte lagens krav då leverantören inte rimligen kan veta vad som avses med "liknande omständigheter". Uttrycket inbjuder till att vid utvärderingen felaktigt beakta andra kriterier än de angivna. Motiveringen att den valde leverantören hade bästa pris inom önskad materialkategori tyder på godtycklig bedömning, eftersom det av förfrågningsunderlaget klart framgår att anbudsgivare får föreslå typ av material och arbetsmetod och några önskemål eller antydningar om preferenser inte framgår av de vid anbudstiden kända handlingarna. Anbudsgivarna skall inte tvingas spekulera i vad den upphandlande enheten efterfrågar och hur anbuden kommer att utvärderas. Det är inte heller tillåtet att till grund för beslut om leverantör lägga ett för anbudsgivarna i förväg okänt kriterium, såsom att kommunen först efter anbudstidens utgång bestämmer sig för eller preciserar vad som avses med "önskad materialkategori". NOU anser inte heller att det för Järfälla kommun varit omöjligt att ange utvärderingskriterierna i inbördes ordning.

Samma resonemang kan i allt väsentligt tillämpas även avseende de inte närmare preciserade kriterierna av "färdigställandetid" och "miljöpåverkan". Om tiden varit väsentlig borde det åtminstone ha angivits inom vilken tidsrymd arbetet borde påbörjas och avslutas samt hur den upphandlande enheten tänkte värdera ett tidigt färdigställande. Att ange ungefärlig tidpunkt för arbetets påbörjande hade varit särskilt angeläget mot bakgrund av kravet på att "arbetet skall starta snarast efter beställning och enligt överenskommelse med beställaren". Vad som avses med "miljöpåverkan" hade inte heller närmare angivits i förfrågningsunderlaget.

Järfälla kommun har enligt NOU:s uppfattning inte på ett tillfredsställande sätt förklarat på vilka grunder den antagne leverantörens anbud ansågs mest fördelaktigt med hänsyn till att anbudspriset var högre än flera andra konkurrenters och det erbjudna materialet inte halksäkert. Materialets miljövänlighet är dessutom omtvistad (PVC). Av utvärderingsprotokollet framgår inte alls på vilket sätt, om något, kommunen beaktat eller värderat färdigställandetiden.

NOU vill för Järfälla kommun betona vikten av att kommunen vid kommande upphandlingar i annons och/eller förfrågningsunderlag anger *samtliga* och så långt möjligt mätbara utvärderingskriterier. NOU vill vidare påminna om att det enligt LOU inte är tillåtet vare sig att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav eller att grunda valet av leverantör på andra krav och kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget."

Yttrande till Integrationsverket avseende etniska och andra sociala hänsyn vid offentlig upphandling

Kansliet vid NOU har lämnat ett yttrande till Integrationsverket (dnr 1999/0075-21) med synpunkter bl.a. på vilka krav som upphandlande enheter får ställa på leverantörens personalsammansättning m.m. vid upphandling och i vilken mån en antidiskrimineringsklausul får tas med i avtalet.

I yttrandet framför kansliet sammanfattningsvis följande:

- Det har inte på senare tid skett någon ändring i regelverket på upphandlingsområdet beträffande möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.
- En riktig och konsekvent tillämpning av grundprinciperna bakom offentlig upphandling kan sannolikt i längden ge ett gott resultat även avseende etnisk mångfald. Det är angeläget att inte belasta ett redan nu komplicerat regelverk med nya avancerade överväganden.
- Ett införande av sociala hänsyn får inte innebära att olika typer av icke-ekonomiska/sociala hänsyn i verkligheten används till att rättfärdiga eller dölja en i grunden fri prövning av anbuderna eller äventyra förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och lika och rättvis behandling av leverantörerna.
- De praktiska svårigheterna och förmodade kostnadsökningarna förknippade med etniska hänsyn synes kunna bli så betydande att en standardiserad, generell och utbredd användning av etniska krav och klausuler i samband med offentlig upphandling inte kan rekommenderas.
- Krav på sociala hänsyn bör ställas endast om myndigheten mot bakgrund av en analys av svensk lag och gemenskapsrätten med hög grad av sannolikhet kan anse att det ställda kravet i det enskilda fallet är proportionellt, lagligt och inte på ett otillåtet sätt hindrar den fria rörligheten eller snedvrider konkurrensen.
- Resultatet av flera pågående utredningar bör avvaktas och den återstående osäkerheten om den rätta eller tillåtna användningen av reglerna bör inte utgöra anledning till att pröva gränserna.

