

December 4 -04 Dnr 2004/0086-21

NOU:s nyhetsbrev december 2004

Här kommer ett lite kortare nyhetsbrev än vanligt. Vi spar oss lite tills det nya lagförslaget lagts fram i januari. Dessutom flyttar vi vid jul och vill genast be om ursäkt för att NOU:s service och verksamhet kan halta en hel del runt helgerna. Vi behåller våra telefonnummer och vår e-postadress, men post- och besöksadressen ändras fr.o.m. den 29 dec. till Vasagatan 44, 111 20 Stockholm.

Vi har fått oss en tankeställare. Och det borde en del upphandlande enheter också ha fått. Nyhetsbrevet når uppenbarligen inte längre än att Europeiska Kommissionen har behövt rikta allvarlig kritik (en s.k. formell underrättelse) mot Sverige beträffande flera upphandlande enheter i en fråga som vi behandlade i *NOU info mars -04*. Frågan gäller hänvisning till visst varumärke, i detta fall processorer i datorer. Läs mera i det här nyhetsbrevet.

Nu är ju det här inte precis rätt plats att klaga på att flera upphandlande enheter inte bevakar nyhetsbrevet eller inte vidareförmedlar innehållet till dem det berör ute i organisationen. Men jag hoppas att varje upphandlande enhet som tar del av detta nyhetsbrev ser till att *systematiskt* bevaka samtliga nyhetsbrev (fyra per år) eftersom dessa är NOU:s viktigaste medel för att nå ut med väsentlig information till alla tillsynsobjekt. De upphandlande enheterna är antalsmässigt så många att det beklagligtvis inte går att ha närmare kontakt med alla. Förespråkarna för ytterligare rättsmedel på upphandlingsområdet får allt tyngre argument, om många väljer att ignorera tillsynsmyndighetens uttalanden.

Till alla trogna *NOU info*-läsare vill vi på NOU-kansliet skicka en riktigt varm God Jul-hälsning och önska ett Gott Nytt Upphandlingsår!

Margareta Hentze

Innehåll

| | |
|---|----|
| Upphandlande enhet | 3 |
| Fråga om Elmia AB är en upphandlande enhet..... | 3 |
| Tillämpning av LOU..... | 4 |
| Förhållandet mellan bidrag och upphandling – LOU:s tillämplighet vid bostadsanpassningsärenden..... | 4 |
| Upphandlingsförfaranden | 5 |
| Beräkning av kontraktets värde vid upphandling av resebyråttjänster | 5 |
| Förfrågningsunderlaget | 6 |
| Oförutsägbart förfrågningsunderlag..... | 6 |
| Formell underrättelse från Kommissionen om upphandling av datorer | 7 |
| Annonsering..... | 7 |
| Underlåtelse av annonsering vid formgivningstävling..... | 7 |
| Efterannonsering av avbruten upphandling..... | 10 |
| Anbudsprövning | 10 |
| Utvärderingsmodeller | 10 |
| Avtal | 10 |
| Revidering av ALOS 81..... | 10 |
| Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt..... | 11 |
| Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt | 11 |
| Elektronisk upphandling | 11 |
| Försörjningssektorerna | 11 |
| Transportsektorn i det nya EG-direktivet..... | 11 |
| Förändring av regelverket..... | 12 |
| Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling..... | 12 |
| Statistik | 13 |
| Övrigt..... | 15 |
| Vanliga frågor och svar på NOU:s webbplats..... | 15 |
| Nu går flyttlasset!..... | 15 |

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: 287 kronor exkl. moms

NOU info finns också på NOU:s webbplats

Det är tillåtet att kopiera innehållet i *NOU info*
Glöm inte att ange källan, t.ex. "*NOU info* december -04"

Upphandlande enhet

Fråga om Elmia AB är en upphandlande enhet

NOU har vid nämndsammanträde den 18 november 2004 i ett yttrande (dnr 2004/0106-26) tagit ställning till huruvida det kommunala mäss-, utställnings- och konferensbolaget Elmia AB i Jönköping är en upphandlande enhet.

Förhållandena kring Elmias verksamhet påminner mycket om omständigheterna i en dom från EG-domstolen (mål C-223/99 och C-260/99 *Agorà*). Domen har refererats i *NOU info* juni 2001. I domen tog EG-domstolen ställning till huruvida ett bolag (Ente Fiera), som hade till syfte att bedriva och understödja verksamhet avseende anordnande av mässor, utställningar och kongressverksamhet, var en upphandlande enhet. Huvudfrågan i målet var om Ente Fiera tillgodosåg allmännyttiga behov som var av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen ansåg i domen att en organisation, som själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet, som har till syfte att bedriva verksamhet som avser arrangemang av mässor, utställningar och andra liknande initiativ, som saknar vinstsyfte, men som skall drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund, och som bedriver verksamhet på ett konkurrensutsatt område inte är en upphandlande enhet.

NOU konstaterade i sitt yttrande att Elmias verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen utförs mot vederlag från Elmias kunder, och att sådan verksamhet, som EG-domstolen påpekat, tillgodoser behov av kommersiell karaktär hos å ena sidan utställare, vilka ges möjlighet att marknadsföra de varor eller tjänster som de ställer ut, å andra sidan besökare som önskar skaffa sig information i syfte att eventuellt göra inköp.

