



# Nya upphandlingsregler 2

*Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004*

*Stockholm 2006*



STATENS OFFENTLIGA  
UTREDNINGAR

SOU 2006:28





SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:  
Fritzes kundtjänst  
106 47 Stockholm  
Orderfax: 08-690 91 91  
Ordertel: 08-690 91 90  
E-post: [order.fritzes@nj.se](mailto:order.fritzes@nj.se)  
Internet: [www.fritzes.se](http://www.fritzes.se)

*Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen, 2003.*  
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som skall svara på remiss.  
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på  
<http://www.regeringen.se/remiss>

Tryckt av Edita Sverige AB  
Stockholm 2006

ISBN 91-38-22545-X  
ISSN 0375-250X



# Till statsrådet Sven-Erik Österberg

## Finansdepartementet

Regeringen beslutade den 7 april 2004 att tillkalla en utredning med uppdrag att lämna förslag till hur två EG-direktiv skall genomföras i svensk rätt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Regeringen beslutade den 7 april 2005 att ge utredningen tillläggsdirektiv.

Den 7 april 2004 förordnade statsrådet Bosse Ringholm f.d. regeringsrådet Leif Lindstam som särskild utredare i utredningen.

Den 5 maj 2004 förordnades som experter kanslirådet Ulrica Dyrke, departementssekreteraren Åsa Edman (entledigad fr.o.m. den 20 december 2004), jur. kand. Olof Erixon, departementssekreteraren Rickard Falkendal, kammarrättsassessorn Jimmy Järvenpää (entledigad fr.o.m. den 20 oktober 2005), chefsjuristen Jens Karlsson, kanslirådet Kerstin Krafft, departementssekreteraren Annika Löfgren, förbundsjuristen Ulf Palm, chefsjuristen Michael Slavicek, chefsjuristen Hans Sundström, förbundsjuristen Eva Sveman och chefsjuristen Hans Sylvén (entledigad fr.o.m. den 23 juni 2004). Den 13 maj 2004 förordnades som experter utredaren Mikael Halápi, chefsjuristen Dan Holke och förbundsjuristen Sussanne Lundberg. Den 19 maj 2004 förordnades som expert handläggaren Caroline Hopkins. Den 1 juni 2004 förordnades som expert avdelningsrådet Per-Arne Sundbom. Den 20 augusti 2004 förordnades som expert jur. kand. Lennart Sandebjer. Den 20 december 2004 förordnades som expert departementssekreteraren Helena Linde. Den 25 april 2005 förordnades som expert departementssekreteraren Tommy Larsson. Den 20 oktober 2005 förordnades som expert rättssakkunniga Linda Bågling.

Den 13 april 2004 förordnades numera rådmannen Birgitta Henriksson som sekreterare i utredningen (entledigad fr.o.m. den 5 februari 2006). Den 16 februari 2005 förordnades kammarrättsassessorn Margareta Palmstierna som sekreterare i utredningen.

Kanslissekreterarna Monica Berglund och Gunilla Malmqvist har vid arbetet med slutbetänkandet varit behjälpliga med textbearbetning och layout.

Utredningen har tidigare lämnat delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22).

Utredningen får härmed överlämna slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28). Till betänkandet fogas särskilda yttranden. Uppdraget är härmed slutfört.

Stockholm i mars 2006

Leif Lindstam

Birgitta Henriksson

Margareta Palmstierna

# I betänkandet använda uttryck

Det klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Den klassiska lagen	Det i delbetänkandet lämnade förslaget till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Försörjningslagen	Det i delbetänkandet lämnade förslaget till lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

# Sammanfattning

I detta slutbetänkande redovisas i enlighet med utredningens direktiv (dir. 2004:47) och tilläggsdirektiv (dir. 2005:39) utredningens överväganden beträffande

- frågan om det skall vara möjligt att vid upphandling använda konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion,
- möjligheterna att ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav vid upphandling och möjligheten av att införa en bestämmelse om att miljökrav och sociala krav bör ställas vid upphandling,
- upphandling som inte alls eller endast delvis omfattas av EG-direktivens bestämmelser,
- införandet av en preklusionsfrist för överprövning och vissa andra frågor om överprövning, och
- frågan om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya EG-direktiven.

Utredningen tar också upp frågan om införandet av möjligheten att använda inköpscentraler vid upphandling.

## **Konkurrenspräglad dialog**

Konkurrenspräglad dialog är ett förfarande som enligt det klassiska direktivet får användas vid särskilt komplicerade kontrakt. Det innefattar en möjlighet för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst skall kunna tillgodoses.

Den möjlighet som den konkurrenspräglade dialogen ger till diskussion med leverantörer innan de slutliga anbuden lämnas bör kunna bidra till att precisera den upphandlande myndighetens

behov och krav och därigenom bidra också till att förbättra upphandlingars kvalitet i fråga om särskilt komplicerade kontrakt.

Möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog kan ha betydelse också genom att göra det lättare att ställa specifika krav, vilket kan stimulera framväxten av ny teknik.

Utredningen föreslår att bestämmelser om konkurrenspräglad dialog införs i den klassiska lagen. Förfarandet bör kunna användas även vid upphandling under tröskelvärdena m.m. De föreslagna bestämmelserna har utformats i nära anslutning till direktivtexten.

En konkurrenspräglad dialog är avsedd för särskilda situationer när öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte kan användas. Utredningen bedömer att det skall vara möjligt att överpröva ett beslut om att konkurrenspräglad dialog skall användas. En upphandlande myndighet föreslås vara skyldig att underrätta berörda leverantörer om beslut att inte välja ut en leverantör för deltagande i dialogen, att utesluta en lösning och att avsluta en dialog. Sådana beslut kommer därför att kunna överprövas i anslutning till att beslutet fattats. Beslut som avser ändringar av ett slutgiltigt anbud eller ändringar i det valda anbudet kommer däremot i regel inte att kunna överprövas annat än i samband med en överprövning av tilldelningsbeslutet. Beträffande ändringar i ett valt anbud förefaller det troligt att främst skadestånd som remedium kommer i fråga.

## **Dynamiskt inköpssystem**

Ett dynamiskt inköpssystem är ett nytt upphandlingsförfarande som regleras både i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Förfarandet består av två steg. I det första steget skall systemet införas av en upphandlande myndighet/enhet, som därvid skall följa bestämmelserna om öppet förfarande. I det andra steget skall kontrakt tilldelas inom ramen för det dynamiska inköpssystemet. I båda stegen skall uteslutande elektroniska medel användas.

Användningen av elektroniska medel kan leda till effektivitetsförbättringar vid upphandling och därmed till kostnadsminskningar. Dynamiska inköpssystem kan bidra till dessa effekter och kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas.

Utredningen föreslår att möjligheten att använda dynamiska inköpssystem öppnas. Det finns enligt utredningens bedömning

inte anledning att begränsa användningen till upphandling över tröskelvärdena.

Utredningen betonar att en utveckling som innebär att priset får en stor, sannolikt dominerande, betydelse vid upphandlingar där dynamiska inköpssystem används på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas inte är önskvärd och framhåller att den kommande utvecklingen av användningen av dynamiska inköpssystem bör följas så att eventuella negativa effekter kan uppmärksammas.

Användningen av ett dynamiskt inköpssystem kan medföra två särskilda slag av beslut, beslut om att ta med en leverantör i ett dynamiskt inköpssystem och beslut om att förkasta en leverantörs preliminära anbud. Effekten av att ett preliminärt anbud förkastats är att leverantören inte tas med i systemet. Ett beslut av det första slaget torde kunna överprövas på begäran av en leverantör som inte tilldelats ett kontrakt. Ett beslut av det andra slaget bör kunna överprövas på begäran av den leverantör vars preliminära anbud förkastats.

## Elektronisk auktion

Elektroniska auktioner regleras både i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet.

En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande. En elektronisk auktion kan föregå tilldelningen av kontrakt vid användning av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, vid förnyad konkurrensutsättning då ramavtal används och när ett kontrakt skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpsystem.

Användningen av elektroniska medel kan leda till effektivitetsförbättringar vid upphandling och därmed till kostnadsminskningar. Elektroniska auktioner kan bidra till dessa effekter och kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas.

Eftersom ett av de krav som skall vara uppfyllda för att elektroniska auktioner skall få användas är att kontrakt kan tilldelas direkt med ledning av resultatet av auktionen, kommer förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna att behöva fastställas med stor noggrannhet. Ett förfarande som innefattar en elektronisk auktion kan därför innebära att en bättre kvalitet i upphandlingarna uppnås.



Vidare kräver användningen av elektroniska auktioner att de deltagande leverantörerna vid varje tidpunkt skall ha kännedom om sin plats i rangordningen, vilket kan bidra till en ökad öppenhet och därigenom minska risken för favorisering.

Utredningen finner att fördelarna med att kunna använda elektroniska auktioner överstiger nackdelarna och föreslår att möjligheten att använda elektroniska auktioner öppnas. Det finns enligt utredningens bedömning inte anledning att begränsa användningen till upphandling över tröskelvärdena.

Utredningen betonar att en utveckling som innebär att priset får en stor, sannolikt dominerande, betydelse vid upphandlingar där elektroniska auktioner används på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas inte är önskvärd och framhåller att den kommande utvecklingen av användningen av elektroniska auktioner bör följas så att eventuella negativa effekter kan uppmärksammas.

För att elektroniska auktioner skall kunna användas i praktiken krävs att deltagarna i auktionen får kunskap om vissa uppgifter som enligt sekretesslagen omfattas av sekretess. Vad en deltagare uppenbarligen måste veta för att kunna lämna ett nytt anbud är värdet av det för tillfället bästa anbudet. Enligt direktiven krävs uttryckligen att deltagarna skall ha kännedom om sin aktuella rangordning i auktionen. Utredningen lämnar förslag till de ändringar i sekretesslagen som behövs för att uppgifter av aktuellt slag skall kunna lämnas.

Utredningen bedömer att det skall vara möjligt att överpröva beslut att använda en elektronisk auktion och beslut om den matematiska formel som skall användas för att fastställa rangordningen mellan anbuden. Vidare bör en leverantör kunna begära överprövning av ett agerande från den upphandlande myndighetens/enhetens sida under auktionen som han anser vara olagligt och till skada för honom.

## Inköpscentraler

I båda de nya upphandlingsdirektiven finns bestämmelser som ger medlemsstaterna möjlighet att i sin nationella lagstiftning införa bestämmelser om inköpscentraler. Utredningen föreslog i delbetänkandet att denna möjlighet skulle utnyttjas, men pekade på att vissa frågor, bl.a. om hur en felaktig upphandling skulle kunna

angripas, krävde analyser som inte kunnat göras inom ramen för delbetänkandet.

Utredningen föreslår även i detta betänkande att möjligheten att använda inköpscentraler skall föras in i lagstiftningen.

Utredningen tolkar EG-direktiven så att en inköpscentral kan antingen anskaffa varor eller tjänster för överlåtelse till en upphandlande myndighet/enhet eller som ombud för en upphandlande myndighet/enhet anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster eller ingå ramavtal.

I det fall en inköpscentral uppträder som ombud för en upphandlande myndighet/enhet skall frågan om tröskelvärdena uppnås eller inte bedömas efter den upphandlande myndighetens/enhetens förhållanden. Det är också myndigheten/enheten och inte ombudet (inköpscentralen) som bär ansvaret gentemot leverantörskollektivet för att upphandlingen eller ingåendet av ramavtal går rätt till.

Enligt utredningens mening är det även då en inköpscentral anskaffat varor eller tjänster och överlåter dem till en upphandlande myndighet/enhet den senare som bär ansvaret för att upphandlingen gått rätt till, eftersom förvärv från en inköpscentral får ske utan iakttagande av bestämmelserna om upphandling endast om inköpscentralen har iakttagit dessa bestämmelser.

Med hänvisning till RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair-målet) anser utredningen att det, oavsett att avtal träffats om en otillåten anskaffning från en inköpscentral, kan finnas en i tiden obegränsad rätt att begära överprövning hos förvaltningsdomstol av denna anskaffning. Detta framstår som otillfredsställande, särskilt som prövningen endast undantagsvis kan leda till att upphandlingen kan rättas eller göras om. Det är i stället normalt endast en talan om skadestånd som kan leda till något materiellt resultat. Det är enligt utredningens uppfattning angeläget att denna fråga blir föremål för större uppmärksamhet än utredningen med sitt begränsade mandat och sin begränsade tid kunnat ägna den.

Utredningen pekar på att det är vissa risker förenade med en omfattande användning av inköpscentraler. Om en upphandlande myndighet i egenskap av inköpscentral anskaffar varor och tjänster och håller dem i lager för senare försäljning till andra upphandlande myndigheter/enheter uppkommer naturligtvis en affärsmässig risk. Anskaffning genom inköpscentraler kan också, på samma sätt som ramavtal, leda till stora inköpsvolymmer, vilket kan gynna stora och missgynna små leverantörer. Det är därför angeläget att använd-

ningen av upphandling genom inköpscentraler sker med försiktighet och förnuft.

Som alltid när det gäller nya bestämmelser med osäkra effekter bör utvecklingen följas så att eventuella nackdelar eller missförhållanden kan upptäckas och åtgärdas.

### **Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav**

Utredningen konstaterar att det vanligen är svårt att göra några bestämda uttalanden om tolkningen och tillämpningen av gemenskapens rättsakter och att detta gäller även i fråga om bestämmelserna om upphandling. Utredningen har inte ansett sig ha möjlighet att göra några långtgående uttalanden om den rätta innebörden av gemenskapsrätten, när denna är oklar. Utredningens målsättning har i stället varit att redogöra för rättsläget, sådant det uppfattas av utredningen, för att göra det möjligt att på dagens kunskapsnivå ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav som inte strider mot gemenskapsrätten.

En upphandlande myndighet/enhet har rätt att själv bestämma om den skall tillgodose ett behov genom upphandling och vad som skall upphandlas för att tillgodose detta behov. Utredningen betonar vikten av att en upphandlande myndighet/enhet gör klart för sig vilket behovet är, eftersom det är en förutsättning för att den skall kunna ställa relevanta och befogade krav.

Utredningen behandlar möjligheterna att ställa särskilda krav i de tekniska specifikationerna, genom kvalifikationskraven på leverantörerna och vid utformningen av tilldelningskriterierna och eventuella särskilda villkor om hur kontraktet skall fullgöras.

Bedömningen av vad som är tillåtna och otillåtna krav görs i huvudsak med utgångspunkt i EG-domstolens praxis, där särskilt vissa centrala domar behandlas (*PreussenElektra*, *EVN Wienstrom*, *Concordia*, *CEI*, *Beentjes* och *Nord-Pas-de-Calais*).

Enligt utredningens uppfattning innebär domarna att en upphandlande enhet får ställa krav på en leverantör som inte är av renodlat ekonomisk karaktär och att krav av sådant slag får användas vid bedömningen av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Allmänt gäller dock att kravet måste ha något samband med föremålet för upphandlingen och att det måste gå att kontrollera om en leverantör kan uppfylla ställda krav.

En skillnad mellan domar angående miljökrav och domar angående sociala krav förefaller vara att de sociala krav som varit aktuella behandlats som en egen kategori vid sidan av de kriterier som används för att avgöra vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Miljökraven har däremot inordnats bland dessa kriterier. Om detta innebär någon skillnad i praktiken är svårt att säga.

En annan skillnad förefaller vara att i de mål som gällt miljökrav har det funnits en tydlig koppling mellan kraven och gemenskapens politik medan något sådant uttalat samband inte berörts i målen angående sociala krav. EG-domstolens acceptans av dessa senare krav kan möjligen snarare bero på att de EG-rättsliga upphandlingsreglerna ger medlemsstaten ett visst utrymme att tillämpa nationellt bestämda regler, förutsatt att dessa inte strider mot EGFördraget.

Enligt utredningens tilläggsdirektiv skall utredningen göra en fördjupad analys av möjligheten att införa bestämmelser som innebär att den upphandlande enheten bör ställa miljökrav eller sociala krav.

Varken gemenskapsrätten eller nationell rätt hindrar att sådana bestämmelser förs in i upphandlingslagarna.

Utredningen anser inte att det är olämpligt att införa en ”börregel” i upphandlingslagarna. Givet att riksdag och regering vill framhålla betydelsen av att miljöhänsyn och sociala hänsyn tas vid upphandling framstår lagstiftning som ett effektivt sätt att ge spridning åt denna inställning.

En ”börregel” lägger inte några skyldigheter på de upphandlande myndigheterna/enheterna. Det skulle därför inte finnas någon möjlighet att med stöd av en sådan regel tvinga dem att ställa miljökrav eller sociala krav eller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte ställts.

En ”börregel” föreslås begränsad till fall då det med hänsyn till upphandlingens art är påkallat med en sådan regel.

## **Upphandling under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn**

Enligt tilläggsdirektiven skall utredningen göra en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU, dvs. av bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. I denna del ingår att ta ställning till om en eller flera fasta gränser för direktupphandling skall

införas i stället för det i LOU använda begreppet ”lågt värde”. Dessutom skall i bedömningen ingå en analys av möjligheterna för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner.

### **Fast beloppsgräns för direktupphandling**

Utredningen konstaterar att det idag finns stora skillnader mellan de gränser för direktupphandling som används av kommuner, landsting och statliga myndigheter. Det lägsta uppgivna värdet är 0,3 prisbasbelopp (statliga myndigheter, varor, tjänster och byggentreprenader) och det högsta 10 prisbasbelopp (kommuner, byggentreprenader). Medelvärdena varierar mellan 2,5 prisbasbelopp (kommuner, varor) och 4,97 prisbasbelopp (landsting, tjänster).

De olika ”låga värden” som bestämts av de enskilda upphandlande myndigheterna kan, men behöver inte, betyda att en myndighet som fastställt ett högre värde än en annan myndighet också har en högre kvalitet på sin upphandling. En fortsatt användning i lagen av uttrycket ”lågt värde” ger visserligen de upphandlande myndigheterna en viss frihet att bestämma ett individuellt ”lågt värde” men garanterar alltså inte att värdet står i relation till kvaliteten på myndigheternas upphandling. Enligt vad utredningen erfarit har det ”låga värdet” under årens lopp ökat, varför det kan finnas en risk för att det sker en fortsatt ökning av värdet, om den nuvarande bestämmelsen behålls.

Regleringen av den offentliga upphandling som ligger under tröskelvärdena m.m. får antas vara motiverad i första hand av önskemålet att kontrollera att offentliga medel används på bästa sätt, bl.a. genom att den konkurrens som finns utnyttjas. Detta önskemål varierar i styrka med värdet av den upphandling det är fråga om. Genom regleringen görs det också klart att grundläggande gemenskapsrättsliga principer, däribland likabehandlingsprincipen, skall tillämpas och att ett system för kontroll genom överprövning görs tillgängligt.

Samma skäl för att det finns ett behov av att reglera förfarandet för upphandling under tröskelvärdena m.m. talar enligt utredningens uppfattning också för att det inte kan överlåtas till de upphandlande myndigheterna att, inom ramen för vad de anser vara ett ”lågt värde”, fritt bestämma den övre gränsen för när direkt-

upphandling får göras. Utredningen anser därför att uttrycket ”lågt värde” bör ersättas med ett i författning angivet belopp.

Utredningen föreslår att ett fast belopp om 10 procent av direktivets tröskelvärde om 236 000 euro skall tillämpas när det gäller upphandling av varor och tjänster och 1 procent av direktivets tröskelvärde om 5 923 000 euro när det gäller byggentreprenader. Om det finns särskilda skäl, kan direktupphandling av varor och tjänster göras upp till motsvarande 20 procent av tröskelvärdet 236 000 euro.

De upphandlande myndigheterna skall bestämma riktlinjer för sin direktupphandling. Det är därvid viktigt att de gör klart för sig i vilken omfattning direktupphandling får göras, vilken eller vilka befattningshavare hos myndigheten som skall få göra direktupphandlingar och inom vilka beloppsgränser. Riktlinjerna kommer naturligtvis att behöva vara av olika omfattning och komplexitet, beroende på varje upphandlande myndighets organisation och omfattningen och arten av myndighetens upphandling. För att det högre gränsvärdet (20 procent) för direktupphandling skall få tillämpas bör krävas att det av utfärdade riktlinjer framgår vilka omständigheter som berättigar till användning av det högre värdet och vem som har rätt att besluta om sådan direktupphandling.

Den nuvarande bestämmelsen i LOU om att direktupphandling får användas också om det finns synnerliga skäl föreslås finnas kvar.

Utredningen föreslår att anbud skall få begäras utan föregående annonsering även då det som skall upphandlas, på grund av den rätt som tredje man har att bestämma om val av leverantör, kan tillhandahållas av endast en viss leverantör. De fall som avses är t.ex. då en patients fria val av vårdgivare medför att det inte finns några alternativa leverantörer.

### **Annonsering m.m.**

Annonskraven förenklas på så sätt att kravet på annonsering i en allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om enheten annonserar på en särskilt upprättad upphandlarprofil som finns tillgänglig på enhetens hemsida. Undantag bör dock gälla för B-tjänster över tröskelvärdena. I sådana fall bör det inte vara tillräckligt med annonsering på en särskilt upprättad upphandlarprofil på upphandlande myndighets hemsida utan annonsering bör, på samma sätt som gäller för närvarande, ske i databaser som finns hos

sådana aktörer som tillhandahåller elektroniska databaser för annonseringsändamål.

För att det skall vara möjligt att i efterhand kontrollera att de principer som gäller vid all upphandling har iakttagits även vid direktupphandlingsförfarande föreslås att besluten och skälen härför i sådana upphandlingar dokumenteras. Något krav på särskild dokumentation föreslås inte gälla för upphandlingar som avser mycket låga värden. Gränsen bör dras vid 20 procent av de högsta värden som i normalfallet föreslås gälla för direktupphandling.

### **Utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning")**

Enligt de nuvarande bestämmelserna i LOU skall en upphandlande myndighet ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse vid bedömningen av anbud. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. I delbetänkandet föreslogs att bestämmelserna i stället skulle utformas med utgångspunkt i de bestämmelser som föreslogs gälla vid upphandling över tröskelvärdena. Den upphandlande myndigheten skulle enligt förslaget antingen ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterierna skulle ges vid bedömningen ("viktning") eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Utredningen konstaterar att en tänkbar utgångspunkt för valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är att ange de olika kriteriernas inbördes betydelse. Detta kan dock föra tanken till ofta använda matematiska modeller vars tillämpning kan leda till att "fel" leverantör tilldelas kontraktet. I förhållande till de bestämmelser som gäller idag innebär ett krav på att de olika kriteriernas inbördes betydelse skall anges ingen förenkling. Kravet kan också leda till en ökad prisfixering på bekostnad av kvalitet.

Syftet att leverantörerna skall kunna förstå hur utvärderingen kommer att ske och att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en korrekt utvärdering av anbuderna kan i och för sig uppnås genom att olika kriteriers relativa betydelse redovisas men det skall vara tillräckligt att kriterierna anges i fallande prioritetsordning.

## Småföretag

En ökad användning av direktupphandling kan leda till minskad öppenhet. Detta kan innebära att kontrakt tilldelas en redan känd leverantör, vilket skulle minska möjligheterna för nya företag att få delta i ett upphandlingsförfarande. Utredningen anser inte att det gagnar småföretagen att öka möjligheterna till användning av direktupphandling. För att få viss kontroll över att användningen av direktupphandling inte får för stor omfattning har utredningen föreslagit att fasta gränser för direktupphandling skall införas. Den restriktivitet som därigenom gäller kan enligt utredningens mening vara till fördel för småföretagen. En del av de problem som finns när det gäller småföretag och offentlig upphandling hänför sig enligt en rapport från Nutek till tillämpningen av regelsystemet. Några av de svårigheter som förekommer kan komma att minska om Nuteks förslag om en nationell upphandlingspolicy genomförs.

## Samarbete mellan kommuner och/eller landsting om administrativa stödfunktioner

Med administrativa stödfunktioner får enligt utredningens uppfattning avses sådana funktioner som exempelvis löneadministration, fakturering av daghemsavgifter eller andra avgifter, bokföring och redovisning.