EG-kommissionen har för avsikt att i ett s.k. tolkningsmeddelande förtydliga gällande principer som tillåter beaktande av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. Tolkingsmeddelandet tillsammans med upphandlingskommitténs slutsatser väntas ge viss vägledning framöver.

Rättsfall

Mål i EG-domstolen

Avbruten upphandling på grund av bristande konkurrens

EG-domstolen har den 16 september 1999 avkunnat en dom i ett mål som gällde avbruten upphandling på grund av bristande konkurrens¹.

Domen föranleddes av en fråga från en österrikisk domstol med anledning av en tvist mellan två bolag² å ena sidan och en upphandlande enhet³ å andra sidan. Tvisten uppkom efter det att enheten annonserat en upphandling enligt öppet förfarande gällande ett skyddsräcke längs en del av Autobahn. Sedan enheten i selekteringsfasen valt bort samtliga anbud utom ett, ett från bolagen gemensamt anbud, beslutade enheten att avbryta upphandlingen med hänsyn till den bristande konkurrensen. Enheten stödde sig därvid på en regel i den österrikiska lagen som gav den upphandlande enheten rätt att återkalla en anbudsinfordran om det efter selektering av lämpliga anbudsgivare endast kvarstod ett anbud.

Bolagen vände sig till domstol och ansökte om ogiltigförklaring av beslutet och menade att kontraktet skulle tilldelas dem.

Domstolen ställde en tolkningsfråga till EG-domstolen ang. art. 18.1 i byggdirektivet, som anger att upphandlingen skall ske i ett tvåstegsförfarande: först en selektering av lämpliga anbudsgivare och därefter utvärdering av anbuden. Frågan som ställdes gällde om regeln innebar att den upphandlande enheten var skyldig att godta ett anbud, även om det var det enda som återstod. Bolagen hade hävdad att möjligheten att avstå från tilldelning av kontraktet måste inskränkas till undantagsfall och enbart kan användas i allvarliga fall.

EG-domstolen förklarade att direktivets regel (art 8.2), som anger att den upphandlande enheten skall meddela anbudssökandena och anbudsgivarna vid återkallelse av anbudsinfordran, inte föreskriver att sådan återkallelse kan ske enbart i undantagsfall eller i övrigt enbart i allvarliga fall.

EG-domstolen erinrade vidare om ingressen till direktivet, vari anges bl. a. att direktivet har till syfte att utveckla effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Domstolen hänvisade också till reglerna i direktivet, som anger att antalet anbudsgivare vid selektivt förfarande måste vara tillräckligt stort för att uppnå verklig konkurrens och vid förhandlat förfarande minst 3 i den mån det finns tillräckligt antal lämpliga anbudsgivare.

Vidare anförde EG-domstolen att utvärdering av anbud skall göras enligt kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därav följer enligt domstolen, att direktivet, för att uppfylla syftet att utveckla konkurrensen, organi-

¹ Mål C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten.

² Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH.

³ Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten

serar tilldelningen av kontrakt på ett sådant sätt att den upphandlande enheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier. Om det endast återstår ett anbud kan den upphandlande enheten inte göra en sådan jämförelse.

EG-domstolen förklarade därför att den upphandlande enheten inte var skyldig att tilldela kontraktet till den ende anbudsgivare som ansetts vara lämplig anbudsgivare.