NOU konstaterade vidare att Elmia, som till 82 % ägs av Jönköpings kommun, enligt kommunallagen inte får bedriva sin verksamhet med det huvudsakliga syftet att lämna vinst till ägarna. Elmias ägare har beslutat att bolaget skall drivas på ett sätt som vårdar insatt kapital och ger skälig avkastning med hänsyn till de risker som verksamheten innebär. Även om Elmia således inte kan ha som huvudsyfte att gå med vinst får bolaget, mot bakgrund av de ägardirektiv som givits, enligt NOU:s mening anses drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. NOU ansåg också att det faktum att Elmia bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad med många olika aktörer borde beaktas vid bedömningen av bolaget.

NOU ansåg mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade rättspraxis att Elmia inte är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU, dock under förutsättning att Elmia verkligen själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet och i praktiken inte, vid en eventuell ekonomisk förlust eller vid hot om konkurs, kommer att erhålla ekonomiskt stöd från ägarna.

Hela yttrandet kan läsas på NOU:s webbplats www.nou.se.

Tillämpning av LOU

Förhållandet mellan bidrag och upphandling – LOU:s tillämplighet vid bostadsanpassningsärenden

NOU har på senare tid fått flera frågor om huruvida LOU är tillämplig i ärenden om bostadsanpassning enligt lagen (1992:1574) om bostadsanpassningsbidrag m.m. NOU har därför i ett ärende, som föranletts av en skrivelse från Norrköpings kommun, utrett frågan.

Av yttrandet framgår i huvudsak följande. Lagen om bostadsanpassningsbidrag m.m. har enligt lagens 1 § till ändamål att genom bidrag till anpassning av bostäder ge personer med funktionshinder möjlighet till ett självständigt liv i eget boende. Kommunerna svarar enligt 2 § för att bidrag lämnas till anpassning och återställning av bostäder enligt bestämmelserna i lagen. Av 4 § framgår bl.a. att bostadsanpassningsbidrag lämnas till enskild person som äger en bostad för permanent bruk eller som innehar en sådan bostad med hyres- eller bostadsrätt.

Av de handlingar som NOU tagit del av framgår att praxis i ärenden om bostadsanpassning varierar från kommun till kommun. Som exempel nämns bl.a. att det förekommer att kommuner i eget namn ingår avtal med entreprenören för den funktionshindrades räkning, att kommuner uppträder som ombud med fullmakt, att kommuner tecknar ramavtal med entreprenörer vilket ibland innebär att kommunen faktureras för anpassningsåtgärderna, samt att kommuner genom direktupphandling anlitar vissa entreprenörer regelbundet.

Av såväl lagen om bostadsanpassningsbidrag m.m. som dess förarbeten¹ framgår att det är den enskilde funktionshindrade som är berättigad till bidrag för anpassning av den egna bostaden. Det framgår också att de anpassningar som skall utföras endast kommer den enskilde funktionshindrade, i egenskap av innehavare till bostaden, tillgodo. Kommunens roll inskränker sig enligt lagen till att lämna bidrag till täckande av den enskildes kostnader för bostadsanpassningen. Lagstiftaren synes ha förutsatt att den enskilde funktionshindrade själv skall svara för anlitan av entreprenörer för utförande av anpassningsåtgärderna.

I en situation där den enskilde funktionshindrade, själv eller genom ombud, formellt sett är avtalspart i förhållande till den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna och således också är betalningsansvarig gentemot den kontrakterade entreprenören, är det enligt NOU:s mening inte fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt, trots att den funktionshindrade betalar entreprenören med bidrag som erhållits från kommunen. Detta eftersom det inte uppstår någon avtalsrelation mellan kommunen och entreprenören.

Om däremot kommunen ingår avtal med den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna, eller i händelse av den funktionshindrades insolvens garanterar betalning för de utförda arbetena, är det enligt NOU:s mening fråga om en sådan tilldelning av upphandlingskontrakt som skall föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU. I realiteten blir det då fråga om att kommunen

¹ Prop. 1992/93:58, sid. 14 ff.

fullgör sin bidragsskyldighet, inte genom utbetalning av reda pengar, utan genom överlämnande av en ”färdig entreprenad” till den funktionshindrade.

Detsamma gäller om den enskilde funktionshindrade, själv eller genom ombud, formellt sett är avtalspart i förhållande till den entreprenör som skall utföra anpassningsåtgärderna, men vid valet av entreprenör är begränsad till att välja bland entreprenörer som anvisats av kommunen, en situation som påminner om den som råder vid användning av s.k. kundvalssystem. NOU har vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 uttalat följande:

”För närvarande kan det endast sägas att graden av den upphandlande enhetens inblandning får avgöra huruvida transaktionen är att beteckna som ett ömsesidigt kontrakt med ekonomiska villkor eller någon annan form av överenskommelse. I de fall när en kommun tillhandahåller en lista på leverantörer, dvs. väljer dem som får tillhandahålla tjänsterna samt garanterar betalningen, uppstår det ett kontrakt mellan kommunen och leverantören, även om det är kommuninvånaren som väljer vilken av de anvisade leverantörerna som skall anlitas. Sådana situationer uppstår framför allt vid obligatoriska uppgifter för en kommun, såsom tillhandahållande av förskoleverksamhet eller äldreomsorg. Det finns dock fall när en kommuninvånare erhåller en check som får användas för vissa tjänster även utanför den egna hemkommunen, såsom fotvård. Sådana är närmast att beteckna som en form av individuellt bistånd till den enskilde och omfattas sannolikt inte av reglerna om offentlig upphandling. Härutöver finns andra typer av kundvalssystem i vilka kommunens ansvar för tjänstens tillhandahållande är delat eller inte lagstadgat och dessa är svårare att bedöma.”²

Upphandlingsförfaranden

Beräkning av kontraktets värde vid upphandling av resebyråtjänster

Länsrätten i Västernorrlands län har den 18 oktober 2004 meddelat dom i ett överprövningsmål (mål nr 2396-04 E) rörande Centrala studiestödsnämndens (CSN) upphandling av resebyråtjänster.

Upphandlingen hade genomförts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Den klagande leverantören hade gjort gällande att bestämmelserna i 5 kap. LOU skulle ha tillämpats eftersom det var fråga om A-tjänster och värdet av tjänsterna uppgick till ca 50 miljoner kronor, d.v.s. ett belopp som översteg det tillämpliga tröskelvärdet.

Mot detta hade CSN invänt att det var värdet av servicetjänsten som skulle beaktas vid val av upphandlingsform, inte värdet av de merkostnadslån CSN betalar ut till studenter för täckande av reskostnader. Den ifrågavarande tjänsten var således inte värd 50 miljoner kronor, utan värdet utgjordes endast av den intäkt som resebyrån skulle få in genom att förmedla ca: 6 000 resor per år. Intäkten från de studerande beräknades då utifrån att de studerande idag betalar 50 kronor vid bokning via

² NOU:s remissyttrande över EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (dnr 2004/0143-22).

Internet och att anbudsgivarnas avgifter inte skulle överstiga denna summa med mer än 50 %.

Länsrätten uttalade bl.a. följande. ”Av utredningen i målet framgår att CSN för enskilda studenters räkning köper utlandsresor för uppemot 50 miljoner kronor. Den aktuella upphandlingen avser dock formellt inte dessa resor utan endast ’resebyråttjänster’ för uppemot 12 000 studenter per år i två år. Värdet av upphandlingen är svårt att beräkna, eftersom resebyrån dels kan ta ut en avgift för förmedlingen, dels kan få bonus av okänd storlek från de enskilda resebolagen. Nuvarande avtal ger resebyrån 50 kronor per bokning jämte bonus.

Bonusmöjligheterna är tydligen så stora att två anbudsgivare i sina anbud helt avstått från att ta ut avgift för förmedlingen.” Mot denna bakgrund framstod det enligt länsrätten inte som orimligt att beräkna värdet av upphandlingen av resebyråttjänster högre än 130 000 sdr (det aktuella tröskelvärdet för statliga myndigheter, vilket uttryckt i kronor uppgår till 1 421 000 kronor. *NOU:s anmärkning*).

Förutom upphandlingen av resebyråttjänster fann länsrätten att den aktuella upphandlingen i praktiken även innefattade upphandling av de resor som studenterna väljer att köpa genom CSN:s och resebyråns förmedling. Länsrätten uttalade att ”[v]ärdet av denna sammantagna upphandling överstiger med marginal tröskelvärdet. Något godtagbart skäl att dela upp upphandlingen i en särskild del som avser resebyråttjänster har inte framkommit. Den omständigheten att resebyråttjänsten helt eller delvis finansieras genom någon form av andel i priset för resorna tyder tvärtom på att en sådan uppdelning av upphandlingen är helt felaktig. Upphandlingen rör ostridigt sådana tjänster som avses i 5 kap. LOU och enligt länsrättens mening är värdet av upphandlingen högre än tröskelvärdet. Vid sådant förhållande får förenklad upphandling inte användas.”

Länsrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Förfrågningsunderlaget

Oförutsägbart förfrågningsunderlag

Kammarrätten i Göteborg har den 10 november meddelat dom i ett mål (mål nr 4210-04) avseende en upphandling av reserelaterade tjänster som genomförts av Lunds Universitet och Malmö Högskola.

Leverantören anförde bl.a. att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att priset skulle utvärderas enligt ett på förhand angivet intervall eller att priset skulle utvärderas enligt en annan utvärderingsmodell än övriga kriterier.

Kammarrätten fann att den utvärderingsmetod som tillämpats beträffande kriteriet ”Arvode/ersättning” innebar att kriteriet i praktiken inte fått den viktning som angivits i förfrågningsunderlaget. Enligt Kammarrätten skulle detta kunna ha varit godtagbart om det i förfrågningsunderlaget angivits hur poängsättningen skulle gå till. Förutsättningarna för utvärderingen, såsom den faktiskt utförts, skulle ha funnits med i förfrågningsunderlaget. Vidare konstaterade Kammarrätten att förfrågningsunderlaget brustit i förutsägbarhet på ett sätt som avgjort skiljer sig i

förhållande till de omständigheter Regeringsrätten hade att ta ställning till i RÅ 2002 ref. 50 (Migrationsverket).