Uppgifter som fullgörs av en gemensam nämnd eller av ett kommunalförbund jämföras med uppgifter som fullgörs direkt av en kommun eller ett landsting och kräver därför inga särskilda överväganden. Det är också tveksamt om sådana organ fullgör uppgifter som kan betecknas som administrativa stödfunktioner.

Ett samarbete kan även bestå i att viss gemensam verksamhet bedrivs, t.ex. en sopförbränningsanläggning eller en fjärrvärmecentral. Oavsett i vilken form verksamheten bedrivs kan inte heller sådan verksamhet betecknas som en administrativ stödfunktion.

Om en kommun (med vilket här avses även ett landsting) skall utföra administrativa stödfunktioner åt en annan kommun krävs att förhållandet regleras i ett avtal och att ersättning utgår till den kommun som utför uppgifterna. I ett sådant fall måste gällande bestämmelser om upphandling iakttagas.

Förutsättningarna för en kommun att anlita en tillsammans med en annan kommun ägd juridisk person utan formella upphandlings-



förfaranden (s.k. in-house-transaktioner) förutsätter enligt EG-domstolens praxis att var och en av delägarna kan utöva samma kontroll över den juridiska personen som den utövar över sin egen förvaltning. Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av denna praxis är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna om upphandling vid transaktioner mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person. I förekommande fall kan dock bestämmelserna om direktupphandling tillämpas.

## **Upphandling under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna**

Utredningens förslag i fråga om upphandling under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna överensstämmer i allt väsentligt med de förslag som lämnats i fråga om upphandling under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn. Direktupphandling får användas upp till ett belopp som motsvarar 10 procent (eller 20 procent om det finns särskilda skäl) av direktivets tröskelvärde 473 000 euro när det gäller varor och tjänster och 1 procent av direktivets tröskelvärde 5 923 000 euro när det gäller byggtreprenader. Dokumentationsplikt införs vid direktupphandling då värdet av kontraktet uppgår till minst 20 procent av de högsta värden som i normalfallet föreslås gälla för direktupphandling.

Möjligheten att använda direktupphandling då det finns synnerliga skäl bör kvarstå oförändrad.

Även vid upphandling inom försörjningssektorerna skall anbud få begäras utan föregående annonsering också när det som skall upphandlas, på grund av den rätt som tredje man har att bestämma om val av leverantör, kan tillhandahållas av endast en viss leverantör.

Det särskilda kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som förekommer i försörjningsdirektivet och har tagits in i försörjningslagen får användas också vid upphandling som inte omfattas av direktivet då urvalsförfarande används.

Bestämmelserna om annonsering och utvärdering av pris och andra kriterier utformas på samma sätt som i den klassiska lagen. De kriterier som används då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs skall anges i fallande prioritetsordning, om inte deras inbördes relativa betydelse anges.

## Överprövning

Utredningen har ett mycket begränsat uppdrag när det gäller bestämmelserna om överprövning. Utredningen skall analysera möjligheterna att införa en preklusionsfrist under upphandlingsförfarandet, bedöma behovet av ändringar i reglerna om överprövning och interimistiska beslut och analysera möjligheten att på annat sätt effektivisera överprövningsinstitutet.

Utredningen har funnit att en preklusionsfrist har både för- och nackdelar men att nackdelarna väger något tyngre än fördelarna. Utredningen lämnar dock ett förslag till hur bestämmelser om en preklusionsfrist kan utformas.

Med hänvisning till RÅ 2005 ref. 17 (den s.k. trängselskatte- domen) har utredningen funnit att det inte är nödvändigt att göra några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut.

Utredningen tar upp en annan fråga som har samband med tiodagarsfristen enligt 7 kap. 1 § LOU inom vilken en domstol måste pröva en ansökan om överprövning efter det att ett interimistiskt beslut har upphävts. Som utredningen uppfattat gällande bestämmelser innebär de att en ny tiodagarsfrist börjar löpa då det interimistiska beslutet upphävs och att varje leverantör som kan ansöka om överprövning – och alltså inte bara den leverantör som redan har gjort det – kan göra det inom den nya fristen. Utredningen föreslår att möjligheten att utnyttja den nya fristen skall stå öppen endast för den leverantör vars ansökan föranlett det interimistiska beslutet.

Utredningen tar också, i enlighet med vad som förutskickades i delbetänkandet (s. 278), upp frågan om överprövning av olika beslut som rör ramavtal.

Oavsett vilken karaktär ett ramavtal har föreslås att överprövning med avseende på förfarandet för att tilldela själva ramavtalet skall vara möjlig till dess att ett avtal föreligger och tiodagarsfristen löpt ut.

En anskaffning som görs i enlighet med ett ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt, dvs. efter en förnyad konkurrensutsättning, skall kunna överprövas på samma sätt som andra beslut om tilldelning av kontrakt. En anskaffning som görs i enlighet med ett ramavtal som innehåller samtliga villkor blir typiskt sett inte känd för berörda leverantörer förrän efter det att anskaffningen redan skett. När en sådan

anskaffning görs är det inte fråga om någon upphandling utan om en tillämpning av ramavtalet. Utredningen gör bedömningen att anskaffningar av sådant slag bäst bedöms inom ramen för en skadeståndstalan och då enligt vad som i allmänhet gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden. Någon överprövningsmöjlighet föreslås alltså inte.

### **Frågan om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya EG-direktiven**

Utredningen har uppfattat sitt uppdrag när det gäller ILO:s konvention nr 94 så att utredningen skall undersöka om det finns några rättsliga hinder mot att Sverige ratificerar och tillämpar konventionen.

Konventionens syfte är att motverka social dumpning vid offentlig upphandling, dvs. att arbetsvillkor försämras till följd av konkurrens vid anbudsgivning. I konventionen föreskrivs att vissa arbetsvillkor (t.ex. lönevillkor) skall följa vad som gäller enligt nationella regler (bl.a. kollektivavtal).

Konventionen är från år 1949 och har ratificerats av nio EU-medlemsstater. Ratifikationerna är av gammalt datum och ligger alla i tiden före respektive stats medlemskap. Utredningen konstaterar att kommissionen hittills inte sett sig föranlåten att vidta några åtgärder med anledning av tillämpningen av konventionens krav i de medlemsstater som ratificerat konventionen.

Utredningen tar upp frågan om Sverige i förhållande till gemenskapen har kompetens att ratificera konventionen, om en ratifikation kan ske i samarbete med gemenskapen eller om det helt faller inom gemenskapens kompetens att ingå internationella avtal på området. Utredningen anser sig inte kunna dra någon mer bestämd slutsats än att det förefaller uteslutet att Sverige skulle ha exklusiv kompetens inom hela det materiella område som konventionen täcker.

Utredningen jämför också konventionen med utstationeringsdirektivet och konstaterar att det finns vissa skillnader mellan dessa rättsakter. Betydelsen av skillnaderna skall inte överdrivas men de medför viss osäkerhet i fråga om möjligheten att ratificera konventionen.

Upphandlingsdirektiven hindrar inte att arbets- och anställningsvillkor tillämpas som i värdlandet bestämts i lag eller allmängiltig-

förklarade kollektivavtal, förutsatt att villkoren inte strider mot gemenskapsrätten. Direktiven ger inte något svar på frågan om även villkor som bestämts i andra kollektivavtal – av det slag som förekommer i Sverige – är förenliga med de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna.

Upphandlingsdirektiven syftar till att undanröja hinder för den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster. ILO-konventionens krav innebär att det är de arbetsvillkor som gäller där arbetet utförs som skall tillämpas. Det är ofrånkomligt att det kan uppkomma spänningar om de båda systemen skall förenas.

EG-domstolen har accepterat inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster, om inskränkningarna motiveras av tvingande hänsyn av allmänt intresse (bl.a. intresset av socialt skydd för arbetstagare och då särskilt inom byggsektorn). Domstolen har godtagit att nationella bestämmelser om minimilöner omfattar alla som utför arbete inom värdlandets territorium även om arbetet är endast tillfälligt. En förutsättning för att en inskränkning av arbetsgivarens frihet att tillhandahålla tjänster skall godtas är att den innebär att berörda arbetstagare får ett ”verkligt tilläggsskydd” jämfört med vad som annars skulle gälla. Domstolen har inte tagit ställning till om ILO-konventionens krav på villkor som inte är ”mindre gynnsamma” än vad som följer av bl.a. kollektivavtal också kan godtas.

Ett införlivande av konventionens krav med svensk rätt innebär att villkor enligt svenska representativa kollektivavtal genom en lagstiftningsåtgärd blir tvingande avtalsinnehåll i offentliga upphandlingskontrakt så snart arbete utförs här enligt ett sådant kontrakt. Att svenska och utländska leverantörer därmed kommer att behandlas lika hindrar inte att tillämpningen av en sådan reglering kan utgöra en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster. I vad mån inskränningen är EG-rättsligt godtagbar beror bl.a. på om kollektivavtalens villkor kan anses ge de ifrågavarande arbetstagarna ett verkligt tilläggsskydd.

Den slutsats som enligt utredningen kan dras är att det i dagsläget får anses osäkert om en tillämpning av de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. En annan sak är om en svensk ratifikation ändå kan vara lämplig. Utredningen utgår från att denna fråga kommer att behandlas i annat sammanhang.

# Författningsförslag

## **1 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster**

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

*dels* att 8 kap. 15 § och 17 kap. skall upphöra att gälla,

*dels* att rubriken närmast före 8 kap. 15 § skall utgå,

*dels* att 2 kap. 10 §, 4 kap. 11 §, 5 kap. 2–4, 6, 11 och 12 §§, 7 kap. 1 och 2 §§, 8 kap. 17–20 §§, 9 kap. 7 §, 10 kap. 4 och 5 §§, 11 kap. 9 och 13 §§, 14 kap. 2 §, 16 kap. 5 och 6 §§ och 18 kap. 1 § samt rubriken närmast före 10 kap. 4 § skall ha följande lydelse,

*dels* att rubriken närmast före 5 kap. 1 § skall lyda ”Användning av öppet och selektivt förfarande samt av konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande”,

*dels* att det i lagen skall införas tre nya kapitel, 6 a, 14 a och 17, och arton nya paragrafer, 1 kap. 5 a §, 2 kap. 16 a, 17 a och 17 b §§, 4 kap. 11 a §, 5 kap. 2 a–2 l §§ och 18 kap. 1 a §, samt närmast före 1 kap. 5 a §, 4 kap. 11 a § och 5 kap. 2 a § nya rubriker av följande lydelse.

---

<sup>1</sup>Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EGT L 134, 30.4.2004, s. 114, Celex 32004L0018).

*Nuvarande lydelse**Föreslagen lydelse***1 kap.***Särskilda krav**5 a §*

*Upphandlande myndigheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

*Upphandlande myndigheter får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.*

*De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet.*

**2 kap.***10 §*

Med anbudssökande avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande.

Med anbudssökande avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande eller i en konkurrenspräglad dialog.

*16 a §*

*Med konkurrenspräglad dialog avses ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits*

att delta i detta förfarande för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.

#### 17 a §

Med dynamiskt inköpssystem avses en helt elektronisk process för sedvanliga inköp av sådant som är allmänt tillgängligt på marknaden och som tillfredställer den upphandlande myndighetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem är tidsbegränsat och under hela giltighetstiden öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

#### 17 b §

Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.

Som en följd av vad som sägs i första stycket kan vissa tjänste- och byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av

*byggentreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.*

#### 4 kap.

##### 11 §

I det fall ett tjänstekontrakt tilldelas utan att något totalpris anges skall värdet utgöras av det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

*Värdet av ett ramavtal skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under avtalets löptid.*

#### *Ramavtal och dynamiskt inköpssystem*

##### 11 a §

*Värdet av ett ramavtal eller av ett dynamiskt inköpssystem skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under avtalets löptid eller det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.*

#### 5 kap.

##### 2 §

Förhandlat upphandlingsförfarande får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 3–10 §§.

*Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2 a–2 l §§. Förhandlat upphandlingsförfarande får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 3–10 §§.*



### *Konkurrenspräglad dialog*

#### *2 a §*

*En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt, om den anser att användningen av öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.*

#### *2 b §*

*Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten på objektiva grunder inte kan*

*1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 8 kap. 3–5 §§ som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller*

*2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.*

#### *2 c §*

*Den upphandlande myndigheten skall anta det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga.*

#### *2 d §*

*Den upphandlande myndigheten skall annonsera en upphandling som skall göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument skall myndigheten ange sina behov och krav.*

## 2 e §

Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de leverantörer som har valts ut med tillämpning av 12 och 13 kap. Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att han inte valts ut och om skälen för detta.

Dialogens syfte skall vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda leverantörerna.

## 2 f §

Den upphandlande myndigheten skall under dialogen se till att alla deltagande leverantörer behandlas lika och därvid särskilt beakta att upplysningar inte får lämnas ut på sådant sätt att någon eller några leverantörer gynnas i förhållande till andra.

## 2 g §

Den upphandlande myndigheten kan bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som skall diskuteras under dialogen. Om denna möjlighet kommer att utnyttjas skall det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om

*att dennes lösning har uteslutits och om skälen för detta.*

*2 h §*

*Den upphandlande myndigheten skall fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Dialogen skall då förklaras avslutad och de deltagande leverantörerna informeras om detta.*

*2 i §*

*Då information enligt 2 h § lämnats skall den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande leverantörerna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.*

*2 j §*

*Den upphandlande myndigheten kan anmoda en deltagande leverantör att klarlägga, precisera och finjustera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.*

## 2 k §

*Den upphandlande myndigheten skall värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna, som skall anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

*Myndigheten kan anmoda den leverantör som blivit vald att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.*

## 2 l §

*Den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning skall ges till deltagarna i dialogen.*

## 3 §

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 1 kap. 6 § andra stycket, 8 kap. 11 § tredje stycket, 13 och 14 §§, 12 kap. 2 §, 13 kap. eller 14 kap. 3 §, dock endast om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande *eller vid en konkurrenspräglad dialog* är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 1 kap. 6 § andra stycket, 8 kap. 11 § tredje stycket, 13 och 14 §§, 12 kap. 2 §, 13 kap. eller 14 kap. 3 §, dock endast om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. om det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,

3. i fråga om tjänster av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller

4. i fråga om byggtreprenad, om entreprenaden endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

#### 4 §

I fall som avses i 3 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande inbegriper endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 12 eller 13 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds förfarandet. I förfarandet får inte delta andra än sådana anbudsgivare.

I fall som avses i 3 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande inbegriper endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 12 eller 13 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande *eller i en föregående konkurrenspräglad dialog* har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds förfarandet. I förfarandet får inte delta andra än sådana anbudsgivare.

#### 6 §

En upphandlande myndighet får föreskriva att förhandlat förfarande enligt 3 § skall äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen skall omfatta. Därvid skall de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen *eller* i förfrågningsunderlaget. I annonsen *eller* i förfrågnings-

En upphandlande myndighet får föreskriva att förhandlat förfarande enligt 3 § skall äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen skall omfatta. Därvid skall de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget *eller i det beskrivande dokumentet*. I

underlaget skall anges om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

annonsen eller i förfrågningsunderlaget skall anges om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

## 11 §

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande *som den kommer att inbjuda att delta i förfarandet genom att lämna anbud respektive att förhandla*, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande.

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering *samt i den konkurrenspräglade dialogen* får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande *som inbjuds att lämna anbud, att förhandla eller att delta*, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande.

Den upphandlande myndigheten skall i annonsen ange

1. vilka objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av deltagare,
2. det lägsta antal deltagare som kommer att inbjudas och, om ett högsta antal kommer att inbjudas, detta antal,
3. de miniminivåer som kan ha fastställts i fråga om deltagarnas ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Minimnivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

## 12 §

Det lägsta antalet deltagare skall vid selektivt förfarande vara fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering tre. Antalet deltagare skall dock alltid vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras.

Det lägsta antalet deltagare skall vid selektivt förfarande vara fem *samt i den konkurrenspräglade dialogen* och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering tre. Antalet deltagare skall dock alltid vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras.

## *6 a kap. Dynamiskt inköps-system*

### *1 §*

*En upphandlande myndighet får använda sig av ett dynamiskt inköpssystem.*

### *2 §*

*För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande myndighet följa reglerna för öppet förfarande i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som görs inom ramen för systemet.*

*Alla anbudsgivare som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med kriterierna i förfrågningsunderlaget har rätt att delta i systemet.*

*Preliminära anbud kan förbättras under förutsättning att de fortfarande motsvarar kraven i förfrågningsunderlaget.*

### *3 §*

*Då ett dynamiskt inköpssystem införs och då kontrakt tilldelas inom ramen för systemet skall den upphandlande myndigheten uteslutande använda elektroniska medel.*

*I fråga om elektroniska medel gäller vad som sägs i 11 kap. 1 § andra stycket, 2–4 och 6 §§.*

### *4 §*

*För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten*

1. offentliggöra en annons om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköps-system,

2. ange i förfrågningsunderlaget vilken typ av köp som avses, och lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som avser utrustningen, och

3. så snart annonsering skett och under systemets hela giltighetstid på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt ange den Internetadress på vilken leverantörerna kan ta del av dessa handlingar.

#### 5 §

Den upphandlande myndigheten skall under hela giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet ge varje leverantör möjlighet att lämna ett preliminärt anbud för att bli upptagen i systemet.

Utvärderingen av ett preliminärt anbud skall ske inom 15 dagar från det att anbudet lämnades.

Den upphandlande myndigheten kan förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.



## 6 §

Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt underätta en anbudsgivare som lämnat ett preliminärt anbud om han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller om anbudet har förkastats och om skälen till att anbudet förkastats.

## 7 §

Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande myndigheten offentliggöra en förenklad annons och uppmana alla intresserade leverantörer att lämna ett preliminärt anbud inom en tid som inte får vara kortare än 15 dagar räknat från den dag då den förenklade annonsen skickades för offentliggörande.

Den upphandlande myndigheten får inte offentliggöra inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under den tid som anges i första stycket har utvärderats.

I fråga om förenklad annons enligt första stycket gäller 9 kap. 9 §.

## 8 §

Den upphandlande myndigheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tagits med i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud på varje särskilt kontrakt som skall tilldelas inom ramen

för systemet. Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.

#### 9 §

Den upphandlande myndigheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som har angetts i den annons om upphandling som använts för att införa det dynamiska inköpssystemet.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i 8 §.

#### 10 §

Ett dynamiskt inköpssystem får endast om det finns särskilda skäl ha längre giltighetstid än fyra år.

#### 11 §

En upphandlande myndighet får inte använda dynamiskt inköpssystem på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.

#### 12 §

Några administrativa avgifter får inte tas ut av leverantörer som vill delta eller deltar i ett dynamiskt inköpssystem.

**7 kap.**

## 1 §

En upphandlande myndighet får anskaffa *byggentreprenader*, varor och tjänster genom en inköpscentral.

En upphandlande myndighet får anskaffa varor och tjänster från en inköpscentral.

*En upphandlande myndighet får också anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster eller ingå ramavtal genom medverkan av en inköpscentral.*

## 2 §

En upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

En upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och tjänster enligt 1 § skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

**8 kap.**

## 17 §

Vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle till samtliga utvalda deltagare skicka en skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att förhandla.

Vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle till samtliga utvalda deltagare skicka en skriftlig inbjudan att lämna anbud, *att delta i dialogen* eller att förhandla.

Inbjudan till anbudssökandena skall innehålla förfrågningsunderlaget och samtliga kompletterande handlingar eller *uppgift om åtkomst till förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar*, om de görs direkt tillgängliga med elektro-

Inbjudan till anbudssökandena skall innehålla förfrågningsunderlaget *eller det beskrivande dokumentet* och samtliga kompletterande handlingar eller, om materialet görs direkt tillgängligt med elektroniska medel, *uppgift om åtkomst*.

niska medel.

## 18 §

I det fall någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran skall lämna ut förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna, skall adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift skall betalas för handlingarna skall upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

I det fall någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran skall lämna ut förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller de kompletterande handlingarna, skall adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift skall betalas för handlingarna skall upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna skall skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har mottagits.

## 19 §

Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket skall lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket skall lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid selektivt förfarande och vid påskyndat förhandlat förfarande enligt 10 kap. 8 § skall denna tidsfrist vara fyra dagar.

## 20 §

En inbjudan som avses i 17 § skall innehålla

1. en hänvisning till annonsen om upphandling,
2. uppgift om sista dag för mottagande av anbud samt uppgifter om till vilken adress anbuden skall skickas och på vilket eller vilka språk de skall avfattas,

*3. vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för samrådets början samt om det språk som skall användas,*

3. uppgifter om vilka handlingar som skall bifogas,

4. den relativa inbördes betydelse av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte redovisas i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

4. uppgifter om vilka handlingar som skall bifogas och

*5. den relativa inbördes betydelse av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte redovisas i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller i det beskrivande dokumentet.*

## 9 kap.

## 7 §

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av *andra* stycket till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av *fjärde* stycket, till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

*Har kontrakt tilldelats på grundval av ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om resultatet av tilldelningen senast 48*

*dagars efter tilldelningen av varje enskilt kontrakt eller, om annonserna grupperas per kvartal, senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.*

Avser det tilldelade kontraktet tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag skall den upphandlande myndigheten ange om den samtycker till att kontraktet offentliggörs.

Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

## 10 kap.

**Tidsfrister vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering**

**Tidsfrister vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering**

### 4 §

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering skall tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering skall tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande skall tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande skall tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

### 5 §

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller

vid användandet av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt *eller* förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

vid användandet av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt *förfarande, vid konkurrenspräglad dialog och vid* förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

## 11 kap.

### 9 §

En upphandlande myndighet skall, om inte annat följer av 10 § snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal *eller* tilldelningen av ett kontrakt *och* om skälen för besluten.

En upphandlande myndighet skall, om inte annat följer av 10 §, snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt *och tillträde till ett dynamiskt inköpssystem eller om beslut att inte fullfölja ett dynamiskt inköpssystem samt* om skälen för besluten. *I fråga om tillträde för en leverantör till ett dynamiskt inköpssystem gäller underrättelseskyldigheten endast i förhållande till denne.*

### 13 §

En upphandlande myndighet skall för varje kontrakt *och* ramavtal upprätta ett protokoll och skall se till att genomförandet av en upphandling med hjälp av elektroniska medel dokumenteras.

En upphandlande myndighet skall för varje kontrakt, ramavtal *och dynamiskt inköpssystem* upprätta ett protokoll och skall se till att genomförandet av en upphandling med hjälp av elektroniska medel dokumenteras.

Regeringen eller den myndighet som regeringen *bestämmer* meddelar föreskrifter om vad ett protokoll skall innehålla.

Regeringen eller den myndighet som regeringen *bestämmer* meddelar föreskrifter om vad ett protokoll skall innehålla.

En upphandlande myndighet är skyldig att på kommissionens begäran tillställa kommissionen protokollet eller huvuddragen i det.

#### 14 kap.

##### 2 §

Den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

I det fall den upphandlande myndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange den relativa betydelsen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandlingen *eller* i förfrågningsunderlaget.

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget *eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet.*

#### 14 a kap. Elektronisk auktion

##### 1 §

*En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

1. *öppet och selektivt förfarande,*
2. *förhandlat förfarande i det fall som avses i 5 kap. 3 § 1,*
3. *förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal,*



och

4. inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

2 §

Den elektroniska auktionen skall grundas på

1. priser, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller

2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

3 §

En upphandlande myndighet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange det i annonsen om upphandling.