Den österrikiska domstolen hade också ställt frågan om den aktuella bestämmelsen (art. 18.1) hade direkt effekt, dvs. om enskilda kunde åberopa den vid nationella domstolar.

EG-domstolen hänvisade till Beentjes-målet (mål 31/87, Beentjes, REG 1988 sid. 4635, punkt 43), där samma fråga ställts beträffande motsvarande bestämmelse i förutvarande byggdirektiv (71/305), och förklarade att, eftersom inga särskilda genomförandeåtgärder är nödvändiga för att uppfylla de krav som anges i bestämmelsen, är de skyldigheter som följer av artikeln ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas av enskilda vid nationell domstol.

Mål i kammarrätt och länsrätt

- NOU har tidigare informerat om att Länsrätten i Stockholms län (Ö 16217-97) beslutat att Riksförsäkringsverkets (RSV) upphandling av talsvarssystem skall göras om (*NOU info mars -98*, sid. 20). Länsrätten meddelade sin dom den 4 december 1997 och RSV överklagade denna till kammarrätten. Kammarrättens i Stockholm dom (mål nr 9204-1997) meddelades den 29 juni 1999 (1 ½ år senare) och överklagandet avslås.

Av länsrättsdomen framkommer bland annat följande. "Huvudregeln är att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Undantag från konkurrensregeln kan göras i vissa särskilt i lag angivna fall. Riksförsäkringsverket har i sitt yttrande bl.a. anfört att de har sett utökningen av projektet som en komplettering av den tidigare upphandlingen. Av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framgår dock inte att syftet var att utöka projektet till samtliga försäkringskassor. Vid en samlad bedömning av utredningen i målet finner länsrätten att aktuell utökning inte kan betraktas som en komplettering till tidigare upphandling. Det saknas därmed laglig grund för att frångå ovannämnda huvudregel."

Kammarrätten instämmer enligt domen i länsrättens bedömning och avslår överklagandet. Upphandlingen skall således göras om.

Kansliet vid NOU har konstaterat på grundval av det nu nämnda målet att "Även om processen i förvaltningsdomstol ofta är jämförelsevis relativt snabb så lever knappast processen i exemplet ovan upp till direktivets krav på snabba och effektiva rättsmedel. Tidsutdräkten är till stor nackdel både för den upphandlande enheten och leverantören. Enheten har ett behov av det som är föremål för upphandlingen och kan givetvis inte avvakta en längre domstolsprocess." Se NOU:s rapport till upphandlingskommittén Kartläggning av fel

och brister vid offentlig upphandling (dnr 1999/0052-28, sid. 34) som i sin helhet finns inlagd på NOU:s hemsida.

- Kammarrätten i Göteborg har meddelat dom (mål nr 2365-1999) efter att ha inhämtat yttrande från NOU (dnr 1999/0102-29). NOU uppgav i yttrandet att den upphandlande enheten, Grums kommun, inte var verksam inom försörjningssektorerna och därför skulle ha använt sig av öppen eller selektiv upphandling om inte något annat upphandlingsförfarande kunde tillämpas enligt 2 kap. 10 eller 11 §§ LOU. Kammarrätten har godtagit NOU:s resonemang och funnit att kommunen "inte haft rätt att använda sig av förhandlad upphandling. Upphandling har alltså skett i strid med LOU." Det saknades dock skäl för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU eftersom det "inte framkommit något som ger vid handen" att det klagande bolaget, trots att kommunen använt fel upphandlingsform, inte kunnat konkurrera på samma villkor som övriga anbudsgivare i ärendet. Regeringsrätten har inte meddelat prövningstillstånd i målet, varvid kammarrättens avgörande står fast.

NOU:s kommentar: Avgörandet inskräper det som NOU påpekat i *NOU info juni -99*, sid. 4 f, att en enhet utanför försörjningssektorerna inte får använda sig av reglerna i 4 kap. LOU. Av avgörandet kan vidare utläsas ett mycket långtgående krav på bevisning av den lidna skadan.