Kammarrätten förordnade att upphandlingen skall göras om. Domen har vunnit laga kraft.

Formell underrättelse från Kommissionen om upphandling av datorer

NOU påminde i *NOU info* mars -04, sid. 10 om att krav som ställs i upphandlingar skall beskrivas i så neutrala termer som möjligt. Därmed avsågs att hänvisning inte får göras till särskilda processer eller varumärken så att leverantörer gynnas eller missgynnas.

Skrivningen gjordes med anledning av ett klagomål från Kommissionen angående datorupphandling som genomfördes av Luleå kommun i vilken hänvisning gjordes till "Intel Pentium IV". Trots informationen i *NOU info* har Kommissionen funnit anledning att rikta kritik mot fyra upphandlande enheter angående de krav som uppställts vid upphandling av processorer. Av Kommissionens klagomål framgår att en av de aktuella upphandlingarna har ett värde över tröskelvärdet för upphandling av varor och därför strider mot artikel 8.6 i direktiv 93/36/EEG. Övriga tre upphandlingar har ett värde under tröskelvärdet. Kommissionen anser att dessa strider mot EG-rättens principer och mot förbudet av kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i artikel 28 i EG-fördraget. Kraven som uppställts i upphandlingarna var i tre fall hänvisningar till processorer av ett särskilt fabrikat. I en av upphandlingarna var det frågan om en hänvisning till en processorhastighet (clock-rate) på minst 2 GHz. I klagomålet påpekar Kommissionen att det klagande företaget till den uppgett att datortillverkarna är eniga om att en mikroprocessors prestanda bör bedömas med hänsyn både till processorhastigheten och till det antal instruktioner per klockcykel (IPC) som processorn kan utföra.

Kommissionen uppger också i sitt klagomål att den uppskattar de svenska myndigheternas ansträngningar, varmed sannolikt avses NOU:s rekommendation i *NOU info* mars -04, men menar att det är uppenbart att de åtgärder som vidtagits inte satt stopp för vanan att hänvisa till varumärken i de tekniska specifikationerna vid offentlig upphandling av datorer. NOU vill därför påminna alla upphandlande enheter om vikten av att de krav som ställs vid upphandlingar formuleras på ett sätt som medför att diskriminering undviks. Så som regeln är uttryckt i 1 kap 16 § LOU får hänvisning till en viss vara eller ett visst fabrikat endast göras om den upphandlande enheten "inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och beskrivligt". Det är således enbart i undantagssituationer som sådana hänvisningar kan göras.

Annonsering

Underlåtelse av annonsering vid formgivningstävling

EG-domstolen har den 14 oktober meddelat dom i ett mål (C-340/02) mellan Europeiska kommissionen och Frankrike. Kommissionen har väckt talan om

fastställelse av att Frankrike underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet). Kommissionen anser att felet bestod i att Communauté urbaine du Mans (CUM), bl.a. med motivering att kontraktet följer på en formgivningstävling, tilldelat ett kontrakt utan att annonsera upphandlingen i EGT³.

CUM avsåg att genomföra ombyggnad av ett reningsverk. För ombyggnaden hade en arbetsplan med tre etapper lagts fram:

Första etappen: genomförbarhetsbedömning av en metod för behandling av vatten.

Andra etappen: kontrakt för undersökningar som avsåg

- 1) att bistå entreprenören i utarbetandet av den tekniska detaljplanen på grundval av den lösning som valts ut i den första etappen,
- 2) utarbetande av en konsekvensstudie som analyserar projektets inverkan på miljön, och
- 3) bistå entreprenören vid utvärderingen av de anbud som lämnas in inom ramen för den upphandling som avsåg den tredje etappen.

Tredje etappen: arbetets uppläggning och genomförande.

Två annonser publicerades i EGT. Den första rörde en anbudsinfordran till en idéävling (formgivningstävling) avseende den genomförbarhetsbedömning som var tänkt att utgöra den första etappen. I annonsen angavs att den tävlande vars förslag valdes ut för första etappen även kunde komma att bli erbjuden att medverka vid genomförandet av idén inom ramen för den andra etappen.

Den andra annonsen avsåg den tredje etappen.

I sin ansökan till EG-domstolen anförde Kommissionen att kontraktet för att bistå entreprenören i den andra etappen handlade om andra tjänster än de som omfattades av den idéävling som utlystes i den första annonsen. Följaktligen borde nämnda kontrakt ha varit föremål för en separat annonsering och upphandling. Det hade dock inte skett, utan kontraktet tilldelades vinnaren av idéävlingen i den första etappen.

Kommissionen hävdade även att det inte var relevant att det i den första annonsen uppgavs att vinnaren i idéävlingen kunde komma att bli erbjuden att medverka med att bistå entreprenören inom ramen för den andra etappen. Kommissionen menade nämligen att en sådan uppgift inte medförde att den upphandlande myndigheten kunde undandra sig sina skyldigheter att genomföra en separat upphandling för den andra etappen.