4 §

Av förfrågningsunderlaget skall framgå

1. de komponenter i anbuden vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,

2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,

3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska

*auktionen och i förekommande fall när detta kommer att ske,*

*4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,*

*5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och*

*6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.*

*De komponenter som avses i första stycket 1 skall kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.*

#### *5 §*

*Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion skall myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda relativa inbördes betydelsen för dessa.*

*Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud skall bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.*

#### *6 §*

*Inbjudan enligt 5 § andra stycket skall innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används samt uppgift om vilken dag och tid som den elektroniska*

*auktionen kommer att inledas.*

*Den elektroniska auktionen kan genomföras i flera på varandra följande etapper. Den elektroniska auktionen får inte påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan skickats ut.*

#### *7 §*

*Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med den fastställda relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna.*

#### *8 §*

*I inbjudan skall anges även den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln skall innefatta den relativa inbördes betydelsen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och som angetts i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. I den mån den relativa inbördes betydelsen av olika kriterier angetts som intervall*

*skall dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna skall separata formler ges för varje anbud.*

#### 9 §

*Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande myndigheten omedelbart meddela alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de skall ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande myndigheten kan också lämna andra upplysningar rörande priser eller värden, under förutsättning att detta angetts i förfrågningsunderlaget. Den kan lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

#### 10 §

*En elektronisk auktion skall avslutas av den upphandlande myndigheten*

*1. den dag och tid då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen skall stängas,*

*2. då myndigheten inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 skall den upphandlande myndigheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter*

*det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.*

*I fall som avses i första stycket 3 skall tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen.*

#### 11 §

*Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

#### 12 §

*En upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för upphandlingen, så som det angetts i förfrågningsunderlaget, ändras.*

### 16 kap.

#### 5 §

Tröskelvärdet enligt 4 § första stycket 1 skall av den upphandlande myndigheten beräknas till värdet exklusive mervärdesskatt av tjänstekontraktet. I värdet skall inräknas de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna.

Tröskelvärdet skall i fråga om en projektövling som avses i 1 § första stycket 1 av den upphandlande myndigheten beräknas till värdet exklusive mervärdesskatt av tjänstekontraktet. I värdet skall inräknas de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna.

Tröskelvärdet enligt 4 § första stycket 2 skall av den upphandlande myndigheten beräknas till summan av de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna och det beräknade värdet exklusive mervärdesskatt av de tjänstekontrakt som senare kan tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen, om en sådan tilldelning inte har utslutits i annonsen om tävlingen.

6 §  
Tröskelvärdet skall i fråga om en projektävling som avses i 1 § första stycket 2 av den upphandlande myndigheten beräknas till summan av de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna och det beräknade värdet exklusive mervärdesskatt av de tjänstekontrakt som senare kan tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen, om en sådan tilldelning inte har utslutits i annonsen om tävlingen.

### *17 kap. Upphandling under tröskelvärdena m.m.*

#### *Tillämpningsområde*

##### *1 §*

*Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som*

*1. avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster), oavsett värde,*

*2. avser andra tjänster (A-tjänster), byggtreprenader eller varor, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 4 kap.,*

*3. avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget och tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, eller*

*4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.*

*Tillämpliga bestämmelser**2 §*

*Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1 kap. (allmänna bestämmelser), 2 kap. (definitioner), 3 kap. 1 och 3–6 §§ (undantag), 5 kap. 2 a–2 l §§ (konkurrenspräglad dialog), 6 a kap. (dynamiska inköps-system), 7 kap. (inköpscentraler), 8 kap. 9 § (miljömärken), 8 kap. 21 § (bemyndigande), 9 kap. 9 § (bemyndigande), 13 kap. 3 § (krav på registrering), 14 a kap. (elektroniska auktioner), 18 kap. (överprövning och skadestånd m.m.) samt de övriga bestämmelser i lagen som anges i detta kapitel.*

*Vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 8 kap. 1–5, 7, 8, 10–14, 16, 19 och 21 §§, om värdet på kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap.*

*Val av upphandlingsförfarande m.m.**3 §*

*Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.*

*Tilldelning av kontrakt får göras även med användning av*

*1. direktupphandlingsförfarande, under de förutsättningar som anges i 4 §,*

*2. konkurrenspräglad dialog i enlighet med vad som anges i*

5 kap. 2 a–2 l §§,

3. dynamiskt inköpssystem i enlighet med vad som anges i 6 a kap., och

4. elektronisk auktion i enlighet med vad som anges i 14 a kap.

4 §

Direktupphandlingsförfarande får användas om upphandlingens värde uppgår till högst

1. tio procent av det tröskelvärdet som anges i 4 kap. 1 § 2, om upphandlingen avser varor eller tjänster,

2. tjugo procent av det tröskelvärdet som anges i 4 kap. 1 § 2, om upphandlingen avser varor eller tjänster och det finns särskilda skäl, eller

3. en procent av det tröskelvärdet som anges i 4 kap. 1 § 3, om upphandlingen avser byggtreprenader.

Direktupphandlingsförfarande får användas också om det finns synnerliga skäl.

Den upphandlande myndigheten skall fastställa riktlinjer för användning inom myndigheten av direktupphandlingsförfarande.

5 §

Ett kontrakt får inte delas upp i syfte att det värde som anges i 4 § första stycket skall underskridas.

6 §

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande



leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder kvalificerade leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan särskilda formella krav.

### *Annonsering vid förenklat förfarande*

#### *7 §*

Vid förenklat förfarande skall den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, om inte annat följer av 9 §.

Kravet på allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om annonsering sker på den upphandlande myndighetens hemsida och myndigheten har upprättat en upphandlarprofil enligt 9 kap. 4 § tredje stycket. Vad nu sagts gäller dock inte då upphandlingen avser B-tjänster och överstiger de tröskelvärden som anges i 4 kap.

### *Annonsering vid urvalsförfarande*

#### *8 §*

*Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vad som sägs i 7 § andra stycket gäller även vid urvalsförfarande.*

*Av inbjudan skall det framgå hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och vilken dag ansökan senast skall ha kommit in.*

*Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.*

### *Begäran om anbud utan föregående annonsering*

#### *9 §*

*En upphandlande myndighet får utan föregående annonsering skriftligen begära anbud av endast en leverantör, om sådana omständigheter föreligger som enligt 5 kap. 7 § 1 eller 8–10 §§ ger en upphandlande myndighet rätt att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.*

*Vad som sägs i första stycket gäller även när det objektivt sett*

endast finns en leverantör som kan uppfylla de krav som den upphandlande myndigheten ställer.

### **Förfrågningsunderlag**

#### **10 §**

De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag eller produkter gynnas eller missgynnas.

Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig".

Vid förenklat förfarande har varje leverantör som begär det rätt att få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

### **Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar**

#### **11 §**

En upphandlande myndighet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt detta kapitel

för tilldelning av kontrakt skall ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.

De valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga.

Vad som föreskrivs i 11 kap. 2–6 §§ gäller i fråga om anbud och ansökningar om att få lämna anbud vid tilldelning av kontrakt som avses i detta kapitel.

#### 12 §

Anbudsgivare och anbudsökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tiden för att lämna ansökningar om att få lämna anbud får dock normalt inte vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerades enligt 8 §.

#### **Innehåll i annonser m.m.**

#### 13 §

I annonsen enligt 7 §, skrivelsen enligt 9 § eller förfrågningsunderlaget enligt 10 § skall anges

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast skall ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet

för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser.

### *Mottagande och öppnande av anbud*

#### *14 §*

Anbud skall öppnas samtidigt efter anbudstidens utgång av två av den upphandlande myndigheten särskilt utsedda personer. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.

### *Rättelse av fel samt förtydligande och komplettering*

#### *15 §*

En upphandlande myndighet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen om att få lämna anbud.

Myndigheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Myndigheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 13 kap. 3 § och i 18 § i detta kapitel.

*Uteslutning av leverantörer*

## 16 §

*En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingsförfaranden, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom har dömts för brott som innefattar*

*1. deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF,*

*2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF,*

*3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller*

*4. penninghäleri enligt 9 kap. 6 a § brottsbalken.*

*Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brottet.*

*Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket.*

*Om det finns synnerliga skäl får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör enligt första stycket.*

## 17 §

*En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från deltagande i ett upphandlingsförfarande, om leverantören*

*1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,*

*2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,*

*3. genom lagakraftvunnen dom har dömts för brott avseende yrkesetiken,*

*4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,*

*5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker eller,*

*6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.*

*Om leverantören är en juridisk person får denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.*

Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket 1–3 eller 5.

#### 18 §

Den upphandlande myndigheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 16 § eller 17 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 17 § första stycket 5.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 16 § eller 17 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.

Om en leverantör är registrerad i en EES-stats officiella förteckning över godkända leverantörer får antas att leverantören uppfyller de krav som anges i 16 § eller i 17 § första stycket 1–5.



### *Prövning av anbud och anbudsansökningar*

#### *19 §*

*En upphandlande myndighet skall pröva alla de anbud och de ansökningar om att få lämna anbud som har kommit in i rätt tid från särskilt inbjudna anbudssökande eller från anbudsgivare som inte har uteslutits enligt 16 eller 17 § eller 13 kap.*

### *Anbudsgivares bundenhet*

#### *20 §*

*En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått underrättelse om beslut som avses i 24 §.*

### *Grunder för tilldelning av kontrakt*

#### *21 §*

*En upphandlande myndighet skall anta antingen*

- 1. det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller*
- 2. det anbud som har lägst anbudspris.*

*Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska,*

*funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.*

*Den upphandlande myndigheten skall vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ange de olika kriterierna i fallande prioritetsordning, om inte deras relativa inbördes betydelse anges. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.*

*Prioritetsordningen eller kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

### ***Onormalt låga anbud***

#### ***22 §***

*En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligen.*

### ***Dokumentation och förvaring av handlingar***

#### ***23 §***

*En upphandlande myndighet skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Vid användning av direktupphandlingsförfarande skall vad nu sagts*

*gälla endast om sådant förfarande används på grund av synnerliga skäl eller om värdet på kontraktet uppgår till minst 20 procent av det tillämpliga värde som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

#### **Underrättelser**

##### **24 §**

*Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande gäller i fråga om underrättelse om beslut och underrättelse på begäran vad som föreskrivs i 11 kap. 9–11 §§.*

*Vid direktupphandlingsförfarande och vid tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 § skall den upphandlande myndigheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

**Särskilda bestämmelser för tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster)**

##### **25 §**

*Om ett kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap., skall den upphandlande myndigheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall anges om den upphandlande myndigheten godkänner att meddelandet*

*publiceras.*

***Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.***

**26 §**

*Vid tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om*

*1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel och från rätten enligt 10 § tredje stycket att få ut förfrågningsunderlaget, och*

*2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.*

*Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.*

*Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om produkter i försvarssektorn.*

***Projektävlingar***

**27 §**

*Vad som föreskrivs i 16 kap. 1 § första stycket, 2, 3, 5, 6 och 10–14 §§ gäller även för projektävlingar som understiger tillämpligt tröskelvärde i 16 kap. 4 § första stycket men överstiger de värden som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

*Vid anordnande av projektäv-*

*lingar skall 3 § första stycket tillämpas. En projekttävling skall annonseras enligt 7 eller 8 § och 13 och 21 §§ skall tillämpas.*

*Vid tilldelning av kontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt detta kapitel och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, skall om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts, vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.*

## 18 kap.

### 1 §

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid tillämpning av annat upphandlingsförfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf (*ansökan om överprövning*).

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid tilldelning av kontrakt genom ett annat upphandlingsförfarande får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, ett ramavtal eller ett kontrakt som tilldelats genom det förfarande som föreskrivs i 6 kap. 9 § föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar enligt 11 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

*Vad som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte*

1. i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande myndighet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller

2. om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet, *om inte annat följer av fjärde stycket.*

*Vad som sägs i tredje stycket 2 gäller inte i fråga om en ansökan från annan än den som fört talan i målet och inte heller om det interimistiska beslutet upphävts av Regeringsrätten.*

1 a §

*Vad som sägs i 1 § tredje stycket andra meningen gäller inte*

1. i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande myndighet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller

2. om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphand-

*ling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.*

---

Denna lag träder i kraft den [...]. Äldre bestämmelser tillämpas i fråga om upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Dock tillämpas även i fråga om sådana upphandlingar de nya bestämmelserna i 18 kap. 1 och 1 a §§.

## 2 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Härigenom föreskrivs<sup>2</sup> i fråga om lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

*dels* att 11 kap. 17 § och 19 kap. skall upphöra att gälla,

*dels* att rubriken närmast före 11 kap. 17 § skall utgå,

*dels* att 10 kap. 1 och 2 §§, 12 kap. 2 och 11 §§, 14 kap. 9 § samt 20 kap. 1 § skall ha följande lydelse,

*dels* att det i lagen skall införas tre nya kapitel, 9 a, 17 a och 19, och fem nya paragrafer, 1 kap. 4 a §, 2 kap. 14 a och 14 b §§, 16 kap. 4 § och 20 kap. 1 a §, samt närmast före 1 kap. 4 a § och 16 kap. 4 § nya rubriker av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### 1 kap.

#### *Särskilda krav*

##### *4 a §*

*Upphandlande enheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

*Upphandlande enheter får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.*

*De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

---

<sup>2</sup>Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena, vatten, energi, transporter och posttjänster (EGT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0017).



## 2 kap.

### 14 a §

Med dynamiskt inköpssystem avses en helt elektronisk process för sedvanliga inköp av sådant som är allmänt tillgängligt på marknaden och som tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem är tidsbegränsat och under hela giltighetstiden öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

### 14 b §

Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.

Som en följd av vad som sägs i första stycket kan vissa tjänste- och byggentreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggentreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.

## *9 a kap. Dynamiskt inköpssystem*

### *1 §*

*En upphandlande enhet får använda sig av ett dynamiskt inköpssystem.*

### *2 §*

*För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande enhet följa reglerna för öppet förfarande i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som görs inom ramen för systemet.*

*Alla anbudsgivare som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med kriterierna i förfrågningsunderlaget har rätt att delta i systemet.*

*Preliminära anbud kan förbättras under förutsättning att de fortfarande motsvarar kraven i förfrågningsunderlaget.*

### *3 §*

*Då ett dynamiskt inköpssystem införs och då kontrakt tilldelas inom ramen för systemet skall den upphandlande enheten uteslutande använda elektroniska medel.*

*I fråga om elektroniska medel gäller vad som sägs i 14 kap. 1 § andra stycket, 2–4 och 6 §§.*

### *4 §*

*För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande enheten*

1. offentliggöra en annons om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköps-system,

2. ange i förfrågningsunderlaget vilken typ av köp som avses, och lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som avser utrustningen, och

3. så snart annonsering skett och under systemets hela giltighetstid på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt ange den Internetadress på vilken leverantörerna kan ta del av dessa handlingar.

#### 5 §

Den upphandlande enheten skall under hela giltighetstiden för det dynamiska inköpsystemet ge varje leverantör möjlighet att lämna ett preliminärt anbud för att bli upptagen i systemet.

Utvärderingen av ett preliminärt anbud skall ske inom 15 dagar från det att anbudet lämnades.

Den upphandlande enheten kan förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.

## 6 §

*Den upphandlande enheten skall snarast möjligt underrätta en anbudsgivare som lämnat ett preliminärt anbud om han tagits med i det dynamiska inköps-systemet eller om anbudet har förkastats och om skälen till att anbudet förkastats.*

## 7 §

*Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande enheten offentliggöra en förenklad annons och uppmana alla intresserade leverantörer att lämna ett preliminärt anbud inom en tid som inte får vara kortare än 15 dagar räknat från den dag då den förenklade annonsen skickades för offentliggörande.*

*Den upphandlande enheten får inte offentliggöra inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under den tid som anges i första stycket har utvärderats.*

*I fråga om förenklad annons enligt första stycket gäller 12 kap. 14 §.*

## 8 §

*Den upphandlande enheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tagits med i det dynamiska inköpsystemet att lämna anbud på varje särskilt kontrakt som skall tilldelas inom ramen för*

systemet. Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.

#### 9 §

Den upphandlande enheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som har angetts i den annons om upphandling som använts för att införa det dynamiska inköpssystemet.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i 8 §.

#### 10 §

Ett dynamiskt inköpssystem får endast om det finns särskilda skäl ha längre giltighetstid än fyra år.

#### 11 §

Värdet av ett dynamiskt inköpssystem skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

#### 12 §

En upphandlande enhet får inte använda dynamiskt inköpssystem på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.

## 13 §

*Några administrativa avgifter får inte tas ut av leverantörer som vill delta eller deltar i ett dynamiskt inköpssystem.*

## 10 kap.

## 1 §

En upphandlande enhet får anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral

En upphandlande enhet får anskaffa varor och tjänster från en inköpscentral.

*En upphandlande enhet får också anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster eller ingå ramavtal genom medverkan av en inköpscentral.*

## 2 §

En upphandlande enhet som anskaffar byggentreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

En upphandlande enhet som anskaffar byggentreprenader, varor och tjänster enligt 1 § skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har följt denna lag eller lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

## 12 kap.

## 2 §

Annonsering om upphandling kan ske genom

1. förhandsannonsering som avses i 3 §,  
2. annonsering om att det finns ett urvalssystem som avses i 10 §, eller

3. annonsering om upphandling som skall ske genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.

2. annonsering om att det finns ett urvalssystem som avses i 10 §,

3. annonsering om upphandling som skall ske genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, eller

4. förenklad annonsering enligt  
9 a kap. 7 §.

## 11 §

En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av *andra* stycket, inom två månader därefter lämna Europeiska gemenskapernas kommission uppgifter om kontraktet eller ramavtalet.

En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av *tredje* stycket, inom två månader därefter lämna Europeiska gemenskapernas kommission uppgifter om kontraktet eller ramavtalet.

*Har kontrakt tilldelats på grundval av ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande enheten till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om resultatet av tilldelningen senast två månader efter tilldelningen av varje enskilt kontrakt eller, om annonserna grupperas per kvartal, senast två månader efter utgången av varje kvartal.*

Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

## 14 kap.

## 9 §

En upphandlande enhet skall, om inte annat följer av 10 § snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal *eller* tilldelningen av ett kontrakt *och* om skälen för beslutet.

En upphandlande enhet skall, om inte annat följer av 10 §, snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt *och tillträde till ett dynamiskt inköpssystem eller om beslut att inte fullfölja ett dyna-*

*miskt inköpssystem samt om skälen för besluten. I fråga om tillträde för en leverantör till ett dynamiskt inköpssystem gäller underrättelseskyldigheten endast i förhållande till denne.*

## 16 kap.

### *Intyg och bevis avseende leverantör*

#### 4 §

*Den upphandlande enheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 3 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 3 § första stycket 5.*

*Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 3 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.*

## 17 a kap. Elektronisk auktion

#### 1 §

*En upphandlande enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet, genomföra en elektronisk auktion*



*vid*

- 1. öppet och selektivt förfarande,*
- 2. förhandlat förfarande med föregående annonsering,*
- 3. förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal, och*
- 4. inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.*

*2 §*

*Den elektroniska auktionen skall grundas på*

- 1. priser, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*
- 2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

*3 §*

*En upphandlande enhet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange det i annonsen om upphandling.*

*4 §*

*Av förfrågningsunderlaget skall framgå*

- 1. de komponenter i anbuden vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,*
- 2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras,*

baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,

3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och i förekommande fall när detta kommer att ske,

4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och

6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

De komponenter som avses i första stycket 1 skall kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.

## 5 §

Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion skall enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda relativa inbördes betydelsen av dessa.

Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud skall bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

## 6 §

*Inbjudan enligt 5 § andra stycket skall innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används samt uppgift om vilken dag och tid som den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen kan genomföras i flera på varandra följande etapper.*

*Den elektroniska auktionen får inte påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan skickats ut.*

## 7 §

*Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med den fastställda relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna.*

## 8 §

*I inbjudan skall anges även den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln skall innefatta den relativa inbördes betydelsen av alla de kriterier*

som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och som angetts i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. I den mån den relativa inbördes betydelsen av olika kriterier angetts som intervall skall dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.

Om alternativa anbud är tillåtna skall separata formler ges för varje anbud.

#### 9 §

Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande enheten omedelbart meddela alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de skall ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Den upphandlande enheten kan också lämna andra upplysningar rörande priser eller värden, under förutsättning att detta angetts i förfrågningsunderlaget. Den kan lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

#### 10 §

En elektronisk auktion skall avslutas av den upphandlande enheten

1. den dag och tid då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen skall stängas,
2. då enheten inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna

*krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 skall den upphandlande enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.*

*I fall som avses i första stycket 3 skall tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen.*

#### *11 §*

*Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen.*

#### *12 §*

*En upphandlande enhet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för upphandlingen, så som det angetts i förfrågningsunderlaget, ändras.*

## *19 kap. Upphandling under tröskelvärdena m.m.*

### *Tillämpningsområde*

#### *1 §*

*Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som*

*1. avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster), oavsett värde,*

*2. avser andra tjänster (A-tjänster), byggtreprenader eller varor, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 6 kap., eller*

*3. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.*

### *Tillämpliga bestämmelser*

#### *2 §*

*Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1 kap. (allmänna bestämmelser), 2 kap. (definitioner), 3 kap. (upphandlande enheter), 4 kap. (verksamheter som omfattas av lagen), 5 kap. (undantag), 9 a kap. (dynamiska inköpssystem), 10 kap. (inköpscentraler), 11 kap. 10 § (miljömärken), 11 kap. 18 § (bemyndigande), 17 a kap. (elektroniska auktioner) och 20 kap. 1–10 §§ (överprövning och skadestånd m.m.) samt de övriga bestämmelser i lagen som anges i detta kapitel.*

*Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 § får tillämpas vid användning av urvalsför-*

farande för tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel.

Vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 11 kap. 1–6, 8, 9, 11–16 och 18 §§, om värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 6 kap.

### 3 §

Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Tilldelning av kontrakt får göras även med användning av

1. direktupphandlingsförfarande, under de förutsättningar som anges i 4 §,

2. dynamiskt inköpssystem i enlighet med vad som anges i 9 a kap., och

3. elektronisk auktion i enlighet med vad som anges i 17 a kap.

### 4 §

Direktupphandlingsförfarande får användas om upphandlingens värde uppgår till högst

1. tio procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser varor och tjänster,

2. tjugo procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser varor och tjänster och det finns särskilda skäl, eller

3. en procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser bygg-

entreprenader.

*Direktupphandlingsförfarande får användas också om det finns synnerliga skäl.*

*Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning inom enheten av direktupphandlingsförfarande.*

#### 5 §

*Ett kontrakt får inte delas upp i syfte att det värde som anges i 4 § första stycket skall underskridas.*

#### 6 §

*Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder kvalificerade leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan särskilda formella krav.*



### *Annonsering vid förenklat förfarande*

#### *7 §*

*Vid förenklat förfarande skall den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens om inte annat följer av 9 §.*

*Kravet på allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om annonsering sker på den upphandlande enhetens hemsida och enheten har upprättat en upphandlarprofil enligt 12 kap. 5 § tredje stycket. Vad nu sagts gäller dock inte då upphandlingen avser B-tjänster och överstiger de tröskelvärden som anges i 6 kap.*

### *Annonsering vid urvalsförfarande*

#### *8 §*

*Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Vad som sägs i 7 § andra stycket gäller även vid urvalsförfarande.*

*Av inbjudan skall det framgå hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och den dag ansökan senast skall ha kommit in.*

*Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som*

den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.

### **Begäran om anbud utan föregående annonsering**

#### **9 §**

En upphandlande enhet får utan föregående annonsering skriftligen begära anbud av endast en leverantör, om sådana omständigheter föreligger som enligt 7 kap. 2 § 1, 2 och 5–12 ger en upphandlande enhet rätt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering.

Vad som sägs i första stycket gäller även när det objektivt sett endast finns en leverantör som kan uppfylla de krav som den upphandlande enheten ställer.

### **Förfrågningsunderlag**

#### **10 §**

De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag eller produkter gynnas eller missgynnas.

Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars

*inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig".*

*Vid förenklat förfarande har varje leverantör som begär det rätt att få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.*

### ***Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar***

#### ***11 §***

*En upphandlande enhet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt detta kapitel för tilldelning av kontrakt skall ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.*

*De valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga.*

*Vad som föreskrivs i 14 kap. 2–6 §§ gäller i fråga om anbud och ansökningar om att få lämna anbud vid tilldelning av kontrakt som avses i detta kapitel.*

#### ***12 §***

*Anbudsgivare och anbudsökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tiden för att få lämna ansökningar om att få lämna*

*anbud får dock normalt inte vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerades enligt 8 §.*

#### ***Innehåll i annonser m.m.***

##### ***13 §***

*I annonsen enligt 7 §, skrivelsen enligt 9 § eller förfrågningsunderlaget enligt 10 § skall anges*

- 1. hur anbud får lämnas,*
- 2. den dag då anbud senast skall ha kommit in, och*
- 3. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.*

*Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser.*

#### ***Mottagande och öppnande av anbud***

##### ***14 §***

*Anbud skall öppnas samtidigt efter anbudstidens utgång av två av den upphandlande enheten särskilt utsedda personer. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.*

### *Rättelse av fel samt förtydligande och komplettering*

#### *15 §*

*En upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningsen om att få lämna anbud.*

*Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.*

*Enheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 18 §.*

### *Uteslutning av leverantörer*

#### *16 §*

*Om den upphandlande enheten är en myndighet skall den utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i ett upphandlingsförfarande, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom har dömts för brott som innefattar*

*1. deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF,*

*2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1*

i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller

4. penninghäleri enligt 9 kap. 6 a § brottsbalken.

Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brottet.

Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket.

Om det finns synnerliga skäl får en upphandlande enhet avstå från att utesluta en leverantör enligt första stycket.

#### 17 §

En upphandlande enhet som inte är en myndighet får i enlighet med 16 § utesluta en leverantör från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i ett upphandlingsförfarande.

#### 18 §

En upphandlande enhet får utesluta en leverantör från deltagande i ett upphandlingsförfarande, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare inställt sina

*betalningar eller är underkastad näringsförbud,*

*2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,*

*3. genom lagakraftvunnen dom har dömts för brott avseende yrkesetiken,*

*4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta,*

*5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller*

*6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.*

*Om leverantören är en juridisk person får denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.*

*Den upphandlande enheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket 1–3 eller 5.*

## 19 §

Den upphandlande enheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 16 § eller 18 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 18 § första stycket 5.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 16 § eller 18 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.

**Prövning av anbud och anbudsansökningar**

## 20 §

En upphandlande enhet skall pröva alla de anbud och de ansökningar om att få lämna anbud som har kommit in i rätt tid från särskilt inbjudna anbudsökande eller från anbudsgivare som inte har uteslutits enligt 16–18 §§ eller 15 kap.

**Anbudsgivares bundenhet**

## 21 §

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått underrättelse om beslut



som avses i 25 §.

### **Grunder för tilldelning av kontrakt**

#### **22 §**

*En upphandlande enhet skall anta antingen*

*1. det anbud som är det ur den upphandlande enhetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller*

*2. det anbud som har lägst anbudspris.*

*Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.*

*Den upphandlande enheten skall vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ange de olika kriterierna i fallande prioritetsordning, om inte deras inbördes betydelse anges. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.*

*Prioritetsordningen eller kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

### *Onormalt låga anbud*

#### *23 §*

*En upphandlande enhet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligen.*

### *Dokumentation och förvaring av handlingar*

#### *24 §*

*En upphandlande enhet skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Vid användning av direktupphandlingsförfarande skall vad nu sagts gälla endast om sådant förfarande används på grund av synnerliga skäl eller om värdet på kontraktet uppgår till minst 20 procent av det tillämpliga värde som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

### *Underrättelser*

#### *25 §*

*Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande gäller i fråga om underrättelse om beslut och underrättelse på begäran vad som föreskrivs i 14 kap. 9–11 §§.*

*Vid direktupphandlingsförfarande och vid tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 § skall den upphandlande enheten,*

*när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

*Särskilda bestämmelser för tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster)*

*26 §*

*Om ett kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 uppgår till minst tröskelvärdet i 6 kap. skall den upphandlande enheten inom 60 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall anges om den upphandlande enheten godkänner att meddelandet publiceras.*

*Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.*

*27 §*

*Vid tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om*

*1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel och från rätten enligt 10 § tredje stycket att få ut förfrågningsunderlaget, och*

*2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till säkerhetspolitiska intressen.*

*Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en*

*upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.*

### **Projekttävlingar**

#### **28 §**

*Vad som föreskrivs i 8 kap. 1 § första stycket, 2–4, 6–8, 10 och 13–16 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger tröskelvärdet i 8 kap. 5 § men överstiger de värden som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

*Vid anordnande av projekttävlingar skall 3 § första stycket tillämpas. En projekttävling skall annonseras enligt 7 eller 8 § och 13 och 22 §§ skall tillämpas.*

*Vid tilldelning av kontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt detta kapitel och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna skall, om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts, vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.*

### **20 kap.**

#### **1 §**

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan enligt

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf (*ansökan om överprövning*).

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan om

*första stycket* inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid *tillämpning av* annat upphandlingsförfarande *än som avses i andra stycket* får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar enligt 14 kap. 7 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

*Vad som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte*

1. *i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller*

2. *om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten*

*överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid *tilldelning av kontrakt genom ett annat upphandlingsförfarande* får en ansökan *om överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, *ett ramavtal eller ett kontrakt som tilldelats i enlighet med ett ramavtal efter en förnyad inbjudan att lämna anbud* föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande enheten lämnat upplysningar enligt 14 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet, *om inte annat följer av fjärde stycket.*

*Vad som sägs i tredje stycket 2 gäller inte i fråga om en ansökan från annan än den som fört talan i målet och inte heller om det interimistiska beslutet upphävts av Regeringsrätten.*

*och inte heller kan hänföras till denna.*

*1 a §*

*Vad som sägs i 1 § tredje stycket andra meningen gäller inte*

*1. i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 §, om regeringen föreskriver om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller*

*2. om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.*

---

Denna lag träder i kraft den [...]. Äldre bestämmelser tillämpas i fråga om upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Dock tillämpas även i fråga om sådana upphandlingar de nya bestämmelserna i 20 kap. 1 och 1 a §§.

### 3 Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Härigenom föreskrivs i fråga om sekretesslagen (1980:100) att 6 kap. 2 § skall ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

#### 6 kap.

##### 2 §<sup>3</sup>

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

*Under en elektronisk auktion enligt 14 a kap. lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster eller 17 a kap. lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, tran-*

---

<sup>3</sup>Senaste lydelse 2002:593.

*sporter och posttjänster får dock uppgifter om en anbudsgivares plats i rangordningen och, om det behövs för att en anbudsgivare skall kunna lämna ett nytt anbud, även uppgifter som avses i 14 a kap. 9 § andra stycket den först nämnda lagen och i 17 a kap. 9 § andra stycket den sist nämnda lagen lämnas ut.*

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

---

Denna lag träder i kraft den [...].



# 1 Inledning

## 1.1 Utredningsuppdraget

Utredningens huvudsakliga uppdrag (dir. 2004:47, se bilaga 1) har varit att lämna förslag till hur två EG-direktiv skulle genomföras i svensk rätt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I uppdraget har ingått att föreslå ändringar i bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena och där denna direktivregel ändrats.

I en andra etapp av utredningsarbetet skulle utredningen bedöma om de tre nya rättsliga figurerna konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion, skulle föras in i den svenska lagstiftningen.

Genom tilläggsdirektiv (dir. 2005:39, se bilaga 2) fick utredningen i uppdrag att ytterligare undersöka möjligheterna att ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav vid upphandling och att bedöma möjligheten av att införa en bestämmelse om att miljökrav och sociala krav bör ställas vid upphandling.

Vidare skall utredningen enligt tilläggsdirektiven göra en allmän översyn av bestämmelserna om upphandling som inte alls eller endast delvis omfattas av EG-direktivens bestämmelser, i huvudsak bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. I det sammanhanget skall utredningen analysera om ett fastställt värde för direktupphandling bör införas. I analysen skall ingå en bedömning av möjligheten för kommuner och/eller lands-ting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling.

I uppdraget ingår också att göra en översyn av vissa bestämmelser som rör överprövningsinstitutet, att analysera möjligheterna att införa en preklusionsfrist under upphandlingsförfarandet och att analysera möjligheten att på annat sätt effektivisera överprövningsinstitutet.

Slutligen ingår i uppdraget att utreda om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya EG-direktiven.

Utöver vad som står i tilläggsdirektiven behandlar utredningen på nytt frågan om införandet av möjligheten att använda inköpscentraler.

## **1.2 Utredningens delbetänkande (SOU 2005:22) Nya upphandlingsregler**

I delbetänkandet har utredningen lämnat förslag till två nya lagar om upphandling som motsvarar de delar av de två EG-direktiven som medlemsstaterna är skyldiga att genomföra. I betänkandet föreslogs därutöver att direktivens icke obligatoriska bestämmelser om ramavtal och inköpscentraler skulle föras in i de svenska lagarna.

På grund av uppdragets utformning och tidsbrist föreslogs i delbetänkandet endast sådana ändringar av gällande bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena m.m. och om överprövning m.m. som var nödvändiga för att anpassa bestämmelserna till de lämnade förslagen i övrigt.

Delbetänkandet har remissbehandlats.

## **1.3 Utredningens arbete**

Under arbetets gång har utredningen haft möten med den referensgrupp som knutits till utredningen.

Utredningen har besökt företrädare för Chancellerie du Premier Ministre, Bryssel, Ministerie van Economische Zaken, Haag och The Office of Government Commerce (OGC), London.

Utredningen har sammanträffat med företrädare för Föreningen för Rättvisemärkt i Sverige, Göteborgs Stads Upphandlings AB, Nätverket Rena Kläder, Röda Korsets ungdomsförbund, Stockholms Handelskammare, Svenska Naturskyddsföreningen, Sveriges läkarförbund och Trade Extensions AB.

Utredningens sekreterare har deltagit i ett nordiskt möte i Finland om genomförandet av de nya upphandlingsdirektiven.

#### **1.4 Inkomna skrivelser**

Skrivelser har kommit in från AB Svenska Miljöstyrningsrådet, Handikappförbundens samarbetsorgan, KFS Företagsservice AB, LO-TCO Rättsskydd AB, Praktikertjänst AB Hälso- och sjukvård, SKTF, Statskontoret, Svenskt Näringsliv, Sveriges Arkitekter, Sveriges Kommuner och Landsting, Sveriges Offentliga Inköpare och Säffle kommun.

#### **1.5 Lagrådsremiss**

En remiss med anledning av utredningens förslag i delbetänkandet kommer enligt uppgift att överlämnas till Lagrådet under våren 2006. Innehållet i lagrådsremissen har därför inte kunnat beaktas vid utformningen av förslagen i detta betänkande.

## 2 Konkurrenspräglad dialog

### 2.1 Uppdraget

I det klassiska direktivet finns regler om ett nytt förfarande, konkurrenspräglad dialog, som enligt artikel 28 i direktivet kan användas i stället för öppet eller selektivt förfarande. Medlemsstaterna har enligt direktivet möjlighet att tillåta förfarandet men är inte skyldiga att göra det. I utredningens uppdrag ingår att ta ställning till om förfarandet bör göras tillgängligt i Sverige. Konkurrenspräglad dialog förekommer inte i försörjningsdirektivet.

Konkurrenspräglad dialog får enligt artikel 29.1 första stycket användas vid särskilt komplicerade kontrakt, om den upphandlande myndigheten anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Förfarandet präglas särskilt av att det innefattar möjlighet för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst skall kunna tillgodoses.

I utredningens uppdrag ingår också att undersöka hur andra medlemsländer ställer sig till förfarandet. Utredningen har av praktiska skäl begränsat undersökningen till Belgien, Danmark, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike. Även förhållandena i Norge har undersökts.

### 2.2 EG-direktivet

Vissa skäl för införandet av förfarandet konkurrenspräglad dialog anges i beaktandesatserna 31 och 41. Vad som förstås med konkurrenspräglad dialog anges sedan i artikel 1.11 c medan förfarandet som sådant regleras i artikel 29. Vidare finns bestämmelser om skyldighet att annonsera i artikel 35.2, tidsfrister i artikel 38.3 a, om

inbjudan och tillgång till förfrågningsunderlag m.m. i artikel 40 och om minsta antal deltagare i förfarandet i artikel 44.3.

I beaktandesats 31 sägs:

Upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt kan objektivt sett vara oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar, utan att därmed behöva utsättas för någon kritik. Detta kan bland annat inträffa vid genomförandet av större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Om sådana kontrakt inte kan tilldelas genom användning av öppna eller selektiva förfaranden, bör följaktligen ett flexibelt förfarande föreskrivas som garanterar såväl konkurrensen mellan de ekonomiska aktörerna som den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla synpunkter på kontraktet med varje enskild anbudssökande. Detta förfarande får dock inte användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids, särskilt inte genom att grundläggande delar av anbuderna ändras, genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga.

Beaktandesats 41 lyder i nu relevanta delar:

I konkurrenspräglad dialog – – – bör den upphandlande myndigheten, med hänsyn till den flexibilitet som kan behövas samt till de alltför höga kostnader som hör samman med upphandlingsmetoder, tillåtas att genomföra förfarandet i successiva steg för att på grundval av på förhand angivna tilldelningskriterier efterhand minska det antal anbud som den fortsätter att diskutera – – –. Denna begränsning bör garantera verklig konkurrens, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga lösningar eller anbudssökande.

Konkurrenspräglad dialog är enligt artikel 1.11 c första stycket

– – – ett förfarande som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.

Ett kontrakt skall enligt artikel 1.11 c andra stycket anses vara särskilt komplicerat om en upphandlande myndighet

– inte objektivt kan definiera de tekniska medel enligt artikel 23.3 b, 23.3 c eller 23.3 d som kan tillgodose dess mål eller behov och/eller

- inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt.

Artikel 28 andra stycket andra meningen har följande lydelse:

Under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29 får en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa den konkurrenspräglade dialogen.

Artikel 29 har följande lydelse:

1. Vid särskilt komplicerade kontrakt får medlemsstaterna föreskriva att den upphandlande myndigheten, om den anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt, får använda sig av en konkurrenspräglad dialog enligt denna artikel.

Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske enbart på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Den upphandlande myndigheten skall offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav, som den skall definiera i detta meddelande och/eller i ett beskrivande dokument.

3. Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52, där dialogens syfte skall vara att identifiera och definiera hur dess behov bäst skall kunna tillgodoses. Under denna dialog får den diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökanden.

Den upphandlande myndigheten skall under dialogen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. De skall i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

4. Den upphandlande myndigheten får föreskriva att förfarandet skall äga rum i successiva steg för att minska det antal lösningar som skall diskuteras under dialogen, på grundval av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet. Det skall anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

5. Den upphandlande myndigheten skall fortsätta denna dialog tills den kan identifiera lösningar som tillgodoser dess behov, vid behov efter att ha jämfört dessa lösningar.

6. Efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta skall den upphandlande myndigheten uppmana dem att lämna sitt slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud

skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

På begäran av den upphandlande myndigheten får dessa anbud klarläggas, preciseras och finjusteras. Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring riskerar att snedvrider konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt.

7. Den upphandlande myndigheten skall bedöma de inkomna anbuden på grundval av de i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet fastställda tilldelningskriterierna och välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53.

På den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

8. Den upphandlande myndigheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen.

## **2.3 Andra länder**

### **2.3.1 Belgien, Finland, Nederländerna och Österrike**

Möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog införs i nära överensstämmelse med direktivtexten.

### **2.3.2 Danmark**

Danmark har genomfört det klassiska direktivet genom en s.k. bekendtgørelse. Möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog har införts (§ 3 första stycket i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, BEK nr 937 af 16/09/2004) och gäller inom det direktivstyrda området.

Konkurrencestyrelsen har utfärdat en vägledning till upphandlingsdirektiven där de nya bestämmelserna kommenteras.

Beträffande konkurrenspräglad dialog innehåller vägledningen till största delen en redogörelse för direktivets bestämmelser. Det konstateras att konkurrenspräglad dialog är ”en hybrid mellem

udbud efter forhandling og et traditionelt udbudsforløb, dvs. et begrænset udbud.” (avsnitt 6.1.3). Vidare uttalas angående begreppet särskilt komplicerat kontrakt bl.a. följande.

Den ”umulighed” direktivet henviser til skal forstås som et absolut begreb. Det er altså ikke tilstrækkeligt, at den konkrete ordregiver har vanskeligt ved at opstille kravene, fordi vedkommende fx ikke er vant til at gennemføre udbud. Der må derimod være tale om, at typen af opgave generelt vanskeligt lader sig beskrive. Der må herudover tages hensyn til, om ordregiver nemt kan skaffe sig hjælp til beskrivelsen hos professionelle.

Som exempel på särskilt komplicerade kontrakt anges upphandlingar på områden där den tekniska utvecklingen går snabbt.

Det konstateras att den konkurrenspräglade dialogen förs individuellt mellan den upphandlande myndigheten och varje enskild deltagare och endast avser den deltagarens lösning, eftersom den upphandlande myndigheten inte utan samtycke får avslöja de lösningar som en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information. Om samtycke lämnats, kan en lösning dock bli föremål för allmän diskussion.

Av artikel 29 framgår inte om leverantörerna, sedan dialogen avslutats, skall lämna slutliga anbud på en och samma lösning eller på den egna lösningen. I vägledningen sägs bl.a. följande.

Efter styrelsens opfattelse må bestemmelsen dog forstås således, at den enkelte virksomhed som udgangspunkt giver tilbud på sit eget løsningsforslag. Dette understøttes af, at ordregiver ikke uden samtykke må afsløre en deltagers løsning overfor andre deltagere, og at der ikke udarbejdes udbudsmateriale efter afslutningen af dialogen. – I tilfælde hvor ordregiver har fået samtykke til at bruge en tilbudsgivers løsning eller dele heraf, vil der dog kunne forekomme et samlet koncept, der gives tilbud på. Det skal i denne forbindelse nævnes, at der er mulighed for at betale tilbudsgiverne for deres løsningsforslag.

Det framhålls att det inte längre är möjligt att förhandla eller föra en dialog i tilldelningsfasen.



### 2.3.3 Storbritannien

Storbritannien har genomfört reglerna om konkurrenspräglad dialog. I ett "Consultation Document" angående genomförandet av det klassiska direktivet uttalas bl.a. följande (s. 10 f.).<sup>1</sup>

This is a new procedure aimed at providing a flexible approach to the award of complex projects, when the end result that is sought is known, but not how this might be achieved, either in terms of financial or legal structure or technical requirements. [...]

The final text for competitive dialogue was achieved after lengthy negotiation and lobbying, with the aim that the procedure should fit as much as possible with UK best practice on the award of PFI<sup>2</sup> contracts [...]. In implementing this new procedure our aim will be to stick as closely as possible to the final text, because any substantive departure would undoubtedly raise questions that the UK was trying to interpret the provision to suit our own circumstances.

### 2.3.4 Norge

Möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog föreslås bli genomförd vid upphandling över de gemenskapsrättsliga tröskelvärdena<sup>3</sup>. Beträffande upphandling under tröskelvärden förutsätts "at prosedyren konkurransen med forhandling kan benyttes til å gjennomføre et innkjøp etter modellen for konkurransepreget dialog. Oppdragsgiver står følgelig fritt til å benytte konkurransepreget dialog under EØS-terskelverdiene." (s. 30).

Det konstateras att förfarandet med konkurrenspräglad dialog är krävande och därför särskilt avsett för stora och komplicerade kontrakt. Eftersom leverantörerna kommer att använda dialogfasen för att presentera sina lösningar, kan förfarandet antas leda till ökad kompetens och erfarenhet hos upphandlande myndigheter.

---

<sup>1</sup> Dokumentet är tillgängligt på Office of Government Commerce (OGC) hemsida, [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk)

<sup>2</sup> PFI är en förkortning av Private Finance Initiative. I en sammanfattning av Statskontorets rapport Privatfinansiering genom partnerskap (1998:12) uttalas bl.a. följande. "Idén om ... partnerskapslösningar introducerades ursprungligen i Storbritannien genom det s.k. privata finansieringsinitiativet (Private Finance Initiative, PFI). Allteftersom erfarenheter har vunnits har den ursprungliga modellen för PFI kommit att utvecklas till ett s.k. Public Private Partnership (PPP), dvs. mer av ett partnerskap mellan den privata och offentliga sektorn. I Storbritannien har sådana PPP-projekt givit upphov till stora kostnadsbesparingar. Också inom EU ses PPP som ett viktigt medel för att förbättra kostnadseffektiviteten inom bl.a. transportsektorn och minska behovet av offentliga bidrag till infrastrukturinvesteringar."

<sup>3</sup> Høringsnotat den 6 april 2005 med förslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Enligt vad som sägs i förslaget förefaller konkurrenspräglad dialog kunna användas inte endast när det är omöjligt att utforma någon form av specifikation utan även när det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda. Vidare sägs att det skall vara objektivt omöjligt att använda öppet eller selektivt förfarande och att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att omöjlighet föreligger. Den närmare innebörden av konkurrenspräglad dialog överlämnas till praxis.

Förfrågningsunderlaget vid en konkurrenspräglad dialog måste ge en mycket god beskrivning av uppdragsgivarens behov och önskemål. Det konstateras att "[p]å grunn av valgfriheten ved prosedyren må det i [förfrågningsunderlaget] presiseres hvordan oppdragsgiver skal gå frem for å velge leverandør." (s. 28).

I förslaget sägs vidare att det är lösningar och inte leverantörer som kan väljas bort i dialogfasen. En leverantör som har föreslagit flera lösningar är alltså med i dialogen så länge inte alla hans lösningar har uteslutits.

Det konstateras att det vid den slutgiltiga anbudsgivningen måste vara fråga om att leverantörerna lämnar anbud som avser vars och ens egen lösning eftersom myndigheten inte utan den enskilde leverantörens tillstånd får lämna ut information om dennes anbud till övriga leverantörer.

## 2.4 Regeringens innovationsstrategi

I Ds 2004:36, Innovativa Sverige – En strategi för tillväxt genom förnyelse tas frågan om offentlig upphandling upp. I rapporten (s. 34) anges bl.a. följande (kursiveringar tillagda):

Offentliga verksamheter måste i sin roll som upphandlare samtidigt som de tillfredsställer de samhälleliga behoven kraftfullt driva på teknikutveckling och affärsmöjligheter. Former för hur små och medelstora företag i större utsträckning än i dag ska kunna bli delaktiga i den offentliga upphandlingen av teknik- och upphandlingsintensiva produkter och tjänster bör övervägas. Upphandlingsinstrumentet bör bli skarpare och i större utsträckning samordnas av tydliga beställare som kan artikulera de behov som ska tillgodoses. För ekologiskt hållbar upphandling har enskilda instrument utarbetats. *Regelverket för offentlig upphandling behöver förändras så att det blir lättare att ställa specifika krav, vilket kan stimulera framväxten av ny teknik.* För exempelvis lösningar som ger bättre effektivitet och kvalitet inom vård och civil säkerhet finns stora behov och en stor

potential. Inom dessa områden finns många beställare som kan samordnas bättre för att kraftfullt driva fram nya och bättre lösningar.

## 2.5 Överväganden

**Utredningens förslag:** Bestämmelser tas in i den klassiska lagen som gör det möjligt att använda en konkurrenspräglad dialog vid upphandling. Bestämmelserna utformas i nära överensstämmelse med bestämmelserna i EG-direktivet inom den klassiska sektorn.

### 2.5.1 Frågan om möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog skall införas i den klassiska lagen

Utredningen skall ta ställning till om det finns skäl att öppna möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog vid upphandling enligt den klassiska lagen.

Vid sidan av de två förfaranden för upphandling som alltid får användas, öppet och selektivt förfarande, innehåller direktivet två förfaranden som får användas endast under vissa förutsättningar, förhandlat förfarande (med eller utan meddelande om upphandling, i det i delbetänkandet lämnade lagförslaget kallat förhandlat förfarande med respektive utan föregående annonsering) och konkurrenspräglad dialog. Förfarandet konkurrenspräglad dialog förete vissa likheter med förhandlat förfarande med föregående annonsering men knappast med förhandlat förfarande utan föregående annonsering. När i fortsättningen uttrycket förhandlat förfarande används avses därför endast förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Konkurrenspräglad dialog har ett vidare tillämpningsområde än förhandlat förfarande genom att det får användas oavsett om upphandlingen avser byggtreprenader, varor eller tjänster, medan förhandlat förfarande däremot (enligt artikel 30.1 c) får användas i princip endast för upphandling av vissa tjänster, t.ex. finansiella tjänster och intellektuella tjänster.