- Kammarrätten i Göteborg har i dom den 8 oktober 1999 (mål nr 3859-1999) avgjort ett mål som gäller definitionen av byggtreprenad. Domen har inte vunnit laga kraft. Genom ett anläggningsarrande upplät Torsby kommun ett markområde till en grupp företag på orten för en tid om 11 år. Av avtalet framgick att syftet med upplåtelsen var att gruppen skulle uppföra en simhall för allmänheten. Byggnationen skulle finansieras genom att gruppen upptog ett lån från kommunen om 20 miljoner kr, genom ett bidrag från länsarbetsnämnden om 4 miljoner kr och genom av företagsgruppen insamlade medel om 8 miljoner kr. Vidare hade ett hyresavtal slutits, enligt vilket kommunen av företagsgruppen skulle hyra simhallen för en hyrestid av 10 år för 1 miljon kr per år jämte ränta. Efter hyrestidens utgång skulle kommunen vara skyldig att lösa in simhallen jämte inventarier för 10 miljoner kr genom att företagsgruppens restskuld till kommunen skulle avskrivas.

Sedan ett byggbolag begärt överprövning och Länsrätten i Värmlands län (mål nr 803-99E) avslagit ansökan, överklagades ärendet till Kammarrätten i Göteborg, som begärde in ett yttrande av NOU (dnr 1999/0145-22).

NOU anförde i huvudsak följande. Definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU återger inte ordagrant samtliga de situationer som återfinns i den bakomliggande bestämmelsen i art. 1 (a) i byggdirektivet (93/37/EEG), som inkluderar även "the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority;" Bestämmelsen torde dock med hänvisning till en dom från EG-domstolen⁴ ha direkt effekt. Bl. a. av EG-kommissionens Guidelines framgår att det ovan citerade uttryck-

⁴ C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998 sid. 5357, (se *NOU info oktober -98*)

et *by whatever means* har till syfte att i direktivets tillämpningsområde "fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande enheter för att tillgodose dessas särskilda behov." Byggnationen omfattades därför av reglerna i 3 kap. LOU. Med hänsyn till att definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU är gemensam för 3 kap. och 6 kap. i LOU, ansågs byggnationen omfattas av LOU även om dess värde skulle beräknas understiga tröskelvärdet.

Kammarrätten fann att byggnationen av simhallen skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU, med hänsyn framför allt till att finansieringen skulle ske till största delen med kommunala medel och att en slutlig äganderättsövergång till kommunen var avgörande för affären. Tiden för att överklaga domen har ännu inte löpt ut. NOU återkommer när det finns ytterligare information i målet.

- Länsrätten i Örebro län har i en dom (mål nr 2057-99 E) prövat en upphandling med vissa miljörelaterade krav och förordnat att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Örebro läns landsting har annonserat en öppen upphandling gällande leasing, hyra eller köp av kopiatorer. Klagandebolaget har anfört att vissa s.k. skalkrav och börkrav var diskriminerande eller otydligt formulerade.

Länsrätten fann att kravet, att kopiatorerna *skall* ha miljömärkning typ Svanen, Blå Ängeln eller likvärdig märkning, strider mot LOU. "Länsrätten anser att en hänvisning till ett nationellt miljömärke är diskriminerande. Ett angivande av flera nationella märken samt möjligheten att uppvisa att produkten är likvärdig ur miljösynpunkt kan inte godtas. Anbudsgivarna kan inte härigenom klart utläsa vilka miljökrav som uppställs. Landstinget bör i stället klart ange vilka gränsvärden som inte får överskridas." Kravet att produkten *bör* innehålla några aktivt tillsatta miljöfarliga ämnen enligt Kemikalieinspektionens författningssamling är "otydligt och bör preciseras genom angivande av högsta tillåtna gränsvärden för de olika avsedda substanserna."