Kommissionen tillade att principen om likabehandling av anbudsgivare medför krav på att föremålet för kontraktet är klart definierat och inte kan utvidgas under upphandlingens gång. Principen medför även att kriterierna för tilldelning av ett kontrakt skall vara klart bestämda. I detta fall kunde dock vinnaren av tävlingen inte kräva eller ens vara säker på att få utföra andra tjänster inom ramen för den andra etappen. Inte heller hade några kriterier för tilldelningen av andra etappens kontrakt angetts.

³ Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) är det tidigare namnet på Europeiska unionens officiella tidning (EUT) i vilken alla offentliga upphandlingar som överstiger vissa tröskelvärden skall publiceras.

I sitt svaromål gjorde den franska regeringen för det första gällande att formuleringarna i den första annonsen inte lämnade några tvivel om CUM:s vilja att förbehålla sig möjligheten att tilldela vinnaren i idétävlingen ett kontrakt avseende den andra etappen. Följaktligen kunde det kontraktet tilldelas vinnaren i idétävlingen utan att någon ny annonsering och upphandling genomfördes. För det andra hävdade den franska regeringen att artikel 11.3 c i direktivet⁴, där det står att kontrakt får tilldelas genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering bl.a. "[d]å kontraktet i fråga följer på en formgivningstävling och enligt tillämpliga regler skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av denna tävlan. ...", i detta fall medger ett undantag från kravet att annonsera upphandlingen.

EG-domstolen underkände det första argumentet Frankrike gjorde gällande, nämligen undantaget från skyldigheten att annonsera före tecknandet av det andra kontraktet. Principen om likabehandling av de olika leverantörerna och principen om öppenhet medför krav på att föremålet för varje kontrakt, liksom kriterierna för tilldelning av kontrakten, är klart definierade.

Avseende den franska regeringens åberopande av artikel 11.3 c i direktivet påtalade EG-domstolen att denna bestämmelse är ett undantag från en grundläggande regel i fördraget och därför skall tolkas restriktivt. Det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har *bevisbördan* för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.

I det aktuella fallet ansåg EG-domstolen att en del av de tjänster som avsåg den andra etappen inte inbegreps i begreppet formgivningstävling enligt direktivet. I artikel 1 g definieras begreppet som "ett planerings- eller projekteringsunderlag". Även om punkt 1 i den andra etappen eventuellt skulle kunna betraktas som ett planerings- eller projekteringsunderlag, ansåg EG-domstolen att det uppenbart inte var fallet med punkt 3, att bistå entreprenören i utvärderingen av anbud.

EG-domstolen ansåg vidare att villkoren för att tillämpa *undantaget i artikel 11.3 c* inte är uppfyllda i det här fallet. Det framgår nämligen tydligt av bestämmelsens ordalydelse att ett undantag från kravet på annonsering *endast är möjligt då det berörda kontraktet följer på en formgivningstävling*. Kontraktet måste då tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen. Uttrycket "följer på en formgivningstävling" betyder att *det måste finnas en direkt funktionell koppling mellan tävlingen och det berörda kontraktet*. I den mån tävlingen i fråga avsåg den första etappen och organiserades i syfte att tilldela kontraktet för denna etapp, kan inte kontraktet för den andra etappen anses följa på den tävlingen.

I den första annonsen talas dessutom endast om möjligheten, inte om skyldigheten, att anförtro den andra etappen åt vinnaren i tävlingen avseende den första etappen. Följaktligen kan det inte påstås att kontraktet för den andra etappen skulle tilldelas vinnaren av formgivningstävlingen.

Avslutningsvis konstaterade EG-domstolen att Republiken Frankrike hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet. I synnerhet var det artikel 15.2, som anger att annonsering skall ske, som inte uppfyllts. CUM hade tilldelat ett kontrakt

⁴ Motsvarande bestämmelse återfinns i 5 kap. 33 § LOU

för undersökning, som avsåg att bistå entreprenören avseende reningsverket, utan att ha annonserat upphandlingen i EGT.

Efterannonsering av avbruten upphandling

NOU får återkommande frågor om, och i så fall hur, avbrutna upphandlingar skall efterannonseras. Enligt 1 kap. 29 § LOU skall en upphandlande enhet som vid upphandlingar enligt i reglerna i 2, 3 eller 5 kap beslutar att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen underrätta Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer om sitt beslut, dvs. efterannonsera upphandlingen. Det finns dock inga särskilda blanketter för ändamålet, utan blanketten för meddelande om tilldelning av kontrakt skall användas. Uppgift om avbrytande av upphandling kan lämnas under blankettens rubrik "Övrig information".

Av paragrafen framgår även att den upphandlande enheten på begäran skall lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

Anbudsprövning

Utvärderingsmodeller

I en forskningsrapport som tagits fram på uppdrag av Konkurrensverket görs det gällande att en "anbudsgivare som inte vill vinna en upphandling ändå kan påverka upphandlingens resultat". Rapportens författare vänder sig mot utvärderingsmodeller där upphandlare sätter poäng på olika faktorer, till exempel kvalitet och leveransvillkor, och denna poäng sedan sätts i relation till priset, när det skall avgöras vilken anbudsgivare som skall tilldelas kontraktet. Resultatet kan enligt författarna bli, att anbudsgivare som inte har för avsikt att vinna upphandlingen ändå kan komma att påverka utfallet genom att lägga strategiska anbud och därmed påverka den värdering av anbudet som upphandlaren gör. "Den som vinner en upphandling kan alltså göra det på grund av att konkurrenter har lagt konstiga eller manipulerade anbud".