För att konkurrenspräglad dialog skall få användas skall det vara fråga om särskilt komplicerade kontrakt och den upphandlande myndigheten skall anse att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Förhandlat för-

farande får användas bl.a. om arten av de tjänster som skall tillhandhållas är sådan att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet.

Båda förfarandena kan genomföras i successiva steg (artikel 29.4 respektive artikel 30.4).

Konkurrenspräglad dialog ger större möjligheter än förhandlat förfarande till dialog mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna innan ett formellt och slutligt anbud lämnas men sannolikt mindre möjligheter till dialog efter det att anbuden lämnats. Enligt artikel 30.2 skall den upphandlande myndigheten vid användning av det förhandlade förfarandet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som den upphandlande myndigheten har angett och för att få fram det bästa anbudet. Vid användning av konkurrenspräglad dialog får, på begäran av den upphandlande myndigheten, de anbud som lämnats klarläggas, preciseras och finjusteras, vilket synes ge mindre långtgående möjligheter till ändringar än som är fallet vid användning av det förhandlade förfarandet.

Den möjlighet som den konkurrenspräglade dialogen ger till diskussion med leverantörer innan de slutliga anbuden lämnas bör kunna bidra till att precisera den upphandlande myndighetens behov och krav och därigenom bidra också till att förbättra upphandlingens kvalitet i fråga om särskilt komplicerade kontrakt. Vad nu sagts talar för att förfarandet görs tillgängligt i Sverige.

Bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog är varken tydligare eller otydligare än merparten av bestämmelserna i direktivet. De flesta andra bestämmelserna i direktivet motsvaras av likadana eller liknande bestämmelser i äldre direktiv, vilket medför att osäkerheten om tillämpningen av dessa bestämmelser minskat. Detsamma får antas komma att gälla även för bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog. Den omständigheten att det nya förfarandet inte i alla delar är så tydligt som kunnat önskas är därför enligt utredningens mening inte tillräckligt skäl för att avstå från att göra förfarandet tillgängligt i Sverige.

Konkurrenspräglad dialog har införts i direktivet för att göra det möjligt att genomföra särskilt komplicerade upphandlingar. Enligt utredningens mening kan i vissa fall ett alternativt sätt vara att genomföra en komplicerad upphandling genom att det först i en fristående upphandling avgörs vad som skall upphandlas och därefter i ett andra fristående steg avgörs vem som skall utföra det

som skall upphandlas. Ett sådant förfarande förefaller dock ha vissa begränsningar. På områden där det t.ex. kan vara fråga om att utveckla eller använda ny teknik eller avancerade nya metoder skulle företag kunna tänkas vara obenäga att avslöja sina hemligheter i den första upphandlingen utan någon garanti för att senare tilldelas kontraktet att utföra det som skall upphandlas.

Vidare finns möjligheten som anges i beaktandesats 8 i direktivet att genomföra en ”teknisk dialog” innan upphandlingen inleds. Ett sådant förfarande innebär att den upphandlande myndigheten diskuterar tänkbara lösningar med eventuella leverantörer. Resultatet av dialogen läggs till grund för förfrågningsunderlaget för den därpå följande upphandlingen. Förfarandet medför emellertid risken att någon leverantör genom den tekniska dialogen får ett alltför stort inflytande på underlaget för upphandlingen, vilket i en överprövning kan ifrågasättas från likabehandlingssynpunkt.

Vad nu sagts innebär enligt utredningens uppfattning att konkurrenspräglad dialog kan fylla den funktion den är avsedd att fylla.

Det kan också påpekas att det, som nyss nämnts, i regeringens innovationsstrategi anges att regelverket för offentlig upphandling behöver förändras så att det blir lättare att ställa specifika krav, vilket kan stimulera framväxten av ny teknik. Här kan möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog ha betydelse.

Sammanfattningsvis anser utredningen att det finns anledning att införa bestämmelser om konkurrenspräglad dialog i den klassiska lagen. Det kan sannolikt finnas ett behov av förfarandet även vid upphandling av B-tjänster, som ju kan avse både komplicerade förhållanden och stora belopp. Enbart den omständigheten att behovet av förfarandet torde vara mindre när det gäller annan upphandling under tröskelvärdena är enligt utredningens mening inte skäl för att utesluta användning av förfarandet i sådana fall.

Utredningen anser därför att förfarandet konkurrenspräglad dialog bör kunna användas utan andra begränsningar än de som allmänt gäller för förfarandet.

Bedömningen av om ett kontrakt är särskilt komplicerat skall göras med utgångspunkt i kontraktet som sådant och inte i den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling. Bedömningen skall i stället ske utifrån vad som för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat.

Konkurrenspräglad dialog är ett upphandlingsförfarande vid sidan av andra förfaranden. De allmänna gemenskapsrättsliga principer som generellt skall tillämpas vid upphandling skall därför tillämpas också vid användning av konkurrenspräglad dialog. Bestämmelsen i 1 kap. 5 § den klassiska lagen om principer för tilldelning av kontrakt gäller även den konkurrenspräglade dialogen.

I enlighet med utredningens ställningstagande i delbetänkandet bör de svenska bestämmelserna så långt det är möjligt och lämpligt utformas i nära överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

I artikel 29.3 tredje stycket i direktivet finns en bestämmelse om sekretess som innebär att den upphandlande myndigheten inte får röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Enligt utredningens uppfattning täcks den i artikeln föreskrivna sekretessen av 6 kap. 2 § tredje och fjärde styckena och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) samt av 1 och 2 §§ lagen (1990:409) om företagshemligheter. Det kan noteras att de bestämmelser i direktivet som reglerar det förhandlade förfarandet saknar regler om sekretess motsvarande dem i artikel 29.3 tredje stycket.

## 2.5.2 Överprövning

### Inledning

Med utgångspunkt i den inledningsvis lämnade redogörelsen för direktivets bestämmelser om konkurrenspräglad dialog torde vissa beslut vara av särskilt intresse från ett överprövningsperspektiv. De beslut som avses är beslutet att använda konkurrenspräglad dialog (inbegripet bedömningen av att det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt), beslutet att välja ut vissa leverantörer med vilka dialogen skall inledas, beslutet att utesluta en lösning om dialogen skall genomföras i successiva steg, beslutet att avsluta dialogen, beslut som avser ändringar av ett slutgiltigt anbud och beslut som avser ändringar i det valda anbudet. Besluten behandlas i tur och ordning i det följande. Begreppet beslut bör ges den vida tolkning som framgår av EG-domstolens praxis (se avsnitt 9.5.1).

### Beslutet att använda konkurrenspräglad dialog

Förutsättningarna för att få tillämpa förfarandet konkurrenspräglad dialog är att det kontrakt som skall tilldelas är särskilt komplicerat och att den upphandlande myndigheten anser att öppet eller selektivt förfarande inte kan tillämpas. Som framgått bör bedömningen ske utifrån vad som för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat.

Tillämpningen av en sådan objektiverad bedömningsgrund talar för att beslutet att använda den konkurrenspräglade dialogen är möjligt att överpröva. Det kan även hävdas att en överprövning är lämplig; den konkurrenspräglade dialogen lämnar ju ett förhållandevis stort mått av frihet åt den upphandlande myndigheten att påverka utformningen av de slutliga anbuden. I beaktandesats 31 sägs att förfarandet inte får användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids.

EG-domstolen har i flera fall prövat om förutsättningar för tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering förelegat.<sup>4</sup> Av domstolens praxis framgår att villkoren för att få tillämpa förfarandet skall tolkas strikt och att den upphandlande enheten har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda.<sup>5</sup> Domstolens synsätt är motiverat av att förfarandet har undantagskaraktär; det erbjuder inte samma grad av konkurrensutsättning, objektivitet och öppenhet som det öppna och selektiva upphandlingsförfarandet.

Den frihet som den konkurrenspräglade dialogen ger i jämförelse med andra förfaranden motiverar att myndighetens beslut att använda konkurrenspräglad dialog bör kunna överprövas. Det får anses vara en öppen fråga om möjligheten att tillämpa konkurrenspräglad dialog skall tolkas restriktivt.

### Beslut att välja ut vissa leverantörer med vilka dialogen skall inledas

Den konkurrenspräglade dialogen innebär att de leverantörer som är intresserade av att delta lämnar in anbudsansökningar till den upphandlande myndigheten. På grundval av anbudsansökningarna och med tillämpning av sedvanliga urvalskriterier avseende leve-

---

<sup>4</sup> T.ex. domstolens dom den 14 september 2004 i mål C-385/02, kommissionen mot Italien, REG 2004 s. I-8121.

<sup>5</sup> Punkterna 19 och 37 i domen i mål C-385/02.

rantörernas lämplighet och förmåga att fullgöra kontraktet skall myndigheten välja de leverantörer med vilka den vill föra dialogen.

Artikel 29 innehåller inte någon särskild bestämmelse om att en leverantör skall underrättas om att han valts bort i detta skede (jfr bestämmelsen i artikel 33.4 andra stycket i det klassiska direktivet som ålägger den upphandlande myndigheten att underrätta en leverantör om att han inte tagits med i ett dynamiskt inköps-system).

Enligt de allmänna reglerna i artikel 41.1 i det klassiska direktivet skall den upphandlande myndigheten underrätta anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningen av ett kontrakt. Någon skyldighet att dessförinnan underrätta sökandena om att de inte valts ut till en konkurrenspräglad dialog föreskrivs inte i artikeln.

Beslutet att välja vissa leverantörer (och därmed välja bort andra) har naturligtvis betydelse för de bortvalda leverantörerna som därför måste anses ha ett berättigat intresse av att få beslutet överprövat. För att en överprövning skall kunna begäras bör införas en skyldighet för den upphandlande myndigheten att underrätta dessa leverantörer om att de inte får delta i dialogen.

### **Beslut att utesluta en lösning**

Direktivet anger inte närmare hur dialogen och, i förekommande fall, det successiva uteslutandet skall gå till. Det förefaller som om den upphandlande myndigheten är fri att själv närmare utforma denna del av förfarandet. Om den upphandlande myndigheten genomför dialogen i successiva steg, kommer vissa lösningar (leverantörer) att uteslutas. Om en leverantör föreslagit endast en lösning, vilket kan förmodas bli det vanliga, innebär naturligtvis en uteslutning av den lösningen att även leverantören som lämnat lösningen utesluts. Beslut att utesluta vissa lösningar har givetvis betydelse för de leverantörer som berörs. Artikel 29 innehåller inte någon särskild bestämmelse om underrättelseskyldighet beträffande beslut av sådant slag. Situationen tycks inte heller täckas av de allmänna bestämmelserna i artikel 41.1. En sådan underrättelseskyldighet bör införas. Därigenom skapas förutsättningar för att beslut av detta slag kan överprövas.



### Beslutet att avsluta dialogen

Enligt artikel 29.6 första stycket är den upphandlande myndigheten skyldig att informera deltagarna i en konkurrenspräglad dialog om sitt beslut att avsluta dialogen. Efter det att dialogen avslutats skall den upphandlande myndigheten uppmana de kvarvarande leverantörerna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av de lösningar som presenterats och specificerats under dialogen. Utredningen utgår från att det i regel är fråga om att varje leverantörs slutliga anbud skall avse den leverantörens lösning. Beslutet att avsluta dialogen kan ha betydelse för en leverantör som anser att hans lösning inte diskuterats klart och bör därför kunna överprövas.

### Beslut som avser ändringar av ett slutgiltigt anbud

Enligt artikel 29.6 första stycket skall ett slutgiltigt anbud innehålla alla villkor som är nödvändiga för att genomföra projektet i fråga. Enligt artikelns andra stycke får på begäran av den upphandlande myndigheten en leverantör klarlägga, precisera eller finjustera sitt slutgiltiga anbud så länge grundläggande delar av anbudet inte ändras. Om myndigheten godtar en ändring som är så pass ingripande att t.ex. likabehandlingsprincipen åsidosätts, har självfallet övriga leverantörer ett intresse av att få detta beslut överprövat. Väljs ett på detta sätt justerat anbud torde övriga leverantörer få kännedom om ändringarna i samband med att de underrättas om tilldelningsbeslutet och om skälen för detta beslut. Detta kan anses tillräckligt. Leverantörerna har ett intresse av att få ett beslut att godta vissa ändringar i ett anbud överprövat endast i det fallet att det ändrade anbudet väljs.

### Beslut som avser ändringar i det valda anbudet

På motsvarande sätt som gäller beträffande ändringar av ett slutgiltigt anbud godtas enligt artikel 29.7 andra stycket ändringar av det valda anbudet förutsatt att väsentliga delar av detta anbud förblir intakta. Även i denna situation kan övriga leverantörer sägas ha ett intresse av att få den upphandlande myndighetens beslut att godta ingripande ändringar överprövat. Ett sådant beslut kan ju

strida mot likabehandlingsprincipen eller ha konkurrenssnedvridande effekter.

Eftersom det är fråga om komplicerade projekt torde det dock vara rimligt att utgå från att en sådan efterföljande diskussion med den utvalde leverantören inte kommer i gång, och framför allt inte slutförs, förrän efter det att fristen för att genomföra en överprövning löpt ut. Diskussioner av aktuellt slag torde regelmässigt äga rum i samband med fullgörandestadiet, dvs. i ett skede som inte regleras av direktivet. Den möjlighet som då står en leverantör till buds är att väcka talan om skadestånd. Detta torde vara tillräckligt.

### Sammanfattande slutsatser

Bland de beslut som nu behandlats är det endast den upphandlande myndighetens beslut att avsluta en konkurrenspräglad dialog som, i följd av myndighetens särskilda underrättelseskyldighet enligt artikel 29.6 första stycket, torde ha förutsättningar att bli överprövat innan myndigheten fattat sitt tilldelningsbeslut. Även en leverantör som inte väljs ut till dialog eller en leverantör som visserligen får vara med i denna fas men vars lösning senare ratas måste anses ha ett berättigat intresse av att få sådana beslut överprövade i ett skede där det fortfarande är möjligt att släppa in dem i en pågående dialog. En ordning som gör detta möjligt torde även bidra till förfarandets effektivitet. Vad nu anförts talar för att reglerna om konkurrenspräglad dialog bör kompletteras med bestämmelser som ålägger den upphandlande myndigheten att underrätta berörd leverantör om att han inte får delta i dialogen eller om att hans lösning valts bort.

Direktivets krav på sekretess beträffande de lösningar som leverantörerna föreslagit torde begränsa myndighetens möjligheter att motivera för den berörde leverantören varför han inte får delta i dialogen eller varför hans lösning ratats. Därigenom begränsas självfallet leverantörens argumentation i en eventuell överprövningsprocess. Denna begränsning motiverar dock inte att lagstiftaren bör avstå från att införa regler om en underrättelseskyldighet av aktuellt slag.

## 2.6 Nödvändiga författningsändringar

Införandet av möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog kräver ändringar av det lagförslag som lämnades i delbetänkandet.

Definitionen av begreppet anbudssökande i 2 kap. 10 § kompletteras.

En definition av konkurrenspräglad dialog förs in i 2 kap. 16 a § och i 5 kap. 2 § införs en bestämmelse om att konkurrenspräglad dialog får användas. Vidare skall 5 kap. 3 § 1, 4 §, 11 § första stycket och 12 §, 8 kap. 17 § första stycket och 20 § 3 samt 10 kap. 4 § första stycket och 5 § kompletteras med bestämmelser om konkurrenspräglad dialog. I den konkurrenspräglade dialogen kan förekomma ett ”beskrivande dokument”. Bestämmelserna i 5 kap. 6 §, 8 kap. 17 § andra stycket, 18 § första stycket, 19 § första stycket och 20 § 5 skall därför kompletteras med bestämmelser om ett sådant dokument.

Övriga bestämmelser om konkurrenspräglad dialog tas in i 5 kap. 2 a–2 l §§.

Enligt artikel 35.2 i direktivet finns en skyldighet att annonsera vid bl.a. konkurrenspräglad dialog. Denna skyldighet täcks av den generella skyldigheten att annonsera upphandlingar som föreskrivs i 9 kap. 1 § i lagförslaget som lämnades i delbetänkandet och någon ändring i lagen krävs därför inte.

## 3 Dynamiskt inköpssystem

### 3.1 Uppdraget

I de nya upphandlingsdirektiven finns bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Ett dynamiskt inköpssystem består av två steg. I det första steget skall systemet införas av en upphandlande myndighet/enhet, som därvid skall följa bestämmelserna om öppet förfarande. I det andra steget skall kontrakt tilldelas inom ramen för det dynamiska inköpssystemet. I båda stegen skall uteslutande elektroniska medel användas. Medlemsstaterna har enligt direktiven möjlighet att tillåta förfarandet men är inte skyldiga att göra det.

Utredningens uppdrag när det gäller dynamiska inköpssystem är att ta ställning till om dessa system bör göras tillgängliga i Sverige.

I utredningens uppdrag ingår också att undersöka hur andra medlemsländer ställer sig till införandet av dynamiska inköpssystem. Utredningen har av praktiska skäl begränsat undersökningen till Belgien, Danmark, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike. Även förhållandena i Norge har undersökts.

### 3.2 EG-direktiven

Bestämmelserna om dynamiska inköpssystem är i allt väsentligt likalydande i de båda direktiven. En definition av dynamiskt inköpssystem finns i artikel 1.6 i det klassiska direktivet och i artikel 1.5 i försörjningsdirektivet. Bestämmelserna om systemen finns i artikel 33 i det klassiska direktivet och i artikel 15 i försörjningsdirektivet. De behandlas också i beaktandesatserna (12 och 13 i det klassiska direktivet, 20 och 21 i försörjningsdirektivet).

Eftersom bestämmelserna i direktiven är sinsemellan lika i sak behandlas i det följande endast bestämmelserna i det klassiska direktivet. Då en beaktandesats eller en artikel anges avses alltså det

klassiska direktivet medan motsvarande beaktandesats eller artikel i försörjningsdirektivet anges inom parentes.

Med dynamiskt inköpssystem förstås enligt artikel 1.6 (1.5)

en helt elektronisk process för köp av sådant som vanligen används och vars egenskaper så som de är allmänt tillgängliga på marknaden tillfredställer den upphandlande myndighetens behov, som är tidsbegränsad och under hela varaktigheten öppen för varje ekonomisk aktör som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

I beaktandesats 12 (20) anges:

Nya förfaranden för elektronisk upphandling utvecklas ständigt. Dessa förfaranden möjliggör ökad konkurrens och förbättrad effektivitet vid offentlig upphandling, särskilt genom de besparingar i tid och kostnader som användningen medför. Den upphandlande myndigheten får använda elektroniska upphandlingsförfaranden om detta sker i överensstämmelse med bestämmelserna i detta direktiv och principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. I samma omfattning får ett anbud som lämnas in av en anbudsgivare ha formen av dennes elektroniska katalog, särskilt om förnyad inbjudan att lämna anbud har gått ut i enlighet med ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem har införts, under förutsättning att anbudsgivaren använder kommunikationssätt som den upphandlande myndigheten valt i enlighet med artikel 42 (48).

I beaktandesats 13 (21) anges:

Med hänsyn till de elektroniska upphandlingsförfarandenas snabba utbredning bör man redan nu fastställa lämpliga regler för att de upphandlande myndigheterna till fullo skall kunna utnyttja de möjligheter som dessa system erbjuder. I detta syfte är det lämpligt att definiera ett fullständigt elektroniskt dynamiskt system för upphandling avsett för inköp av sådant som vanligen används och fastställa särskilda regler för inrättandet och driften av ett sådant system, för att säkerställa att varje ekonomisk aktör som vill delta behandlas rättvist. Varje ekonomisk aktör bör ha möjlighet att delta i ett sådant system förutsatt att han lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget och att han uppfyller urvalskriterierna. Denna upphandlingsteknik gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att – genom upprättandet av en förteckning över redan godkända anbudsgivare och genom möjligheten för nya anbudsgivare att ansluta sig – tack vare de elektroniska medlen förfoga över ett särskilt stort urval av anbud, och således att genom en omfattande konkurrens säkerställa ett optimalt utnyttjande av de offentliga medlen.

Artikel 33 (15) har följande lydelse.

1. Medlemstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna skall ha möjlighet att använda dynamiska inköpssystem.

2. För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande myndighet följa reglerna för det öppna förfarandet i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt inom ramen för detta system. Samtliga anbudsgivare, som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget och eventuella kompletterande handlingar, skall få delta i systemet; de preliminära anbuden får när som helst förbättras under förutsättning att de fortsättningsvis överensstämmer med förfrågningsunderlaget. För att genomföra systemet och för tilldelning av kontrakt inom ramen för detta skall den upphandlande myndigheten utslutande använda elektroniska medel i enlighet med artikel 42.2–42.5.

3. För att genomföra ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten

a) offentliggöra ett meddelande om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem,

b) i förfrågningsunderlaget bland annat ange vilken typ av köp som detta system avser samt lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som är kopplade därtill,

c) så snart meddelandet har offentliggjorts och till dess att inköpssystemet avvecklats, på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt i meddelandet ange den Internetadress på vilken dessa handlingar kan konsulteras.

4. Den upphandlande myndigheten skall under hela den tid som det dynamiska inköpssystemet varar ge alla ekonomiska aktörer möjlighet att lämna preliminära anbud för att få delta i systemet på de villkor som anges i punkt 2. Den skall fullfölja utvärderingen av det preliminära anbudet inom 15 dagar från och med dess inlämnande. Den kan dock förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.

Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt informera den anbudsgivare som avses i första stycket om att han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller att hans preliminära anbud har förkastats.

5. Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande myndigheten offentliggöra ett förenklat meddelande om upphandling och uppmana alla berörda ekonomiska aktörer att lämna ett preliminärt anbud i enlighet med punkt 4 inom en tidsfrist som inte får understiga 15 dagar räknat från den dag då det förenklade meddelandet om upphandling avsändes. Den upphandlande myndigheten får inte gå ut med

denna inbjudan att lämna anbud förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under denna tid har utvärderats.

6. Den upphandlande myndigheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tas med i systemet att lämna ett anbud för varje enskilt kontrakt som skall tilldelas inom systemet. I detta syfte skall den fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.

Den upphandlande myndigheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angivits i det meddelande om upphandling som använts för att inrätta det dynamiska inköpssystemet. Dessa kriterier får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i första stycket.

7. Ett dynamiskt inköpssystem får inte vara i mer än fyra år, utom i vederbörligen berättigade undantagsfall.

Den upphandlande myndigheten får inte använda detta förfarande så att det hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Inga administrativa avgifter får tas ut från de berörda ekonomiska aktörerna eller deltagarna i systemet.

### 3.3 Rapport av Statskontorets arbetsgrupp

Statskontoret har lett en arbetsgrupp med syfte att sprida information om de nya upphandlingsdirektiven i de delar som berör elektronisk upphandling. En rapport lämnades till regeringen den 1 december 2005.

I rapporten sägs bl.a. följande (s. 31 f.).

Syftet med det dynamiska inköpssystemet är att effektivisera anskaffning av standardprodukter. Elektroniska metoder ska användas genomgående. Även utvärdering av anbud kan helt eller delvis göras med elektroniska hjälpmedel. För att det ska vara möjligt att göra en automatisk utvärdering måste förfrågningsunderlaget vara utformat på sätt som understöder utvärderingen, troligen är det då också frågan om förhållandevis ”enkla” produkter som är väl definierade.

Både dynamiska inköpssystem och ramavtal betecknas som repetitiva procedurer, det kan göras många anskaffningar från ett upphandlingsförfarande. En skillnad mellan ramavtal och dynamiska inköpssystem är att i det senare finns möjlighet att ansluta leverantörer i efterhand.

Vid genomförande av dynamiska inköpssystem kan elektroniska kataloger användas. Elektroniska kataloger är elektroniska dokument som har upprättats av leverantörer och som beskriver produkter och priser. Under vissa förhållanden kan de utgöra ett anbud.

I det dynamiska inköpssystemet kan leverantörer tillkomma under avtalstiden. Av beskrivningen framgår dock inte att leverantörer ska

kunna utgå ur systemet. De kontrakt som tecknas under avtalstiden måste då följa den ursprungliga förfrågan.