Kravet, att demonteringsanvisningar/skrotanvisningar/avfallsanvisningar *bör* finnas, strider inte mot LOU. Kravet, att produkten *bör* vara konstruerad för att vara energisnål, är för otydligt formulerat. Landstinget "bör därför ange gränsvärden för produkternas energieffektivitet."

Kravet, att PVC inte bör ingå i produkten, kan inte fullt ut uppfyllas. Landstinget medger att fullständig frihet från PVC inte kan uppfyllas av dagens produktutbud. Landstinget "bör därför ange ett gränsvärde för hur mycket PVC produkterna högst tillåts innehålla."

Kravet, att förpackningar *bör* vara märkta med materialsymboler i enlighet med gällande DIN-standard, ISO-standard eller enligt kommissionsbeslut 97/129/EG, strider inte mot LOU. Kravet har betydelse för landstingets avfallshantering och kan uppfyllas av samtliga leverantörer.

Skadeståndsmål i Högsta domstolen

- Högsta domstolen (HD) har meddelat prövningstillstånd (T 1683-99) i ett mål från Göta hovrätt (mål nr T 189/96) som avser en upphandling av svenskundervisning genomförd av Lindesbergs kommun. NOU har tidigare informerat om domen meddelad av Lindesbergs tingsrätt, se *Sammanställning NOU info 1996 sid. 67-68*. Tingsrättens dom förpliktigade kommunen att utbetala skadestånd men hovrätten som ändrade utgången i målet, uppgav att de regler som nu gäller på upphandlingsområdet inte medför någon rätt till skadestånd när en kommun beslutar sig för att avbryta ett inlett upphandlingsförfarande och i stället låta verksamheten bedrivas i egen regi.

Se vidare *NOU info juni -99* sid. 15 för utförligare referat av hovrättens dom och NOU:s kommentar till denna. HD kommer att avgöra om kommunen genom att avbryta upphandlingen ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU gentemot den vars anbud inte har antagits. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.

- HD har också meddelat prövningstillstånd (T 370-99) i ett mål där Svea hovrätts dom den 22 december 1998 (T 20-98) överklagats. Målet avser en upphandling av budbilstransporter genomförd av Stockholms läns landsting. Landstinget valde att inte fullfölja en öppen upphandling av budbilstransporter, utan i stället låta en egen enhet sköta transporterna. Svea hovrätt uppger i domen: "LOU innehåller inga regler som förbjuder den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen. Som tingsrätten har konstaterat innehåller LOU heller inte någon bestämmelse om skadeståndsansvar för den upphandlande enheten i situationer då upphandlingen avbryts. Frågan har, vilken tingsrätten också har påpekat, varit föremål för överväganden som inte har lett till lagstiftning. Av det sagda kan någon annan slutsats inte dras än att gällande lagstiftning inte ger stöd åt [leverantörens] i andra hand gjorda påståenden att Landstinget har ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt LOU genom att avbryta upphandlingen på det sätt som skedde." HD ska avgöra om landstinget genom att avbryta upphandlingen ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot den vars anbud ej antagits. NOU återkommer när ytterligare information finns i målet.
- HD har i ett beslut (T 4651-98) uppgivit att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd avseende en öppen upphandling av färdtjänst genomförd av Lunds kommun. Beslutet innebär att domen från Hovrätten över Skåne och Blekinge (T 382-97) står fast.

NOU har refererat domen från Lunds tingsrätt i *NOU info oktober -97* och hovrättsdomen i *NOU info december -98*. Kommunen ådömdes av tingsrätten att utge, förutom rättegångskostnader, skadestånd med 3 852 000 kr till leverantören. Hovrätten ändrade tingsrättens dom och ogillade käromålet, varpå leverantören ådömdes att betala kommunens rättegångskostnader både i tingsrätten och i hovrätten. Av hovrättsdomen framkommer "att upphandlingsförfarandet varit behäftat med så väsentliga och allvarliga brister att Lunds kommun uppenbarligen inte uppfyllt det krav på affärsmässighet som ställs upp i 1 kap. 4 § LOU."