Författarna pekar bland annat på möjligheten att värdera kvalitet i termer av kronor och ören i stället för den poängsättning som är vanlig. Rapporten finns att läsa på Konkurrensverkets webbplats.

NOU vill gärna tillägga att utvärderingar bör göras mot kriterierna i förfrågningsunderlaget och inte i förhållande till andra leverantörers anbud.

Avtal

Revidering av ALOS 81

Leveransbestämmelserna ALOS 81 är som NOU informerade om i *NOU info juni – 04* sid. 8 föremål för uppdatering och arbetet beräknas bli slutfört under innevarande år och skickas ut på remiss i början av 2005. De nya bestämmelserna förväntas vara klara under våren 2005.

Sociala hänsyn inklusive arbetsrätt

Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

NOU vill, bl. a. med anledning av att flera olika antidiskrimineringsklausuler börjat användas, påminna om det exempel på klausul som NOU utarbetat och de motiv som legat bakom dessa. NOU:s exempel har utarbetats på uppdrag av regeringen och får anses hålla sig inom den ram som finns enligt LOU och gemenskapsrätten. Klausulen finns i sin helhet på NOU:s webbplats under rubriken rapporter. NOU väntar ett ytterligare regeringsuppdrag inom kort om användningen av antidiskrimineringsklausuler.

Elektronisk upphandling

NOU och Statskontoret har deltagit i Europeiska kommissionens arbetsgrupp för elektronisk handel. Gruppen arbete stötte dock på vissa svårigheter med att samordna de olika medlemsstaternas lösningar på flera områden, bl.a. kring elektroniska signaturer och elektroniska kataloger. Europeiska kommissionen förbereder nu en handlingsplan kring elektronisk handel i syfte att undanröja olika handelshinder och förenkla elektronisk handel inom och mellan medlemsstaterna. Arbetsgruppens uppdrag har förlängts med ytterligare två år.

Försörjningssektorerna

Transportsektorn i det nya EG-direktivet

På förekommen anledning vill NOU kommentera den ändring som gjorts i det nyligen antagna EG-direktivet om försörjningssektorerna vad avser transportsektorn.

I EG-direktivet 93/38/EEG om upphandling inom försörjningssektorerna, stadgas i artikel 2, § 2, p. c) att ”Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten” är en sådan sektor som skall omfattas av reglerna om upphandling för försörjningssektorerna. I det nya direktivet, 2004/17/EG återfinns motsvarande bestämmelse, men med tillägget att även tillhandahållande av ett sådant nät skall vara en sådan verksamhet som omfattas av försörjningsdirektivet.

Anledningen till tillägget är *inte* att EG avsett att införa någon ny bestämmelse. Tillägget beror helt enkelt på att EG vid tillkomsten av direktiv 93/38/EEG genom ett förbiseende missade att införa orden ”tillhandahållande eller” (Jmf t.ex. med motsvarande paragraf för energi, vatten m.m. Både tillhandahållande och drift av nät omfattas såväl i det gamla som i det nya direktivet, se artikel 2, § 2, p. a) i direktiv 93/38/EEG och motsvarande artikel 4, § 1 p. a) i direktiv 2004/17/EG).

NOU har fått indikationer på att vissa upphandlande enheter inom transportsektorn har uppfattat ändringen på så sätt, att de upphandlande enheter som endast upphandlar transporttjänster utan att själva tillhandahålla sådana, efter införlivandet av de nya reglerna skulle kunna upphandla tjänsterna enligt reglerna i försörjningssektorerna. Detta är en felaktig tolkning. NOU hänvisar här till det som

uttalats i nämndens yttrande över utredningen ”Kollektivtrafik med människan i centrum”, SOU 2003:67⁵:

”NOU vill här börja med att påpeka att det framgår av EG-domstolen i mål C-513/99 mellan Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne⁶, att en upphandlande enhet, vilken inte själv bedriver busstrafik på linjer, utan endast är ansvarig för att sådan tillhandahålls, skall tillämpa reglerna i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) vid upphandling av sådan kollektivtrafik. Det innebär, för motsvarande svenska förhållanden, att upphandling av kollektivtrafik, i flertalet fall, skall ske enligt 5 kap. LOU. Endast upphandlande enheter som i egen regi bedriver kollektivtrafik kan tillämpa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling av ytterligare kollektivtrafik.”

Reglerna för upphandling inom försörjningssektorerna inriktar sig på den organisation som i praktiken sköter de verksamheter som omfattas, dvs. den som köper däcken till bussarna eller uniformerna till busschaufförerna. Det nya tillägget ”tillhandahållande av nät” är även det inriktat på den organisation som i praktiken tillhandahåller nätet, oavsett om det är en järnvägsräls eller en busskur som avses. Den faktiska skillnaden från nu gällande regler är således att enligt direktiv 2004/17/EG kan även de som i praktiken köper varor, tjänster och byggtreprenader för att kunna tillhandahålla *ett nät* inom transportsektorn, utföra dessa inköp enligt reglerna för försörjningssektorerna. De som själva faktiskt varken bedriver nät- eller transporttjänster skall även fortsättningsvis upphandla varor, tjänster och byggtreprenader enligt reglerna för den klassiska sektorn.