En annan fråga berör anslutning av leverantörer under det dynamiska inköpssystemets löptid. Anslutning ska kunna ske kontinuerligt och det innebär att den upphandlande myndigheten kan behöva utvärdera nya leverantörer och preliminära anbud samt fatta beslut om anslutning eller inte. Det är inte klart om dessa beslut blir överprövningsbara.<sup>1</sup> Sammantaget kan administrationen av ett dynamiskt inköpssystem bli tung.

Om dynamiska inköpssystem kommer att införas i det svenska rättssystemet är det viktigt att offentlig sektor skaffar sig erfarenheter inom området och att dessa erfarenheter sprids vidare till både offentliga organisationer och leverantörer. Några lärande projekt inom området bör eftersträvas. Bl.a. behöver både upphandlande enheter skaffa sig erfarenhet av dynamiken i systemet och hur marknad, produkter och pris påverkas av detta upphandlingsförfarande. Vidare behöver systemstöd utvecklas och prövas utifrån lagkrav och den praktiska hanteringen.

Inom ramen för dynamiska inköpssystem är det också viktigt att beskriva vad en elektronisk katalog är och hur den ska se ut och tillhandahållas. Beroende på hur den tillhandahålls kan olika tilläggs-tjänster erbjudas kring katalogen.

Arbete pågår i olika former för att ta fram de facto och officiella standarder för elektroniska kataloger. Inom ramen för IDA-arbetet<sup>2</sup> samt senare en gruppering från olika länder (Danmark, Norge, Storbritannien, Sverige med flera) har ett arbete gjorts för att täcka in krav för elektroniska kataloger i standarden UBL.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Utredningens uppfattning i denna fråga redovisas i avsnitt 3.5.3.

<sup>2</sup> Förkortningen syftar på kommissionens program för elektroniskt datautbyte mellan förvaltningar ("Interchange of Data between Administrations"). Programmen introducerades genom Europaparlamentets och Rådets beslut nr 1719/1999/EG av den 12 juli 1999 om en rad riktlinjer, innefattande fastställande av projekt av gemensamt intresse, för transeuropeiska nät för elektroniskt datautbyte mellan förvaltningar (IDA) och beslut nr 1720/1999/EG av den 12 juli 1999 om att anta en rad insatser och åtgärder för att säkerställa driftskompatibilitet och tillträde till transeuropeiska nät för elektroniskt datautbyte mellan förvaltningar (IDA).

<sup>3</sup> UBL (Universal Business Language) är ett arbete bedrivet av standardiseringsorganet OASIS (Organization for the Advancement of Structured Information Standards) i syfte att etablera XML-baserade standarddokument för vanliga affärstransaktioner. XML är en förkortning av eXtensible Markup Language som är en standard för att strukturera och hantera information.



### 3.4 Andra länder

#### 3.4.1 Belgien, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike

Dynamiska inköpssystem införs i Belgien, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike i nära överensstämmelse med direktivtexten.

#### 3.4.2 Danmark

Danmark har genomfört de nya upphandlingsdirektiven genom s.k. bekendtgørelser. Möjligheten att använda dynamiska inköpssystem har införts inom det direktivstyrda området (§ 3 första stycket i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, BEK nr 937 af 16/09/2004 och § 2 första stycket i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, BEK nr 936 af 16/09/2004).

Konkurrencestyrelsen har utfärdat en vägledning till upphandlingsdirektiven där de nya bestämmelserna kommenteras.

Angående begreppet ”sedvanliga inköp”, som används i den danska språkversionen av artikel 1.6, konstateras att det skall vara fråga om ”jævnlig indkøb af samme varer” (avsnitt 6.1.6). Vidare sägs bl.a. följande.

Et dynamisk indkøbssystem minder om parallelle rammeaftaler, men adskiller sig herfra på to væsentlige punkter: – Systemet er [...] åbent for nye leverandører under hele funktionsperioden. – Leverandørerne kan afgive nye tilbud i forbindelse med hvert indkøb, som udbyder foretager over systemet. – Et dynamisk indkøbssystem er derfor et mere konkurrencepræget alternativ til visse typer af rammeaftaler.

#### 3.4.3 Norge

Inom den klassiska sektorn föreslås möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem bli genomförd, förutom inom det direktivstyrda området, vid upphandlingar ovanför det nationella tröskelvärdet.<sup>4</sup> I förslaget sägs bl.a. följande (s. 25 f.).

---

<sup>4</sup> Høringsnotat den 6 april 2005 med förslag till ny forskrift om offentliga anskaffelser.

Dynamisk innkjøpsordning er en helt ny form for innkjøp som ligner kvalifikasjonsordningene i forsyningssektoren og den nye formen for rammeavtaler i klassisk sektor. En viktig forskjell fra rammeavtaler er at en dynamisk innkjøpsordning er åpen for opptak av nye leverandører i hele ordningens varighet [...]ordningen [vil] kunne benyttes for standardiserte kjøp, og vil antagelig være mest praktisk i forbindelse med gjentakende kjøp (for eksempel kontorrekvisita). Ordningen vil spesielt kunne være aktuell å benytte hvis oppdragsgiver kontinuerlig ønsker å få tilbud fra et stort antall leverandører, og løpende teste markedet.

Beträffande försörjningssektorerna uttalas bl.a. följande (s. 9).<sup>5</sup>

Som nevnt ... har ordningen mange likhetstrekk ved kvalifikasjonsordningen som allerede eksisterer innenfor forsyningssektoren. Departementet er derfor usikre på om det er behov for å implementere reglene om dynamisk innkjøpsordning i forsyningsforskriften, og ber høringsinstansene spesielt kommentere dette spørsmålet.

### 3.5 Överväganden

**Utredningens förslag:** Bestämmelser tas in i båda upphandlingslagarna som gör det möjligt att använda ett dynamiskt inköpssystem vid upphandling. Bestämmelserna utformas i nära överensstämmelse med bestämmelserna i EG-direktiven.

#### 3.5.1 Frågan om möjligheten att använda dynamiskt inköpssystem skall införas i lagarna om upphandling

Utredningen skall ta ställning till om det finns skäl att öppna möjligheten att använda dynamiska inköpssystem vid upphandling enligt den klassiska lagen och försörjningslagen.

I de nya upphandlingsdirektiven har användningen av elektroniska medel vid upphandling en väsentlig roll. Utvecklingen kommer med all sannolikhet att leda till en ökande användning av sådana medel. Såvitt kan förstås kommer dessa moderna tekniska hjälpmedel att, rätt använda, kunna leda till effektivitetsförbättringar och därmed till kostnadsminskningar. Användningen av

---

<sup>5</sup> Høringsnotat den 8 juni 2005 med forslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

dynamiska inköpssystem kan bidra till dessa effekter och kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas.

Den genomgång av direktivens bestämmelser om dynamiska inköpssystem som utredningen gjort visar inte att de är förenade med nackdelar som innebär att Sverige bör avstå från att införa möjligheten att tillåta användning av dynamiska inköpssystem. Det finns enligt utredningens bedömning inte anledning att begränsa användningen till den direktivstyrda upphandlingen.

### 3.5.2 Sekretessfrågor

I sekretesslagen (1980:100) finns olika bestämmelser som skall säkerställa att uppgifter i ärenden som rör upphandling inte offentliggörs förrän detta är lämpligt.

Till skydd för det allmännas ekonomiska intressen finns i 6 kap. 2 § tredje stycket en bestämmelse som föreskriver sekretess i ärenden om upphandling. Uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter får inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Sekretessen för uppgifter som rör anbud i ett ärende om upphandling har en motsvarighet i 11 kap. 6 och 7 §§ den klassiska lagen och 14 kap. 6 och 7 §§ försörjningslagen. Där anges att kommunikation, informationsutbyte och lagring av uppgifter skall ske på ett sådant sätt att alla uppgifter bevaras säkert, att den sekretess som gäller för anbuden och anbudsansökningarna iakttas och att den upphandlande enheten (i fortsättningen används ordet enhet för att beteckna både myndigheter och enheter som inte är myndigheter) inte tar del av innehållet i anbuden och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökan har gått ut (6 §). Anbuden skall öppnas samtidigt (7 §).

De nämnda bestämmelserna i upphandlingslagarna genomför artikel 42.3 i det klassiska direktivet och artikel 48.3 i försörjningsdirektivet. Som framgått hänvisar direktivens bestämmelser om dynamiska inköpssystem till bl.a. dessa artiklar.

Införandet av dynamiska inköpssystem aktualiserar olika sekretessfrågor som har samband med det särskilda sätt på vilket ett dynamiskt inköpssystem genomförs.

En upphandling som görs med användning av ett dynamiskt inköpssystem kan sägas bestå av tre delar. Den upphandlande enheten skall först inrätta ett dynamiskt inköpssystem, därefter skall intresserade leverantörer lämna preliminära anbud och till sist skall leverantörerna lämna slutliga anbud på ett särskilt kontrakt. Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem skall ske med användning av öppet förfarande.

Leverantörer som vill delta i ett dynamiskt inköpssystem skall anmäla sitt intresse genom att lämna ett preliminärt anbud som svar på en annons om inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem inom den tid som anges i annonsen. Den upphandlande enheten skall sedan bedöma vilka leverantörer som får delta i systemet. Därefter kan enheten genom en förenklad annons inom viss tid begära preliminära anbud på ett särskilt kontrakt. Leverantörer som inte redan anmält sitt intresse av att delta i det dynamiska inköpssystemet kan göra det med anledning av annonsen. Först sedan den upphandlande enheten utvärderat samtliga i rätt tid lämnade preliminära anbud kan inbjudan att inom viss tid lämna slutligt anbud på kontraktet ske. En sådan inbjudan riktas till alla leverantörer som är med i systemet. När tiden för att lämna anbud gått ut kan kontraktet tilldelas en av leverantörerna. Något beslut om leverantör och anbud fattas alltså inte förrän vid detta tillfälle, vilket innebär att sekretess enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen gäller till dess.

En fråga är vad som skall gälla beträffande innehållet i preliminära anbud från leverantörer som är med i systemet när ett enskilt kontrakt tilldelats inom ramen för systemet och den absoluta sekretessen enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen därför upphör. Leverantörerna kan ju inför kommande tilldelningar av kontrakt ha ett intresse av att få reda på innehållet i de anslutna konkurrenternas preliminära anbud.

I artikel 6 (13.2) berörs en leverantörs möjlighet att beteckna vissa inlämnade uppgifter som konfidentiella (i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbud); den upphandlande enhetens skyldighet att respektera ett sådant önskemål avgörs enligt direktivet av medlemsstatens nationella lag.

Enligt 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen gäller sekretess hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Ett rakt skaderekvisit gäller, vilket innebär en presumtion för offentlighet. Beträffande utformningen av skaderekvisitet återges i kommentaren till sekretesslagen följande uttalande i prop. 1979/80:2, del A, s. 241.<sup>6</sup>

Anledning att hemlighålla anbudshandlingar som avses i lagrummet kan sägas föreligga, när det finns anledning att befara att ett offentliggörande av handlingarna skulle kunna medföra en inte alltför obetydlig skada för vederbörande ... anbudsgivare. Det bör emellertid för lagrummets tillämpning krävas att det skall föreligga någon speciell omständighet eller särskilda förhållanden som kan åberopas som skäl härför. Något krav på en mera ingående utredning härom bör emellertid inte ställas upp. Om vederbörande myndighet [...] finner sig böra sätta tilltro till vad anbudsgivare har uppgett om att handlingarnas offentliggörande kan befaras medföra skada för honom, bör något hinder för anbudshandlingarnas hemlighållande i regel inte anses föreligga. En viss avvägning bör alltid företas med hänsyn till offentlighetsintresset. En begäran om konfidentiell behandling, som framställs av en anbudsgivare men som inte närmare motiveras och inte heller har karaktären av ett anbudsvillkor, bör i regel inte föranleda beslut om handlingarnas hemlighållande. Om det på grund av omständigheter, som är kända för myndigheten, kan befaras att underlåtenhet att efterkomma en sådan begäran skulle kunna medföra skada eller olägenhet för ... anbudsgivaren, bör dock handlingarna kunna hemlighållas.

Vad nu anförts innebär att ett införande av möjligheten att upprätta och utnyttja ett dynamiskt inköpssystem inte bör föranleda några ändringar i sekretesslagen.

Enligt 11 kap. 6 § den klassiska lagen och 14 kap. 6 § försörjningslagen får den upphandlande enheten inte ta del av innehållet i anbuden och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökan gått ut. Detta synes innebära att enheten inte får ta del av de preliminära anbud som lämnas som svar på en annons om att ett dynamiskt inköpssystem skall inrättas förrän tiden för att lämna sådana anbud gått ut.

Sedan ett dynamiskt inköpssystem inrättats kan leverantörer lämna preliminära anbud för att bli upptagna i systemet under hela

---

<sup>6</sup> Regner m.fl., Sekretesslagen, En kommentar (betecknas i det följande som *Regner m.fl.*), Supplement 11, september 2003, s. 8:30. Av kommentaren till sekretesslagen framgår att det aktuella förarbetsuttalandet utgör en sammanfattning av Militieombudsmannens uppfattning enligt ett beslut från år 1946.

den tid det varar. Det vanliga torde visserligen bli att ett preliminärt anbud lämnas som reaktion på en förenklad annons med uppmaning att lämna ett sådant anbud inom viss tid. Inget hindrar dock att ett preliminärt anbud lämnas när som helst under den tid ett dynamiskt inköpssystem varar. Om någon tidsfrist sålunda inte gäller för anbudet, måste enheten anses oförhindrad att ta del av dess innehåll. Under samma förutsättning måste enheten anses oförhindrad att ta del av de eventuella förbättringar (eller försämringar) av ett anbud som görs av en leverantör som är med i systemet. Uppgifter av nu nämnt slag omfattas av sekretess enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen.

### 3.5.3 Överprövning

#### Inledning

Som framgått gäller enligt artikel 33.4 första stycket i det klassiska direktivet (15.4 första stycket i försörjningsdirektivet; i fortsättningen anges artikeln i det klassiska direktivet med artikeln i försörjningsdirektivet inom parentes) att en upphandlande enhet är skyldig att så länge ett dynamiskt inköpssystem varar ge alla leverantörer möjlighet att lämna preliminära anbud. Ett preliminärt anbud skall utvärderas senast 15 dagar efter det att anbudet lämnades. Sannolikt gäller denna tidsfrist endast preliminära anbud som lämnats efter det att tiden för införandet av det dynamiska inköpssystemet har gått ut. Enligt artikelns andra stycke skall den upphandlande enheten "snarast möjligt" informera en leverantör om att han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller om att hans preliminära anbud har förkastats.

I artikel 41 (49) finns allmänna bestämmelser om information till anbudssökande och anbudsgivare.

Enligt artikel 41.1 (49.1) skall en upphandlande enhet snarast möjligt underrätta anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om bl.a. tilldelningen av ett kontrakt och tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Skyldigheten att informera om tilldelningsbeslut gäller sannolikt beträffande varje enskilt kontrakt som tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. De leverantörer som skall underrättas bör vara de som lämnat anbud på ett visst kontrakt och de som lämnat preliminära anbud med avseende på detta kontrakt.

Vidare kan direktivtexten läsas så att de leverantörer som är med i ett dynamiskt inköpssystem skall underrättas om att en ny leverantör fått tillträde till systemet. En sådan ordning skulle emellertid göra systemet med dynamiska inköpssystem tungrott. Som anføres nedan kan de leverantörer som är med i systemet inte anses ha ett så starkt intresse av att kunna motsätta sig att en viss annan leverantör tas med i systemet att de skulle anses ha talerätt beträffande beslut av sådant slag. En underrättelseskyldighet skulle då inte fylla någon funktion. En bättre tolkning är därför att den i artikel 41.1 (49.1) föreskrivna skyldigheten att informera om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem endast utgör en upprepning av den i artikel 33.4 andra stycket (15.4 andra stycket) föreskrivna skyldigheten att informera en enskild leverantör om att han tagits med eller inte tagits med i systemet. Sådana uppgifter kan naturligtvis lämnas ut till den ifrågavarande leverantören utan hinder av den absoluta anbudssekretessen. Av denna tolkning följer att någon motsvarighet till de begränsningar av underrättelseskyldigheten som finns enligt artikel 41.3 (49.2 tredje stycket) inte behövs när det gäller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem.

Enligt artikel 41.2 första stycket (49.2 första stycket) har den upphandlande enheten en viss underrättelseskyldighet på begäran av en leverantör. En anbudssökande vars ansökan avslagits och en anbudsgivare vars anbud förkastats skall underrättas om skälen till det (första och andra strecksatserna). Enheten är skyldig att motivera också varför ett visst anbud antagits och ange namnet på den som fått kontraktet eller på parterna i ett ramavtal (tredje strecksatsen). Det förefaller som om den sist nämnda skyldigheten gäller i förhållande till såväl de leverantörer som lämnat anbud på ett visst kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som de leverantörer som lämnat preliminära anbud med avseende på det kontraktet.

### **De beslut som bör kunna överprövas**

Det står klart att tilldelning av ett enskilt kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem kan överprövas som vilket annat tilldelningsbeslut som helst.

Problematiskt är vad som i detta avseende skall anses gälla beträffande den upphandlande enhetens beslut att ta med en leverantör i det dynamiska inköpssystemet eller att förkasta dennes

preliminära anbud. Enligt ordalydelsen i direktivet är det anbudet som förkastas (och inte leverantören som utesluts). Anledningen till att ett anbud förkastas torde i regel vara att anbudet inte stämmer överens med förfrågningsunderlaget, t.ex. genom att anbudet inte motsvarar de tekniska specifikationerna.

Ett beslut att ta med en leverantör i ett dynamiskt inköpssystem kan ha betydelse för övriga leverantörer som redan är med. Givet att den nytillkomne leverantören har rimliga möjligheter att konkurrera med de övriga, minskar deras möjligheter att tilldelas kontrakt i någon mån. Det får dock anses tillräckligt att dessa leverantörer kan begära överprövning av ett enskilt tilldelningsbeslut och, i förekommande fall, hävda att den leverantör som fått kontraktet aldrig borde ha släppts in i systemet och därför inte heller skulle ha tilldelats kontraktet.

Beträffande beslut att förkasta ett preliminärt anbud kan följande sägas. I det dynamiska inköpssystemets natur ligger att preliminära anbud bedöms allteftersom de kommer in. Om varje enskilt beslut att förkasta ett preliminärt anbud kan bli föremål för överprövning, riskerar systemet att bli tungrovt. Därtill kommer att leverantören alltid har möjlighet att återkomma med ett nytt preliminärt anbud. Om tidsfristen för att lämna ett sådant anbud avseende ett särskilt kontrakt har gått ut, torde effekten bli att ett nytt preliminärt anbud som kommer in efter utgången av fristen inte behöver värderas med avseende på det aktuella kontraktet. Om anbudet överensstämmer med förfrågningsunderlaget och leverantören uppfyller urvalskriterierna, torde den upphandlande enheten däremot vara skyldig att ta med leverantören i systemet med avseende på framtida kontrakt. En leverantör vars preliminära anbud förkastats får antas ha möjlighet att begära överprövning av (i vart fall) det tilldelningsbeslut som enheten fattar närmast efter det att anbudet förkastats.

En leverantör vars preliminära anbud förkastats kan ha ett intresse av att få detta beslut överprövat. Givet att anbudet lämnats in i rätt tid förefaller konsekvensen av att överprövning begärs av ett beslut att förkasta ett preliminärt anbud bli att enheten inte kan offentliggöra någon inbjudan att lämna slutliga anbud eftersom detta inte får ske förrän samtliga i rätt tid inlämnade preliminära anbud utvärderats. Om ett felaktigt beslut att förkasta ett preliminärt anbud överprövas medan det är möjligt att ta med den ifrågavarande leverantören i systemet med avseende på ett visst kontrakt, torde detta bidra till ökad konkurrens. Till bilden hör



även att den underrättelseskyldighet som direktiven föreskriver beträffande beslut att förkasta ett preliminärt anbud underlättar för leverantörerna att begära överprövning av beslut av sådant slag.

Sammanfattningsvis bör det vara möjligt att överpröva den upphandlande enhetens beslut att förkasta ett preliminärt anbud.

Beträffande förbättringar (eller försämringar) av preliminära anbud från leverantörer som är med i systemet kan övriga leverantörer givetvis ha ett intresse av överprövning om den upphandlande myndigheten skulle godta en ändring som gör att anbudet inte längre stämmer överens med förfrågningsunderlaget. En prövning av om ändringen är godtagbar är dock av intresse endast om det ändrade anbudet väljs. Det torde därför vara tillräckligt om en överprövning, i förekommande fall, sker i samband med överprövning av tilldelningsbeslutet då det kan göras gällande att en konkurrents anbud inte borde ha valts på den grunden att anbudet inte stämmer överens med förfrågningsunderlaget.

### 3.6 Nödvändiga författningsändringar

Införandet av möjligheten att använda dynamiskt inköpssystem kräver ändringar av de lagförslag som lämnades i delbetänkandet.

De nya bestämmelserna om dynamiskt inköpssystem bör tas in i nya kapitel i lagarna (kapitel 6 a i den klassiska lagen respektive kapitel 9 a i försörjningslagen; i fortsättningen anges var övriga nya bestämmelser bör tas in i den klassiska lagen med motsvarande bestämmelse i försörjningslagen angiven inom parentes).

En definition av dynamiska inköpssystem förs in i 2 kap. 17 a § (2 kap. 14 a §). Vidare skall vissa bestämmelser kompletteras med vad som skall gälla i fråga om dynamiska inköpssystem. Det gäller bestämmelserna om beräkning av tröskelvärdet i 4 kap. där en ny 11 a § införs, skyldighet att annonsera i 9 kap. 7 § (12 kap. 2 och 11 §§), skyldighet att underrätta anbudssökande och anbudsgivare i 11 kap. 9 § (14 kap. 9 §) samt protokollens innehåll i 11 kap. 13 § (-).

Bestämmelsen i 4 kap. 11 a § den klassiska lagen kommer att reglera både ramavtal och dynamiskt inköpssystem. Den motsvarande bestämmelsen i 9 kap. 3 § försörjningslagen finns i anslutning till bestämmelserna om ramavtal och reglerar endast beräkningen av värdet av ramavtal. En sakligt sett likadan bestämmelse

om beräkning av tröskelvärden för ett dynamiskt inköpssystem bör därför tas in i kapitel 9 a i försörjningslagen (11 §).

## 4 Elektronisk auktion

### 4.1 Uppdraget

I artikel 54 i det klassiska direktivet och i artikel 56 i försörjningsdirektivet finns regler om användningen av elektroniska auktioner vid upphandling i vissa fall. Medlemsstaterna har enligt direktiven möjlighet att tillåta denna användning men är inte skyldiga att göra det. I utredningens uppdrag ingår att ta ställning till om denna möjlighet skall utnyttjas.

I utredningens uppdrag ingår också att undersöka hur andra medlemsländer ställer sig till förfarandet. Utredningen har av praktiska skäl begränsat undersökningen till Belgien, Danmark, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike. Även förhållandena i Norge har undersökts.

### 4.2 EG-direktiven

En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande. En elektronisk auktion kan föregå tilldelningen av kontrakt vid användning av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, vid förnyad konkurrensutsättning då ramavtal används och vid inbjudan att lämna anbud inom ramen för dynamiska inköpsystem.

Båda direktiven innehåller bestämmelser om elektroniska auktioner. Bestämmelserna är nästan helt likalydande. I den följande redovisningen av bestämmelserna i direktiven anges därför endast bestämmelserna och beaktandesatserna i det klassiska direktivet och motsvarande bestämmelse och beaktandesats i försörjningsdirektivet anges inom parentes. I den mån försörjningsdirektivet skiljer sig från det klassiska direktivet anges detta.

Vissa skäl för införandet av möjligheten att använda elektroniska auktioner anges i beaktandesats 14 (22). Vad som förstås med

elektronisk auktion anges sedan i artikel 1.7 (1.6) medan de bestämmelser som reglerar användningen av elektroniska auktioner finns i artikel 54 (56).