Att något skadestånd sedan inte utdömdes beror på att leverantören inte kunde visa att prövningen enligt 1 kap. 22 § LOU skulle ha lett till att kommunen bort anta dennes anbud.

Skadeståndsmål i hovrätt och tingsrätt

- I *NOU info mars -98* och *december -98* informerades om domen från Stockholms tingsrätt (4-446-96) respektive domen från Svea hovrätt (T212-98) avseende en av Socialstyrelsen genomförd upphandling. Tingsrätten ådömde staten genom Socialstyrelsen att betala tio miljoner kr till leverantören. Hovrätten har fastställt tingsrättens domslut och beslutat att vardera parten skall stå för sina rättegångskostnader.

Hovrätten uppger att den upphandlande enheten kan "...ställa upp krav på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning. Om några sådana krav inte har ställts upp, kan det i och för sig te sig naturligt att anta att den upphandlande enheten ändå kan kräva att anbudsgivaren skall ha sådan teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell ställning att anbudet kan fullgöras". Hovrätten uppger vidare att "I det underlag som socialstyrelsen har presenterat är det då närmast begreppen genomförande och leverantörsbedömning som kan uppfattas ta sikte på anbudsgivarnas kvalifikationer. Det måste emellertid samtidigt konstateras att nämnda begrepp är så allmänt hållna att de knappast ger någon vägledning utöver vad som allmänt sett skulle kunna krävas vad avser anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet samt finansiella ställning". Socialstyrelsen har enligt hovrätten "...vägt in faktorer som måste anses som ovidkommande i den mening som avses i 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling. Man har beaktat kostnader för byte av leverantör. Man har beaktat att det är tryggt med nuvarande leverantör. Man har också beaktat regionalpolitiska skäl. Det har varit fel av Socialstyrelsen att väga in omständigheter av detta slag." Domen överklagades till Högsta domstolen men sedan båda parterna återkallat sin talan har HD avskrivit målet.

- Falu tingsrätt har meddelat en dom (mål nr T 1758-96) avseende en förenklad upphandling av konsulttjänster genomförd av Vägverket. Tingsrätten utdömde inget skadestånd och leverantören ådömdes att ersätta Vägverket för sina rättegångskostnader. Domen har vunnit laga kraft.

I målet prövades en upphandling av konsulttjänster och enligt domen är det ostridigt att den skadeståndsyrkande leverantören i och för sig lämnade det mest fördelaktiga anbudet och dessutom ensam lämnade anbud beträffande viss del i upphandlingen. Fråga i målet är enbart om Vägverket gjorde rätt i att utesluta leverantören med stöd av 1 kap. 4 § LOU, eftersom presumtion förelåg att denne genom att ha deltagit i utarbetande av kontrollprogram m.m. erhållit konkurrensfördelar framför andra anbudsgivare.

Tingsrätten hänvisar till avsnittet 5.7 "Konsult för kravspecifikation - Anbudslämnare?" i *Sammanställningen NOU info 1996* och anger följande:

"En konsult som varit med och tagit fram en kravspecifikation eller deltagit i annat förberedelsearbete bör inte delta i därpå följande anbudsgivning, om det kan hävdas att konsulten kan ha styrt innehållet i kravspecifikationen så att

den på ett eller annat sätt anpassas till konsultens produktion av varor eller tjänster. Konsultmedverkan får inte leda till att konsulten ges *otillbörliga* konkurrensfördelar genom information som andra anbudsgivare inte får.

Omvänt är det således möjligt att använda en konsult i upphandlingen om det kan anses att konsulten inte fått en otillbörlig konkurrensfördel i tidigare led".

NOU:s kommentar: Tilläggas kan som NOU också framförde i avsnittet ovan, att i de fall den upphandlande enheten bedömer att en konsult inte kan få delta i upphandling av slutprodukten eller tjänsten, bör detta klargöras redan inför den inledande upphandlingen.