Förändring av regelverket

Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling

NOU har vid nämndsammanträdet den 21 oktober 2004 avgivit remissyttrande över departementspromemorian Samordnad upphandling. I promemorian, som utarbetats av Finansdepartementet, presenteras ett förslag till delegationslag som skall möjliggöra för kommuner och landsting att träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar i en upphandling fatta tilldelningsbeslut, underteckna upphandlingskontrakt eller på annat sätt avsluta upphandlingen.

Av NOU:s remissyttrande framgår bl.a. följande. NOU anser att samordnad upphandling kan innebära fördelar av såväl administrativ som ekonomisk karaktär. NOU:s grundläggande inställning är därför att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. En alltför långtgående samordning riskerar dock att leda till det motsatta resultatet.

Bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU ger upphandlande enheter mycket små möjligheter att vid valet av leverantör ta hänsyn till den framtida konkurrenssituationen på den aktuella varu- eller tjänstemarknaden. NOU ansåg därför i yttrandet att sådana överväganden istället bör utgöra en naturlig del av de

⁵ NOU:s dnr 2003/0282-22

⁶ REG 2002, sid. I-7213. Se särskilt p. 40-42.

upphandlande enheternas utarbetande av en upphandlingsstrategi, främst vid fastställandet av eventuella behov av samordning, samt vid utformningen av de avtal som skall upphandlas. NOU fann det även angeläget att i det sammanhanget uppmärksamma att artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn innehåller ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

NOU ansåg vidare att det i och för sig tungt vägande behovet av att kunna genomföra samordnad upphandling inte får överordnas upphandlingsdirektivets grundläggande syfte, d.v.s. att åstadkomma en väl fungerande inre marknad med effektiv konkurrens. De upphandlande enheterna bör vid all upphandling agera på ett sådant sätt att konkurrensen inte förhindras, begränsas eller snedvrids. Det är viktigt att de upphandlande enheterna inte, på bekostnad av intresset av en väl fungerande marknad, alltför mycket fokuserar på de administrativa fördelarna med samordnad upphandling.

Mot bakgrund av att det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av de samhällsekonomiska konsekvenserna av samordnad upphandling, ansåg NOU i sitt yttrande att effekterna av den i promemorian föreslagna lagen, borde utvärderas fyra till fem år efter ikraftträdandet.

NOU konstaterade att promemorian inte nämner någonting om ansvaret för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen. En sådan uppföljning är enligt NOU:s mening nödvändig för att de delegerande kommunerna och landstingen skall kunna ta ställning till hur den upphandlande enhet som genomfört upphandlingen utfört sitt uppdrag och om den inför kommande upphandlingar bör ges förnyat förtroende eller om en annan upphandlande enhet bör anlitas eller om kommunen eller landstinget istället själv bör genomföra upphandling.

NOU ansåg det därför angeläget att det uppmärksammas vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, samt hur denna uppföljning skall genomföras.

Därutöver fann NOU det även angeläget att göra vissa påpekanden rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag, bl.a. att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som, att döma av promemorian i övrigt, avsetts.

Statistik

Den svenska upphandlingsstatistiken för år 2003 är nu sammanställd och överlämnad till Europeiska kommissionen. Statistiken inkluderar samtliga upphandlingar som genomförts inom försörjningssektorerna och av statliga myndigheter. För kommuner och landsting ingår däremot endast upphandlingar som överstiger tröskelvärdena i statistiken.