I beaktandesats 14 (22) sägs:

Eftersom förfarandet med elektroniska auktioner kommer att få ökad omfattning bör det införas en gemenskapsdefinition av sådana auktioner och fastställas särskilda regler för dessa för att garantera att de genomförs på ett sådant sätt att principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iaktas fullt ut. Det bör därför föreskrivas att de elektroniska auktionerna endast gäller sådana byggentreprenad-, varu- och tjänstekontrakt för vilka det kan fastställas exakta specifikationer. Detta kan bland annat gälla i fråga om återkommande varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt. I samma syfte bör det också föreskrivas att anbudsgivarnas rangordning måste kunna fastställas under hela den elektroniska auktionen. Användningen av elektroniska auktioner ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att uppmana anbudsgivarna att erbjuda nya lägre priser och, när kontraktet tilldelas den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, även att förbättra andra aspekter av anbudet än priset. För att säkerställa respekt för principen om öppenhet bör endast de aspekter som kan utvärderas automatiskt på elektronisk väg, utan ingripande och/eller bedömning från den upphandlande myndighetens sida, bli föremål för elektronisk auktion, dvs. sådana aspekter som kan kvantifieras så att de kan uttryckas i siffror eller procenttal. Däremot bör sådana aspekter av anbudsgivningen som innebär en bedömning av aspekter som inte kan kvantifieras inte bli föremål för elektronisk auktion. Följaktligen bör vissa byggentreprenadkontrakt och tjänstekontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggentreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.

Med elektronisk auktion förstås enligt artikel 1.7 (1.6)

en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser och/eller nya värden för vissa delar av anbudet, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudet och möjliggör en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder.

Följaktligen kan vissa tjänstekontrakt och vissa byggentreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggentreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.

Artikel 54 (56) innehåller i punkt 1 den möjlighet som direktivet ger att tillåta användning av elektroniska auktioner. I övrigt innehåller artiklarna följande bestämmelser.

2. Vid öppna eller selektiva eller förhandlade förfaranden får den upphandlande myndigheten i det fall som avses i artikel 30.1 a besluta att tilldelningen av ett offentligt kontrakt skall föregås av en elektronisk auktion om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet.

Under samma omständigheter får elektronisk auktion användas vid förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal som avses i artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, och vid inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för det dynamiska inköpsystem som avses i artikel 33.

Den elektroniska auktionen skall grundas på

- antingen priser enbart när kontraktet ges till det lägsta priset,
- eller priser och/eller nya värden på aspekter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget när kontraktet ges till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

3. En upphandlande myndighet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange detta i meddelandet om upphandling.

Förfrågningsunderlaget skall bland annat innehålla följande upplysningar:

- a) de aspekter vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen, under förutsättning att dessa aspekter är kvantifierbara, och kan uttryckas i siffror eller i procent,
- b) de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för kontraktet,
- c) vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta i förekommande fall kommer att ske,
- d) relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
- e) på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud och särskilt vilka minsta skillnader som i förekommande fall krävs mellan anbuden,
- f) relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om arrangemangen och de tekniska specifikationerna för anslutning.

4. Innan en elektronisk auktion inleds skall den upphandlande myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud skall samtidigt bjudas in med elektroniska medel för att lämna nya priser och/eller nya värden. Inbjudan skall innehålla alla relevanta upplysningar om den individuella anslutningen till den elektroniska utrustning som används samt vilken dag och tid den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen får ske i flera på varandra följande etapper. Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det datum då inbjudan har skickats ut.

5. Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen i artikel 53.2 första stycket (55.2 första stycket).

I inbjudan skall även anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser och/eller nya värden som lämnas. Denna formel skall innefatta viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i enlighet med meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget. I detta syfte skall emellertid eventuellt förekommande intervall i förväg reduceras med ett bestämt värde.

Om alternativa anbud är tillåtna, skall separata formler ges för varje alternativ.

6. Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande myndigheten omedelbart meddela alla anbudsgivare åtminstone tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt skall ha kännedom om sin plats i rangordningen. Den upphandlande myndigheten får också meddela andra upplysningar om andra priser eller värden som har lämnats, under förutsättning att detta anges i förfrågningsunderlaget. Den får också när som helst meddela antalet deltagare i den aktuella auktionsetappen. Den får emellertid under inga omständigheter röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen.

7. Den upphandlande myndigheten skall avsluta auktionen på ett eller flera följande sätt:

a) I inbjudan att delta i auktionen skall anges en på förhand fastställd dag och tid när auktionen stängs.

b) När den inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar kraven på minsta skillnader. I detta fall skall de upphandlande myndigheterna i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har mottagit det sista budet som den kommer att stänga den elektroniska auktionen.

c) När det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

Om den upphandlande myndigheten har beslutat att stänga den elektroniska auktionen enligt c, eventuellt i kombination med villkoren i b, skall tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

8. Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet i enlighet med artikel 53 (55) på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen.

En upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det

utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras.

Bestämmelserna i artikel 56 i försörjningsdirektivet skiljer sig på två punkter från bestämmelserna i det klassiska direktivet.

Den ena skillnaden gäller utformningen av bestämmelserna om användning av elektroniska auktioner vid förhandlat förfarande. Av artikel 56.2 första stycket i försörjningsdirektivet framgår att elektronisk auktion generellt får användas vid förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling. Enligt den motsvarande bestämmelsen i det klassiska direktivet (artikel 54.2 första stycket) får elektronisk auktion användas vid förhandlat förfarande endast i fall som avses i artikel 30.1 a, dvs. då ogiltiga eller ej godtagbara anbud lämnats (som är ett av de fall i vilka förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling får användas).

Den andra skillnaden avser användningen av elektroniska auktioner vid tillämpning av ramavtal. Bestämmelsen i 54.2 i det klassiska direktivet innebär att elektroniska auktioner kan användas vid den förnyade konkurrensutsättningen. Någon motsvarighet till den bestämmelsen finns inte i försörjningsdirektivet. Skillnaden kan hänföras till det förhållandet att försörjningsdirektivet inte innehåller några bestämmelser om en förnyad konkurrensutsättning. Frågan om möjligheten att använda elektroniska auktioner vid upphandling av ramavtal behandlas i författningskommentarerna.

### 4.3 Rapport av Statskontorets arbetsgrupp

Statskontoret har lett en arbetsgrupp med syfte att sprida information om de nya upphandlingsdirektiven i de delar som berör elektronisk upphandling. I uppdraget har ingått att utarbeta ett underlag till en nationell plan för att införa elektronisk offentlig upphandling som medlemsstaterna, enligt kommissionens Handlingsplan för genomförandet av den rättsliga ramen för elektronisk offentlig upphandling, bör upprätta. En rapport lämnades till regeringen den 1 december 2005. I rapporten lämnas en beskrivning av hur en elektronisk auktion går till (s. 32 ff.). Därutöver sägs bl.a. följande (s. 33 f.).

Det finns erfarenheter från elektroniska auktioner. Inom den privata marknaden har det förekommit under en längre period. Inom offentlig sektor har även några upphandlingar avslutats med elektronisk auktion. I en del länder används elektroniska auktioner vid offentlig upphandling. I Sverige har inte användning av elektroniska auktioner ännu prövats rättsligt. Enligt NOU förutsätter auktioner att man har ett förfarande som inbegriper förhandlingsmöjlighet.

Elektroniska auktioner kan användas på många olika sätt inom offentlig upphandling. Förutsatt att upphandlingsformen kommer att tillåtas i Sverige, är det viktigt att den offentliga sektorn skaffar sig erfarenhet av området samt hur och var det är lämpligt att tillämpa upphandlingsformen. Lärande projekt bör genomföras och goda exempel spridas.

Erfarenheten av genomförda auktioner visar att både leverantörer och köpare måste lära sig att arbeta på nytt sätt. För att förbereda en auktion krävs också goda kunskaper hos upphandlaren om regelverk och rutiner. Det krävs även teknisk kompetens för att hantera ett auktionssystem.

#### **4.4 Andra länder**

##### **4.4.1 Belgien, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike**

Möjligheten att använda elektroniska auktioner införs i Belgien, Finland, Nederländerna, Storbritannien och Österrike i nära anslutning till direktivtexten.

I Storbritannien har Office of Government Commerce (OGC) i januari 2006 sammanställt en vägledning angående tillämpning av elektroniska auktioner ("Guidance on Electronic Auctions in the new Procurement Regulations").<sup>1</sup> I vägledningen konstateras bl.a. att "[t]he Directives make it clear that, before proceeding with an electronic auction, the contracting authority shall make an initial evaluation on the basis of the specified award criteria – which can include all criteria allowed under 'the most economically advantageous' (value for money option). Even the e-auction stage itself is not limited to price alone – it allows for other quantifiable aspects to be included." (s. 3).

---

<sup>1</sup> Vägledningen är tillgänglig på OGC:s hemsida [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk). På hemsidan finns även annan utförlig information om användningen av elektroniska auktioner.



#### 4.4.2 Danmark

Danmark har genomfört de nya upphandlingsdirektiven genom s.k. bekendtgørelser. Möjligheten att använda elektroniska auktioner har införts beträffande varu- och tjänstekontrakt inom det direktivstyrda området (§ 3 andra stycket i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, BEK nr 937 af 16/09/2004 och § 2 andra stycket i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt post-tjenester, BEK nr 936 af 16/09/2004).

Konkurrencestyrelsen har utfärdat en vägledning till upphandlingsdirektiven där de nya bestämmelserna kommenteras.

Det konstateras att en elektronisk auktion inte kan tillämpas ”när der er tale om visse tjenesteydelseskontrakter, der involverer en intellektuel indsats, som fx projektering af bygge- og anlægsarbejder.” (avsnitt 11.2.1). Beträffande användningen av elektroniska auktioner vid upphandling inom försörjningssektorerna sägs att ”[d]et bemærkes, at begrænsningen af anvendelsesområdet af elektroniske auktioner også gælder på forsyningsområdet [...]”. Dette betyder, at elektroniske auktioner ikke kan anvendes for indgåelse af bygge- og anlægskontrakter.” (avsnitt 11.2.4).

Beträffande de komponenter som kan vara föremål för en elektronisk auktion uttalas följande (avsnitt 11.2.2).

En elektronisk auktion kan vedrøre *priserne alene*, når kontrakten tildeles på grundlag af den laveste pris. Dette er den enkleste form at gennemføre en auktion på. Her vil en elektronisk auktion forløbe som en ”omvendt” auktion på prisen, hvor tilbudsgiverne justerer deres pris i nedadgående retning uden i øvrigt at kunne ændre på tilbudet. – En elektronisk auktion kan også anvendes i tilfælde, hvor ordregiver lægger vægt på *det økonomisk mest fordelagtige tilbud*. Her vil det være muligt at holde auktion *både på prisen og andre elementer ved tilbudet*. Det kræver [...] at de elementer, auktionen vedrører, kan kvantificeres og udtrykkes i tal og procenter. De elementer, der ikke er kvantificerbare, må ikke indgå i auktionen, men vil naturligvis fortsat spille en rolle ved tildelingen af kontrakten.

I vägledningen ges ett exempel på hur en elektronisk auktion genomförs steg för steg.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Avsnitt 11.2.5, vägledningen är tillgänglig på Konkurrencestyrelsens hemsida [www.ks.dk](http://www.ks.dk).

### 4.4.3 Norge

Inom den klassiska sektorn föreslås möjligheten att använda en elektronisk auktion bli genomförd, förutom inom det direktivstyrda området, vid upphandlingar ovanför det nationella tröskelvärdet<sup>3</sup>. I förslaget sägs bl.a. att det antagligen är mest aktuellt att genomföra en elektronisk auktion vid ren priskonkurrens men att även andra kriterier kan användas, förutsatt att de kan kvantifieras (s. 25). Möjligheten att använda en elektronisk auktion föreslås bli genomförd även inom försörjningssektorerna.<sup>4</sup>

## 4.5 Överväganden

**Utredningens förslag:** Bestämmelser tas in i båda upphandlingslagarna som gör det möjligt att använda en elektronisk auktion vid upphandling. Bestämmelserna utformas i nära överensstämmelse med bestämmelserna i EG-direktiven.

Sekretesslagen ändras för att göra det möjligt att genomföra elektroniska auktioner.

### 4.5.1 Frågan om möjligheten att använda elektronisk auktion skall införas i lagarna om upphandling

Utredningen skall ta ställning till om det finns skäl att öppna möjligheten att använda elektroniska auktioner vid upphandling enligt den klassiska lagen och försörjningslagen.

De nya upphandlingsdirektiven medger uttryckligen att elektroniska medel får användas vid all upphandling. Utvecklingen kommer med all sannolikhet att leda till en ökande användning av sådana medel. Såvitt kan förstås kommer dessa moderna tekniska hjälpmedel att, rätt använda, kunna leda till effektivitetsförbättringar och därmed till kostnadsminskningar. Användningen av elektroniska auktioner kan bidra till dessa effekter och kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas.

<sup>3</sup> Høringsnotat den 6 april 2005 med förslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

<sup>4</sup> Høringsnotat den 8 juni 2005 med förslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

Eftersom ett av de krav som skall vara uppfyllda för att elektroniska auktioner skall få användas är att kontrakt kan tilldelas direkt med ledning av resultatet av auktionen kommer förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna att behöva fastställas med stor noggrannhet. Ett förfarande som innefattar en elektronisk auktion kan därför innebära att en bättre kvalitet i upphandlingarna uppnås.

Vidare kräver användningen av elektroniska auktioner att de deltagande leverantörerna vid varje tidpunkt skall ha kännedom om sin plats i rangordningen, vilket kan bidra till en ökad öppenhet och därigenom minska risken för favorisering.

Av naturliga skäl kommer priset att få en stor, sannolikt dominerande, betydelse vid upphandling där elektroniska auktioner används, liksom f.ö. då upphandling sker enligt ett dynamiskt inköpssystem. En utveckling som innebär att detta sker på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas är naturligtvis inte önskvärd. Sådana effekter följer dock inte nödvändigtvis av att elektroniska auktioner eller dynamiska inköpssystem används. Det är möjligt och angeläget att i praktiken begränsa användningen till sådana fall där priset kan tillåtas vara den avgörande komponenten i utvärderingen utan att detta inkräktar på kvalitetskraven.

Av rapporten från Statskontorets arbetsgrupp framgår att det finns vissa erfarenheter från elektroniska auktioner. Inom den privata marknaden har det förekommit elektroniska auktioner under en längre period. Även inom offentlig sektor har det förekommit att några upphandlingar har avslutats med en elektronisk auktion.

I en del andra länder används redan nu elektroniska auktioner vid upphandling och enligt vad utredningen erfarit kommer flertalet medlemsstater att tillåta användning av elektroniska auktioner.

Den genomgång av direktivens bestämmelser om elektroniska auktioner som utredningen gjort visar enligt utredningens bedömning att fördelarna med att kunna använda elektroniska auktioner överstiger nackdelarna. Det finns därför inte anledning att avstå från att införa möjligheten att tillåta användning av elektroniska auktioner. Det finns inte heller anledning att begränsa användningen till upphandling över tröskelvärdena.

Utredningen vill dock peka på att den kommande utvecklingen av användningen av elektroniska auktioner bör följas och att eventuella negativa effekter bör uppmärksammas.

## Sekretessfrågor

Det är uppenbart att upphandlande enheter (i fortsättningen används ordet enhet för att beteckna både myndigheter och enheter som inte är myndigheter) normalt har ett starkt intresse av att innehållet i anbud och i ansökningar om att få lämna anbud (i det följande gemensamt kallade anbud) inte offentliggörs på ett sådant sätt att konkurrensen försämras. Med kännedom om innehållet i andra leverantörers anbud kan en leverantör anpassa sitt anbud så att det blir något bättre än övriga anbud men – till nackdel för den upphandlande myndigheten/enheten – sämre än det skulle ha varit utan denna kännedom. Även en anbudsgivare har ett berättigat intresse av att hans anbud inte offentliggörs så att andra anbudsgivare, som annars skulle ha lämnat ett sämre anbud, förbättrar sina anbud och därigenom konkurrerar ut honom. Kravet på lika-behandling innebär också att information om innehållet i anbud inte får lämnas till vissa anbudsgivare men inte till andra.

I sekretesslagen (1980:100) finns olika bestämmelser som skall säkerställa att uppgifter i ärenden som rör upphandling inte offentliggörs förrän detta är lämpligt. Till skydd för det allmännas ekonomiska intressen finns i 6 kap. 2 § tredje stycket en bestämmelse som föreskriver sekretess i ärenden om upphandling. Uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter får inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Sekretessen är absolut; någon skadeprovning skall alltså inte göras.

Bestämmelsen om sekretess i ärende som rör upphandling fanns tidigare i 6 kap. 2 § andra stycket sekretesslagen. I samma stycke fanns då bestämmelser också om sekretess för uppgift i ärende som angår försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. Dessa bestämmelser finns numera i paragrafens andra stycke. I en kommentar till det stycket (Regner m.fl., supplement 13, september 2004, s. 6:9) uttalas bl.a. att till uppgifter som rör anbud hör uppgifter som kan tjäna som upplysning om ett visst anbud har inforrats eller avgetts, eller som på annat sätt avser ett visst anbud. Något motsvarande uttalande finns inte i fråga om paragrafens tredje stycke.

Sekretessen för uppgifter som rör anbud i ett ärende om upphandling har en motsvarighet i 11 kap. 6 och 7 §§ den klassiska lagen och 14 kap. 6 och 7 §§ försörjningslagen. Där anges att kommunikation, informationsutbyte och lagring av uppgifter skall ske på ett sådant sätt att alla uppgifter bevaras säkert, att den sekretess som gäller för anbudena och anbudsansökningarna iakttas och att den upphandlande enheten inte tar del av innehållet i anbudena och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökan har gått ut (6 §). Anbudena skall öppnas samtidigt (7 §).

Vid användning av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande ger de nuvarande bestämmelserna ett adekvat sekretesskydd. Vid en riktig tillämpning av bestämmelserna finns det inte någon möjlighet för den upphandlande enheten att – innan det är tillåtet enligt sekretesslagen och lagarna om upphandling – röja vem som lämnat anbud, till annan lämna uppgifter om någon del av innehållet i lämnade anbud eller att själv ta del av anbudena.

Sekretessbestämmelserna är naturligt nog inte utformade med hänsyn till den i de nya upphandlingsdirektiven införda möjligheten att använda en elektronisk auktion i slutfasen av en upphandling. Om sådana auktioner skall kunna hållas krävs uppenbarligen att anbudsgivarna får viss information om andra anbudsgivares bud. Som ett absolut minimum gäller att en anbudsgivare måste få information om huruvida hans anbud är det bästa anbudet eller inte. Utan den informationen kan han inte veta om han behöver lämna ett nytt anbud eller inte. Direktiven går ett steg längre genom att kräva att anbudsgivarna vid varje tillfälle skall ha kännedom om sin plats i rangordningen (artikel 54.6 i det klassiska direktivet och artikel 56.6 i försörjningsdirektivet). I samma artiklar föreskrivs att den upphandlande enheten också får meddela andra upplysningar om andra priser eller värden som har lämnats och om antalet deltagare i den aktuella auktionsetappen.

Av artikel 54.3 e i det klassiska direktivet (artikel 56.3 e i försörjningsdirektivet) framgår att en upphandlande enhet kan, men inte måste, i förfrågningsunderlaget föreskriva vilka skillnader som krävs mellan anbudena. Om krav på sådana skillnader ställs upp måste en deltagare i auktionen kunna jämföra sitt eget anbud med det bästa anbudet och, om ett nytt anbud skall lämnas, anpassa detta så att skillnaden mellan det nya anbudet och det dittills bästa anbudet uppgår till minst den i förfrågningsunderlaget föreskrivna skillnaden.

Enligt artikel 54.5 i det klassiska direktivet (artikel 56.5 i försörjningsdirektivet) skall, i det fall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas, inbjudan till en anbudsgivare att delta i en elektronisk auktion åtföljas av en fullständig bedömning av denne anbudsgivares anbud. Någon motsvarande skyldighet finns inte föreskriven i fråga om de nya anbud som lämnas under en elektronisk auktion. Det får förutsättas att anbudsgivarna med ledning av den matematiska formel som enligt artikel 54.5 andra stycket i det klassiska direktivet (artikel 56.5 andra stycket i försörjningsdirektivet) skall anges i inbjudan att delta i en elektronisk auktion själva kan beräkna vilken effekt ett nytt anbud har på rangordningen av anbuderna.

Enligt utredningens uppfattning bör, med hänsyn till direktivets utformning, varje deltagare i en elektronisk auktion vid varje tillfälle ha kännedom om sin rangordning i auktionen. Därutöver bör en anbudsgivare ha tillgång till sådana uppgifter om andra deltagares anbud som behövs för att han skall kunna lämna ett nytt anbud. Detta innebär att anbudsgivarna måste ha kännedom om, förutom värdet av det egna anbudet, värdet av det bästa anbudet.

Enligt 14 kap. 4 § sekretesslagen förfogar en enskild över sekretess som gäller till hans skydd. Någon direkt motsvarighet till denna bestämmelse finns inte i fråga om sekretess till skydd för allmänna intressen. Det är dock inte uteslutet att uppgifter kan lämnas ut i fall då det kunde tänkas att en enskild skulle kunna efterge den sekretess som gäller till skydd för hans intressen (jfr Regner m. fl., supplement 15, september 2005, s. 14:37).

Vad nu sagts innebär dock att det är tveksamt om uppgifter av nu avsett slag kan lämnas ut eller om de omfattas av absolut sekretess. För att säkerställa att elektroniska auktioner skall kunna användas i praktiken bör bestämmelserna i 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen därför kompletteras med en bestämmelse som gör det möjligt att lämna ut sådana uppgifter.

#### 4.5.2 Överprövning

En elektronisk auktion kan sägas vara en metod för att genomföra kontraktstilldelningen. Det är alltså inte fråga om ett särskilt upphandlingsförfarande. En elektronisk auktion ingår som den sista delen i ett annat förfarande och det är de vanliga reglerna för det valda förfarandet som tillämpas. På samma sätt som beträffande

andra tilldelningsbeslut kan naturligtvis ett tilldelningsbeslut som är resultatet av en elektronisk auktion bli föremål för överprövning.

En upphandlande enhets möjligheter att använda sig av systemet med elektroniska auktioner är som behandlas närmare i författningskommentaren till 2 kap. 17 b § den klassiska lagen inte obegränsade; vissa (om än inte helt klara) begränsningar finns avseende kontrakt som innehåller intellektuella prestationer. Därför bör den upphandlande enhetens beslut att använda sig av en elektronisk auktion, vilket skall anges i annonsen om upphandling, kunna överprövas. Beträffande genomförandet av själva auktionen kan en leverantör begära överprövning av ett agerande från den upphandlande enhetens sida som har rättslig verkan och som han anser vara olagligt och till skada för honom.

Vad som kan antas vara av särskilt intresse för leverantörerna när systemet med elektroniska auktioner används är den matematiska formel som tillämpas för att vid varje givet tillfälle fastställa rangordningen mellan anbuden (se 8 § i författningsförslagen). Formeln skall framgå av inbjudan att lämna anbud och kommer därför till berörda leverantörers kännedom. De har då möjlighet att begära överprövning av beslutet att tillämpa en viss formel utan att avvakta information om tilldelningsbeslutet.

Några överväganden i övrigt torde tillämpningen av systemet med elektroniska auktioner inte kräva.

#### **4.6 Nödvändiga författningsändringar**

Införandet av möjligheten att använda elektroniska auktioner kräver ändringar av de lagförslag som lämnades i delbetänkandet.

De nya bestämmelserna om elektroniska auktioner bör tas in i nya kapitel i lagarna (kapitel 14 a i den klassiska lagen och kapitel 17 a i försörjningslagen).

En definition av elektronisk auktion förs in i 2 kap. 17 b § (2 kap. 14 b § försörjningslagen).

## 5 Inköpscentraler

### 5.1 Inledning

I båda de nya upphandlingsdirektiven finns bestämmelser som ger medlemsstaterna möjlighet att i sin nationella lagstiftning införa bestämmelser om inköpscentraler. Utredningen föreslog i sitt delbetänkande (SOU 2005:22) att denna möjlighet skulle utnyttjas men pekade på att vissa frågor, bl.a. om hur en felaktig upphandling skulle kunna angripas, krävde analyser som inte kunnat göras inom ramen för delbetänkandet.