I domen uppges att "Självfallet kan inte varje beröring med ett kommande projekt medföra att presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar föreligger. I detta fall har emellertid [leverantören] upprättat kontrollprogram och beskrivningar av fyllnadsarbeten samt har dessutom mer eller mindre på egen hand utarbetat den föreslagna lösningen av grumlingsproblematiken i punkt 5. I ljuset av det ovan anförda råder enligt tingsrättens uppfattning ingen tvekan om att en presumtion för otillbörliga konkurrensfördelar förelåg vid upphandlingstillfället. Detta gäller så mycket mer som anbudstiden inte var lång.

Således åvilar det [leverantören] att visa att man inte på något sätt erhållit fördelar av sitt förarbete till upphandlingen, en bevisbörda som är tung att bära. Visserligen har många av kraven i kontrollprogrammet grundats på myndighetsbud och debiteringen varit rörlig, men det är ändå så att [leverantören] deltagit i diskussioner med berörda myndigheter innan deras krav framlades och inte ens timdebitering utesluter att fördelar gives vid framräkning av anbudspris. Mot bakgrund av den mycket starka presumtion för otillbörlig konkurrensfördel som föreligger i målet, finner tingsrätten att [leverantören] inte förmått styrka att sådan fördel inte förelegat. På grund härav skall käromålet i sin helhet ogillas."

NOU:s kommentar: Att företaget inte kunde delta i upphandlingen borde ha klargjorts redan i samband med att företaget anlidades första gången för det arbete som sedan leder till att deras anbud förkastas i den aktuella upphandlingen. Av domen framkommer tvärtom att Vägverket skickade ut underlaget till bland annat den leverantör som sedan ansågs jävig. För att leverantören inte skulle lägga ner tid och arbete på att ta fram ett anbud borde Vägverket åtminstone här ha klargjort för konsulten att företaget inte kunde delta såsom anbudsgivare.

I det tidigare redovisade målet i Kammarrätten i Göteborg (mål nr. 2365-1999) har kammarrätten funnit att det inte strider mot LOU att en konsult, som haft en av anbudsgivarna som klient, medverkat vid utvärderingen.

- Svea hovrätt har i dom (mål nr T 522-98) med ändring av Solna tingsrätts dom förpliktat staten (Riksskatteverket) att utge en miljon kr till en leverantör. Tiden för att överklaga domen har ännu inte löpt ut. NOU återkommer när ytterligare information finns. Rätten anger att "reglerna för offentlig upphandling innebär att den upphandlande enheten skall göra två provningar, nämligen

dels en kvalifikationsprövning och dels en anbudsprövning". Rätten går i sina domskäl igenom de olika ställda kraven och finner att det inte fanns något som kunnat diskvalificera det klagande bolaget. Enligt hovrätten talade mycket för att balans- och resultaträkningar, vilka inte kunde hittas hos den upphandlande enheten, verkligen bifogats bolagets anbud. Ifråga om kravet på leverantörens samlade kompetens anger rätten att den antagne leverantörens kompetens vida översteg den kompetens som det klagande bolaget hade. "Det som kan tillmätas betydelse i förevarande fall är dock bara den kompetens som kan ha relevans för den aktuella upphandlingen." Utredningen visade enligt hovrätten inte att bolaget inte skulle ha erforderlig kompetens. Bolaget uppfyllde därför "de krav på kvalifikationer som kan utläsas av underlaget för upphandlingen". Hovrätten anger vidare att den antagne leverantören och bolaget i fråga om flera andra krav ansågs likvärdiga eller att det "inte kommit fram någonting av betydelse för anbudsutvärderingen". Sådana faktorer som att den antagne leverantören "är ett tryggt och säkert val" ansågs ovidkommande. Enligt hovrättens mening var det därför "tydligt att en affärsmässig och även i övrigt korrekt genomförd upphandling skulle ha lett till att" det klagande bolagets anbud valts. Bolaget är därför berättigat till ersättning för liden skada vilken "i vart fall uppgått till en miljon kronor".