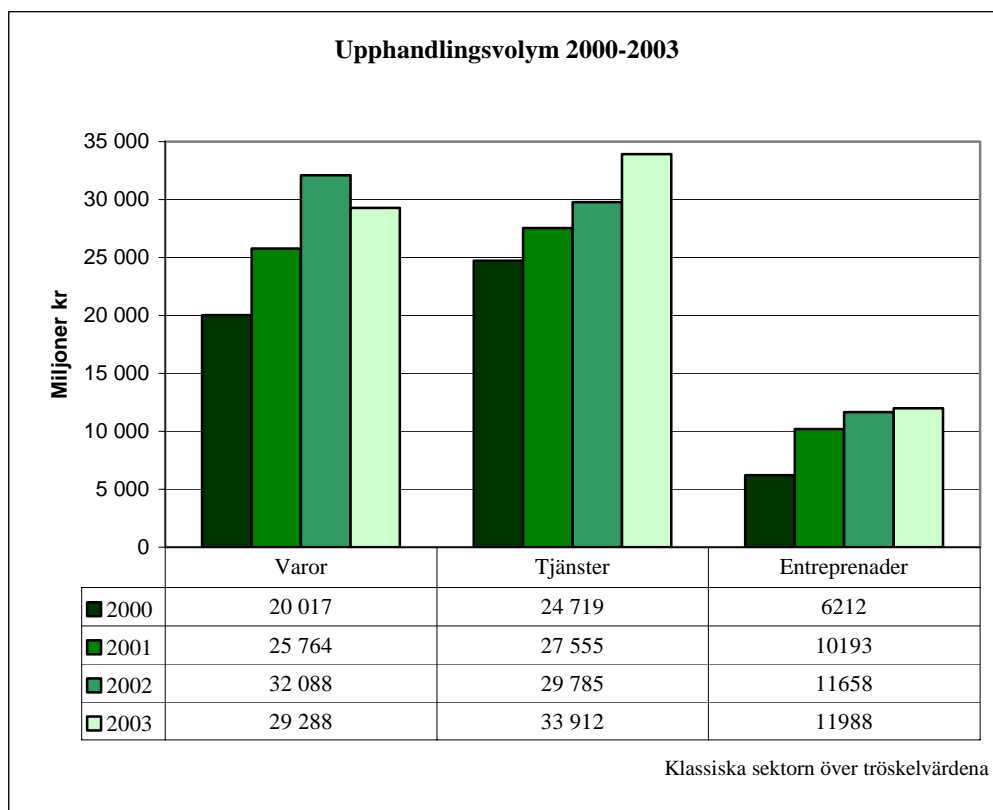
NOU tvingas återigen konstatera att efterannonseringen, som är den huvudsakliga källan för statistiken, varit mycket bristfällig. Europeiska kommissionen som redan tidigare påtalat bristerna i efterannonseringen, har som en följd av att någon förbättring inte skett beslutat att inrätta en arbetsgrupp med representanter från EU:s medlemsländer för att få till stånd en förbättring.

NOU rekommenderar de upphandlande enheter, som genomför upphandling över tröskelvärdena, att ta med efterannonseringen i sina rutinbeskrivningar/upphandlingssystem.

De uppgifter som redovisas nedan skall bl.a. till följd av bristerna i efterannonseringen tolkas försiktigt.

Klassiska sektorn över tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)

| | Varor | | Tjänster | | Entreprenader | | Totalt | |
|---------------|--------------|---------------|-------------|---------------|---------------|---------------|--------------|---------------|
| | Antal | Värde | Antal | Värde | Antal | Värde | Antal | Värde |
| Kommuner | 489 | 12 863 | 705 | 15 342 | 103 | 2 881 | 1 297 | 31 086 |
| Landsting | 385 | 9 605 | 161 | 8 836 | 8 | 896 | 554 | 19 337 |
| Staten | 193 | 3 291 | 442 | 6 559 | 58 | 4 010 | 693 | 13 860 |
| Övriga | 102 | 3 529 | 216 | 3 175 | 78 | 4 201 | 396 | 10 905 |
| Totalt | 1 169 | 29 288 | 1524 | 33 912 | 247 | 11 988 | 2 940 | 75 188 |



Försörjningssektorerna över tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)

| Varor | | Tjänster | | Entreprenader | | Totalt | |
|-------|-------|----------|-------|---------------|-------|------------|--------------|
| Antal | Antal | Värde | Antal | Värde | Antal | Antal | Värde |
| 119 | 1 980 | 146 | 6137 | 95 | 4979 | 360 | 13096 |

Försörjningssektorerna under tröskelvärdena: 15 277 miljoner kronor

Statliga myndigheter under tröskelvärdena 2003 (miljoner kronor)

| Varor | Tjänster | Entreprenader | Totalt |
|-------|----------|---------------|--------|
| 4 035 | 10 555 | 7 885 | 22 475 |

Övrigt

Vanliga frågor och svar på NOU:s webbplats

NOU är medveten om att det till följd av kansliets begränsade personalresurser ofta är lång kö under NOU:s telefontid. För den som inte kommer fram via telefon eller inte har tid att vänta kan det vara en god idé att besöka sidan *Vanliga frågor* på webbplatsen www.nou.se. Där besvaras många av de frågor som ofta ställs till NOU via telefon och e-post.

Sidan har nu uppdaterats med en rad nya frågor och svar. En ny indelning i olika ämnesområden har också gjorts för att underlätta sökning. NOU:s ambition är att fortlöpande fylla på med nya frågor och svar under varje ämnesrubrik. NOU rekommenderar därför att upphandlande enheter och leverantörer gör det till en vana att regelbundet besöka sidan.

Sidan nås via knappen *Vanliga frågor* på förstasidan på NOU:s webbplats.

Har ni tips på fler frågor till sidan *Vanliga frågor* som borde ha fått sitt svar på webbplatsen så skicka gärna tipset via e-post till registrator.nou@nou.se.

Nu går flyttlasset!

Den 22 december byter vi IT-leverantör och den 29 december flyttar vi till nya lokaler på Vasagatan 44 i Stockholm. Det kan därför vara svårt att kontakta oss såväl per telefon som per e-post under perioden 22-30 december. Risken finns förstås också att allt inte fungerar perfekt direkt efter flytten. Vi ber om överseende med detta och ber att få hänvisa till webbplatsen www.nou.se som kommer att finnas tillgänglig som vanligt. På webbplatsen hittar Du också information om våra öppettider under de kommande helgerna.