Miljö

Länsrätten i Örebro län har prövat en upphandling av kopiatorer genomförd av Örebro läns landsting där olika miljökrav ställts, bl.a. krav på miljömärkning typ Swanen, Blå ängeln eller likvärdig märkning. Länsrätten har förordnat att upphandlingen skall göras om. Se vidare referat ovan sid. 17.

Offentlighet och sekretess

- Kammarrätten i Stockholm har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 1543-1999) inte godkänt Stockholms läns landstings resonemang om att utlämnandet av anbud, utvärderingar och avtal skulle kunna påverka utfallet av en andra upphandlingsdel. Kammarrätten betonade i sina domskäl att det i förarbetena (prop. 1979/80:2 Del A sid. 148) angående 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen sägs att det finns ett betydande intresse av insyn i myndigheternas handläggning av de ärenden som regleras i lagrummet, dock att insynen inte bör sträcka sig så långt att det allmänna därigenom lider ekonomisk skada. Kammarrätten anför vidare att "sådana allmänt hållna uttalanden om skaderisken utgör – – – inte tillräcklig grund för att anta att ett utlämnande av de begärda handlingarna skulle medföra ekonomisk skada för färdtjänsten." Sekretess gällde därför inte på grundval av 6 kap. 2 § sekretesslagen. Kammarrätten (som självmant prövade även om sekretess kunde råda för enskilda affärs- eller driftförhållanden på grund av 8 kap. 10 § sekretesslagen) fann att handlingarna skulle lämnas ut.

Övrigt

Yttrande över betänkandet Invandrare som företagare

NOU har efter beslut vid nämndsammanträde lämnat ett yttrande (dnr 1999/0111-22) över betänkandet Invandrare som företagare (SOU 1999:49). Yttrandet finns på NOU:s hemsida.

NOU:s mässdeltagande

NOU deltog som utställare på mässan "Elektroniska affärer" i Sollentuna den 6-7 oktober. Mässan presenterade olika möjligheter till elektronisk kommunikation mellan affärspartners. NOU svarade på frågor om upphandling och elektronisk handel. NOU:s monter hade ett hundratal besökare varav flera passade på att registrera sig som e-postprenumeranter på NOU:s hemsida.

NOU har även deltagit som utställare på Ekonomistyrningsverkets mässa "ESV-dagarna" i Stockholm den 29-30 september. NOU fanns representerat på Myndighetstorget där ett antal statliga myndigheter presenterade sin verksamhet.

Nytt på NOU:s hemsida (www.nou.se)

Nya rapporter

NOU:s skrift Vägledning till 6 kap. LOU går nu att beställa från Fritzes direkt från NOU:s hemsida till en kostnad av 150 kr exklusive moms. Som angivits i missivet till nyhetsbrevet så finns det två nya rapporter inlagda på hemsidan.

"Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling" grundas på en omfattande undersökning av främst rättsfall, tidningsartiklar och klagomålsärenden till NOU. Rapporten redovisar bl.a. de vanligaste felen vid upphandling.

"Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater" är en jämförande studie mellan EU:s medlemsstaters införlivning och tillämpning av rättsmedelsdirektivens regler om skadestånd.

E-postprenumeration

NOU:s hemsida innehåller numera en möjlighet för besökare att registrera sig som e-postprenumerant. Tjänsten är kostnadsfri och innebär att den som registrerat sig får ett e-postmeddelande varje gång sidan tillförs en rapport, ärende, *NOU info* m.m. Välkommen att registrera Dig som prenumerant!

Enkät om konferens angående offentlig upphandling

NOU avser att arrangera en endagskonferens om offentlig upphandling under våren 2000. För att få en uppfattning om lämpliga ämnen och nivån för dessa har NOU utformat en enkät som kan nås från NOU:s hemsida. Den går att fylla i direkt på skärmen och skicka elektroniskt till NOU. Ytterligare information om konferensen lämnas i *NOU info december -99*.