I den remiss som skall lämnas till Lagrådet kommer, enligt vad utredningen erfarit, något förslag till bestämmelser om inköpscentraler inte att tas med.

Eftersom vissa frågor om inköpscentraler inte kunde behandlas i delbetänkandet tar utredningen upp dessa till ny behandling i detta betänkande.

### 5.2 EG-direktiven

I beaktandesats 15 i det klassiska direktivet sägs följande:

Vissa förfaranden för centralisering av inköp har utvecklats i medlemsstaterna. Flera upphandlande myndigheter har till uppgift att göra anskaffningar eller genomföra offentlig upphandling/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter. Eftersom det rör sig om stora inköpsvolymmer är det genom dessa förfaranden möjligt att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten i den offentliga upphandlingen. Det bör därför införas en gemenskapsdefinition av den inköpscentral som står till de upphandlande myndigheternas förfogande. Det bör även fastställas villkor enligt vilka, i överensstämmelse med principerna om icke-diskriminering och likabehandling, de upphandlande myndigheter som anskaffar byggtreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral kan anses ha iakttagit bestämmelserna i detta direktiv.



En motsvarande text finns i beaktandesats 23 i försörjningsdirektivet.

I det klassiska direktivet finns den definition som förutskickas i beaktandesatsen i artikel 1.10. Definitionen lyder:

Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som

- anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
- genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

Definitionen i försörjningsdirektivet finns i artikel 1.8 och skiljer sig från definitionen i det klassiska direktivet dels genom att inköpscentralen skall utöva sin verksamhet gentemot upphandlande enheter, dels genom att inköpscentralen skall vara en myndighet enligt antingen det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

I artikel 11 i det klassiska direktivet anges följande:

1. Medlemsstaterna får fastställa möjlighet för den upphandlande myndigheten att anskaffa byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.
2. En upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral enligt artikel 1.10 skall anses ha följt detta direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna.

De motsvarande bestämmelserna i artikel 29 i försörjningsdirektivet skiljer sig från bestämmelserna i det klassiska direktivet dels genom att det är upphandlande enheter som kan göra sina anskaffningar från en inköpscentral, dels genom att inköpscentralen skall ha följt bestämmelserna i antingen det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

Bestämmelserna betyder att det överlämnas åt varje enskild medlemsstat att bestämma om och i vilken utsträckning en upphandlande myndighet/enhet får använda sig av inköpscentraler och att en upphandlande myndighet/enhet som gör sina inköp från en inköpscentral kan göra detta utan att själv iaktta direktivens förfaranderegler, givet att inköpscentralen har gjort det.

### 5.3 Delbetänkandet

Utredningen föreslog att definitionen av inköpscentral skulle tas in i 2 kap. 13 § den klassiska lagen och i 2 kap. 10 § försörjningslagen medan de materiella bestämmelserna skulle tas in i 7 kap. den klassiska lagen och i 10 kap. försörjningslagen. De föreslagna bestämmelserna utformades i nära överensstämmelse med bestämmelserna i direktiven.

Bestämmelserna i 7 kap. den klassiska lagen föreslogs få följande lydelse:

1 § En upphandlande myndighet får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral.

2 § En upphandlande myndighet som anskaffar byggtreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

De motsvarande bestämmelserna i försörjningslagen har i sak samma innehåll men anger att kravet på inköpscentralen är att den skall ha följt bestämmelserna i antingen försörjningslagen eller den klassiska lagen.

I kommentaren till de föreslagna bestämmelserna i den klassiska lagen anförde utredningen bl.a. att frågan om det skall vara möjligt att anskaffa byggtreprenader med hjälp av en inköpscentral diskuterats i några medlemsländer, däribland Danmark, och att Danmark beslutat att utesluta användandet av inköpscentraler för byggtreprenader (s. 283). Vidare anförde utredningen att den med hänsyn till tidsramen för sitt arbete inte kunnat analysera denna fråga i önskvärd utsträckning.

I anslutning till de föreslagna bestämmelserna i 7 kap. 2 § den klassiska lagen anförde utredningen bl.a. följande (s. 284):

I direktivet anges inte på vilket sätt en upphandlande myndighet kan ta reda på om inköpscentralen har följt lagens bestämmelser vid sin upphandling och vilka effekter det får för den upphandlande myndigheten, om det visar sig att inköpscentralen inte har gjort det. Det är inte heller klart hur en felaktig upphandling skall angripas. De frågor som osäkerheten ger upphov till kräver noggrannare analyser än som varit möjliga inom ramen för detta betänkande.

## 5.4 Olika former av samordnad upphandling

I detta sammanhang behandlas inte särskilt fördelarna och nackdelarna med samordnad upphandling. Här kan bara påpekas att samordnad upphandling kan leda till fördelar bl.a. i form av bättre villkor genom upphandling av större volymer och möjligheten att dra nytta av expertis på upphandlingsområdet samtidigt som den, under vissa förhållanden, kan leda till försämrad konkurrens och sämre möjligheter för små och medelstora företag att göra sig gällande vid upphandling.

Den i Sverige hittills vanligaste formen av samordnad upphandling är ramavtal. De ingår antingen av de 12 statliga myndigheter som är ramavtalsmyndigheter eller av enskilda statliga myndigheter, kommuner eller landsting. De mer omfattande ramavtal som ingår av de 12 ramavtalsmyndigheterna kan utnyttjas av ett mycket stort antal statliga myndigheter, kommuner och landsting som anslutit sig till avtalen. Enskilda statliga myndigheter, kommuner och landsting ingår ramavtal som i huvudsak gäller deras egen upphandling.

En annan form av samordnad upphandling är inköpscentraler, som enligt de nya upphandlingsdirektiven uttryckligen kan komma till användning, förutsatt att en medlemsstat beslutar om det.

Upphandlingsbestämmelserna ställer inte upp något hinder mot att en upphandlande myndighet/enhet använder sig av ett ombud för att sköta en viss upphandling, medan upphandlingskontraktet ingås mellan myndigheten/enheten och leverantören. Ombudet kan vara en annan upphandlande myndighet/enhet eller någon annan. Även om ombudet alltså sköter upphandlingen är det huvudmannen som bär ansvaret för att den görs enligt gällande bestämmelser.<sup>1</sup>

Här bör också nämnas en annan form av samarbete när det gäller att tillgodose ett behov hos upphandlande myndigheter/enheter, nämligen möjligheten att samarbeta om t.ex. vissa funktioner. Två eller flera självständiga mindre upphandlande myndigheter/enheter kan vinna fördelar genom att dela på vissa funktioner som exempelvis löneadministration, skolläkare, assistenthjälp eller telefonväxel.

---

<sup>1</sup> I departementspromemorian (Ds 2004:37) Samordnad upphandling föreslås att kommuner och landsting skall få träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar fatta tilldelningsbeslut, underteckna upphandlingskontrakt eller på annat sätt avsluta en upphandling.

## 5.5 Begreppet inköpscentral

Av definitionen av inköpscentraler i artikel 1.10 i det klassiska direktivet och artikel 1.8 i försörjningsdirektivet framgår klart att en inköpscentral måste vara en upphandlande myndighet. Varken en annan upphandlande enhet som omfattas av försörjningsdirektivet eller ett annat privaträttsligt subjekt kan därför anses som en inköpscentral.

Av den första strecksatsen i de båda artiklarna framgår vidare att en upphandlande myndighet anses som en inköpscentral, om den anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter/enheter. Enligt den andra strecksatsen i artiklarna förstås med inköpscentral också en upphandlande myndighet som genomför offentlig upphandling (i försörjningsdirektivet används uttrycket "tilldelar offentliga kontrakt") eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter/enheter.

Det är förenat med viss svårighet att förstå skillnaden mellan de båda strecksatserna, bortsett från att den första strecksatsen avser varor och tjänster medan den andra strecksatsen avser även byggentreprenader och särskilt anger ingående av ramavtal. I den första strecksatsen talas om att den upphandlande myndigheten *anskaffar* varor eller tjänster. I den andra strecksatsen talas om att den upphandlande myndigheten *genomför offentlig upphandling (tilldelar offentliga kontrakt) eller ingår ramavtal*. I andra språkversioner används i båda direktiven uttryck som "ingår offentliga kontrakter eller rammeaftaler", "awards public contracts or concludes framework agreements", "passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres" respektive "öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarung --- schliesst". Någon avgörande skillnad kan inte sägas föreligga mellan de olika språkversionerna. I delbetänkandet valdes uttrycket "ingår kontrakt eller träffar ramavtal" som ligger närmare de nu nämnda språkversionerna.

I den engelska språkversionen av direktiven anges i artikel 11 respektive 29 att upphandlande myndigheter/enheter kan få göra anskaffningar "from or through" en inköpscentral. De danska, franska och tyska språkversionerna talar i stället mer allmänt om anskaffningar "gennem", "en recourant à" och "durch" en inköpscentral vilket motsvarar det svenska "genom". Detta är också är den formulering som valdes i de i delbetänkandet lämnade lagförslagen.

I andra meningen i beaktandesats 15 i det klassiska direktivet beskrivs den rådande situationen i medlemsstaterna så att där förekommer upphandlande myndigheter som har till uppgift att *göra anskaffningar eller genomföra offentlig upphandling/ingå ramavtal* för andra upphandlande myndigheter. Motsvarande formuleringar används i beaktandesats 23 i försörjningsdirektivet. Kommissionens ursprungliga direktivförslag<sup>2</sup> innehöll inte några bestämmelser om inköpscentraler. I ändrat förslag till det klassiska direktivet hade andra meningen i beaktandesats 15 (i förslaget beaktandesats 13) följande lydelse (här kurs.). ”Flera upphandlande myndigheter har i uppdrag *att göra inköp eller ingå offentliga upphandlingskontrakt på andra upphandlande myndigheters vägnar.*”<sup>3</sup> Med hänsyn till utformningen av beaktandesats 15 resp. 23 och den engelska språkversionen av de båda direktiven kan det tänkas att den första strecksatsen i artikel 1.10 resp. 1.8 avser de fall då en anskaffning görs *från* en inköpscentral och att den andra strecksatsen avser de fall då en anskaffning görs *genom* en inköpscentral. Det skulle innebära att en inköpscentral kan anskaffa varor och tjänster på eget initiativ för att kunna tillhandahålla dem åt upphandlande myndigheter/enheter (första strecksatsen), på begäran av en upphandlande myndighet/enhet (första strecksatsen) eller som ombud för en upphandlande myndighet/enhet (andra strecksatsen). Byggentreprenader liksom anskaffningar på grundval av ett ramavtal skulle med denna tolkning kunna tillhandahållas av en inköpscentral endast om denna uppträder som ombud för den upphandlande myndigheten/enheten (andra strecksatsen).

Artikel 11 i det klassiska direktivet liksom artikel 29 i försörjningsdirektivet talar allmänt om att upphandlande myndigheter/enheter kan få möjlighet att anskaffa byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral. Bestämmelsen läst för sig gör ingen skillnad mellan anskaffningar från en inköpscentral och anskaffningar genom en inköpscentral. Artiklarna måste dock läsas tillsammans med definitionen av inköpscentral och uttrycker då endast på ett sammanfattande sätt vad en inköpscentral kan anlitas för.

Det kan påpekas att den danska Konkurrencestyrelsen uttalat bl.a. att inköpscentraler kan fungera både som lagerhållande grossister och som förmedlare av ramavtal och kontrakt<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> KOM (2000) 275 och KOM (2000) 276.

<sup>3</sup> EGT nr C 203 E, 27.8.2002, s. 212.

<sup>4</sup> Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, afsnitt 2.3.

Utredningen kan inte finna annat än att bestämmelserna skall ges den tolkning som nyss angetts.

Exempel på situationer som täcks av den första strecksatsen är att en upphandlande myndighet köper och lagerhåller varor för försäljning till andra upphandlande enheter och att en upphandlande myndighet/enhet ger en inköpscentral i uppdrag att köpa datorutrustning för att sedan – efter att inköpscentralen upphandlat utrustningen enligt direktivets förfaranderegler – köpa utrustningen direkt från inköpscentralen. Ett annat exempel är att inköpscentralen upphandlar städtjänster som sedan köps direkt från inköpscentralen av en upphandlande myndighet/enhet. En situation som däremot inte täcks av artikel 1.10 (respektive 1.8) är att inköpscentralen tillhandahåller den upphandlande myndigheten/enheten tjänster (t.ex. rådgivningstjänster) med egen personal.

De nu behandlade bestämmelserna kan, även om de utgör bara en liten och förhållandevis obetydlig del av hela regelverket om upphandling, ses som ett gott exempel på svårtillgängliga och oklara bestämmelser, med ett påtagligt underskott av förutsebarhet och rättssäkerhet.

Direktiven ställer, utöver vad som nu behandlats, inga särskilda krav på inköpscentraler. En inköpscentral behöver därför inte stå i något särskilt förhållande till de upphandlande myndigheter/enheter som begagnar sig av dess tjänster. Den behöver inte heller ha till enda uppgift att fungera som inköpscentral. Det är däremot oklart om, och i så fall i vilken utsträckning, andra än upphandlande myndigheter/enheter kan använda sig av en inköpscentral som avses i direktiven.

En inköpscentral kan som framgår av definitionen ingå ramavtal, enligt utredningens tolkning dock endast som ombud för en eller flera upphandlande myndigheter/enheter. Ett sådant ramavtal blir gällande mellan parterna i avtalet, dvs. mellan den eller de myndigheter/enheter och den eller de leverantörer som ingått avtalet och kan utnyttjas av myndigheterna/enheterna på samma sätt som andra ramavtal.

## **5.6 Tillämpningen av bestämmelserna om inköpscentraler**

### **5.6.1 Tröskelvärden**

En inköpscentral som upphandlar varor eller tjänster i syfte att vidare sälja dem till upphandlande myndigheter/enheter (i fortsättningen används ordet enhet för att beteckna både myndigheter och enheter som inte är myndigheter) skall vid upphandlingen iakttä gällande upphandlingsbestämmelser, däribland bestämmelserna om tröskelvärden. Om däremot inköpscentralen utför ett upphandlingsuppdrag som ombud för en upphandlande enhet är det enhetens förhållanden som ligger till grund för bedömningen av om tröskelvärdena överskrids eller inte. Detsamma bör gälla också då ramavtal ingås genom en inköpscentral som ombud.

### **5.6.2 Ramavtal**

Som nyss anförts får artikel 1.10 andra strecksatsen i det klassiska direktivet (artikel 1.8 andra strecksatsen i försörjningsdirektivet) anses ha den innebörden att en inköpscentral endast som ombud för en eller flera upphandlande enheter kan ingå ramavtal om byggentreprenader, varor och tjänster. Ansvaret gentemot leverantörskollektivet för att en korrekt upphandling av ramavtalet görs vilar på huvudmannen. Detsamma gäller utnyttjandet av ramavtalet, antingen det gäller anskaffningar direkt med stöd av ramavtalet eller anskaffningar efter en förnyad konkurrensutsättning. Det synes inte möta något hinder att enheten använder sig av inköpscentralen (eller någon annan) som ombud för att genomföra dessa senare anskaffningar.

### **5.6.3 Överprövning**

Bestämmelsen i artikel 11.2 (artikel 29.2 i försörjningsdirektivet) förefaller klar och otvetydig: i den svenska språkversionen av direktiven anges att en upphandlande enhet som ”anskaffar byggentreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral enligt artikel 1.10 skall anses ha följt detta direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna”.

En närmare granskning ger dock upphov till vissa tveksamheter, bl.a. när det gäller effekterna av att en inköpscentral *inte* har följt bestämmelserna. Det kan noteras att de engelska, franska och tyska språkversionerna av den aktuella artikeln skiljer sig något från den svenska genom att ange att den upphandlande enheten skall anses ha följt direktivet i den utsträckning som inköpscentralen har gjort det ("insofar as", "pour autant que" respektive "sofern").<sup>5</sup>

En överträdelse kan ske på olika sätt. Ett fall är att inköpscentralen inte följt direktivets förfaranderegler vid sin egen upphandling. Ett annat fall är att den som uppträtt som inköpscentral inte är en upphandlande myndighet eller på annan grund saknar de formella förutsättningarna för att vara en inköpscentral.

I det första fallet finns ett olagligt beslut inom ramen för det upphandlingsförfarande som inköpscentralen initierat. I det andra fallet finns ett olagligt beslut hos den upphandlande enhet som gjort sin anskaffning från "inköpscentralen". I det andra fallet kan "inköpscentralens" upphandling mycket väl ha gått rätt till men den upphandlande enhetens beslut att köpa varor direkt från denna är ändå olagligt. Givetvis kan det även vara fråga om anskaffningar som härrör från en felaktigt genomförd upphandling och som görs från ett subjekt som felaktigt uppträder som inköpscentral.

Den upphandling som en inköpscentral gjort av varor eller tjänster som är avsedda för en annan upphandlande enhet kan på samma sätt som andra upphandlingar angripas av en missnöjd leverantör genom begäran om överprövning eller en skadeståndstalan. Även enhetens anskaffning från en föregiven inköpscentral bör kunna angripas.

Om en upphandlande myndighet gjort en korrekt upphandling, t.ex. av varor eller tjänster avsedda för den egna verksamheten och alltså inte i egenskap av inköpscentral, kan den upphandlingen givetvis inte angripas med framgång. Detta gäller även om det som anskaffats senare säljs till en annan upphandlande enhet som felaktigt behandlar sin anskaffning som en anskaffning från en inköpscentral. Däremot kan denna senare anskaffning angripas, eftersom den inte gjorts i enlighet med gällande direktivbestämmelser.

---

<sup>5</sup> Enligt den engelska lagstiftning som genomför upphandlingsdirektiven skall en upphandlande myndighet/enhet anses ha följt upphandlingsreglerna "to the extent that the central purchasing body has complied with them".



I ytterligare andra fall kan dubbla fel ha begåtts: den anskaffning som en upphandlande myndighet gjort för sin egen verksamhet kan vara felaktig och bestämmelserna om anskaffning från en inköpscentral fick inte tillämpas då det som anskaffats förvärvades från en annan upphandlande enhet som inte var en inköpscentral.

När det allmänt gäller ansvar för det fel som ligger i att en upphandlande enhet gör en anskaffning enligt bestämmelserna om inköpscentraler i en situation då detta inte är tillåtet kan följande sägas.

Det är uppenbart att det fel som har begåtts skall kunna påtalas av en leverantör. Det är objektivt sett inte självklart om ansvaret för felet skall utkrävas av inköpscentralen (eller den föregivna inköpscentralen) eller av den upphandlande enheten.

Det förefaller i och för sig naturligt att lägga ansvaret för felaktigheten på den som gjort sig skyldig till den, dvs. på inköpscentralen om denna gjort en felaktig upphandling eller på säljaren, om denna inte haft ställning som inköpscentral. Som de aktuella artiklarna är utformade får de dock anses innebära att ansvaret för att en anskaffning enligt bestämmelserna om inköpscentraler är tillåten vilar på den upphandlande enhet som utnyttjar bestämmelserna. Denna uppfattning styrks av att bestämmelserna om en upphandlande enhets anskaffning från inköpscentraler utgör ett undantag från annars gällande bestämmelser om upphandling till förmån i första hand för upphandlande enheter. Undantaget bör, som andra undantag från allmänna bestämmelser i gemenskapsrätten, tolkas restriktivt, vilket här bör innebära att det ankommer på den upphandlande enheten att visa att den haft rätt att göra sin anskaffning från inköpscentralen och att oförmåga att visa detta bör leda till att anskaffningen kan underkännas. Det förtjänar också påpekas att en upphandlande enhet i vart fall är medansvarig för den felaktiga anskaffningen genom att inte förvissa sig om att anskaffningen får ske enligt bestämmelserna om inköpscentraler.

En leverantör som anser att han på grund av den felaktiga tillämpningen av bestämmelserna om anskaffning från inköpscentraler har lidit skada skall därför kunna begära överprövning av den upphandlande enhetens anskaffning eller föra talan mot denna om skadestånd.

Då en otillåten anskaffning skett från en inköpscentral eller en föregiven inköpscentral får den upphandlande enhetens anskaffning närmast jämföras med en olaglig direktupphandling. Vad som kan bli föremål för en överprövning som nyss sagts är därför om

enheten på grund av något fel i den tidigare upphandlingen gjort en olaglig direktupphandling. Eftersom överprövningen avser den upphandlande enhetens anskaffning kan den överprövande domstolens bedömning inte påverka den tidigare upphandlingen, som för övrigt normalt torde ha vunnit laga kraft och därför inte är tillgänglig för överprövning (här bortses från det fallet att en otillåten direktupphandling kan överprövas utan hinder av att ett kontrakt föreligger<sup>6</sup>). Enligt utredningens uppfattning kan överprövningen däremot resultera i att domstolen konstaterar att den upphandlande enheten på grund av fel i den tidigare upphandlingen gjort en anskaffning i strid med direktivet. Ett sådant ställningstagande bör kunna ha betydelse för leverantörens möjligheter att vinna framgång med en skadeståndstalan mot enheten (och även för enhetens möjligheter att få skadestånd av inköpscentralen eller den föregivna inköpscentralen). Det förhållandet att ett avtal om enhetens egen anskaffning redan föreligger bör inte hindra överprövning (jfr EG-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle, REG 2005 s. I-1, punkt 41, och RÅ 2005 ref. 10).

Den upphandlande enheten kan inte, i enlighet med den uppfattning som nyss redovisats, vid ett angrepp på en anskaffning som den gjort från en inköpscentral eller föregiven inköpscentral "läka" ett fel med att den iakttagit tillbörlig omsorg vid kontroll av inköpscentralens upphandling och status. I skadeståndssammanhang torde uppfattningen innebära att den upphandlande enheten har ett i princip strikt ansvar gentemot leverantören för inköpscentralens agerande (dock med möjlighet att vända sig mot inköpscentralen med krav på skadestånd för den skada den lidit på grund av inköpscentralens felaktiga upphandling).

Om inköpscentralen har genomfört en upphandling som ombud för en upphandlande enhet kan bestämmelsen i artikel 11.2 i det klassiska direktivet (artikel 29.2 i försörjningsdirektivet) enligt utredningens uppfattning inte anses tillföra något utöver vad som redan får anses gälla. Inköpscentralens ställning av ombud innebär att det som inköpscentralen gör (korrekt eller i strid med upphandlingsdirektiven) tillskrivs den upphandlande enheten. Om en inköpscentral har brutit mot upphandlingsreglerna, är det i förhållande till en förfördelad leverantör samma sak som om överträdelsen begåtts av den upphandlande enheten.

---

<sup>6</sup> RÅ 2005 ref. 10.

Med tanke på hur omfattande och detaljerad regleringen av upphandlingsförfarandena är, är det naturligtvis viktigt att reglerna efterlevs, vilket kräver att efterlevnaden kan kontrolleras, missbruk hindras och felaktigheter rättas. Det finns därför inte några tungt vägande invändningar mot att låta en upphandlande enhet bära ansvaret för att dess anskaffning från en inköpscentral eller föregiven inköpscentral kan bli föremål för överprövning och leda till skadestånd. Enheten får så noggrant som möjligt förvissa sig om att inköpscentralen är en inköpscentral och sköter sina upphandlingar enligt gällande bestämmelser. Det förefaller i hög grad lämpligt att enheten i sitt avtal med inköpscentralen ställer som villkor att inköpscentralen följt eller kommer att följa gällande bestämmelser om upphandling vid anskaffning av det som skall levereras till enheten.

## 5.7 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Bestämmelser tas in i båda upphandlingslagarna som gör det möjligt att använda en inköpscentral vid upphandling. En inköpscentral kan medverka vid upphandling genom att anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter/enheter och överlåta dem till en myndighet/enhet eller genom att i egenskap av ombud genomföra upphandling eller ingå ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster. Ansvaret för att gällande bestämmelser följs vid anskaffning genom en inköpscentral vilar på den upphandlande myndighet/enhet som anlitar inköpscentralen.

Med den uppfattning som utredningen nu redovisat möter det inte något hinder att, på det sätt som föreslogs i delbetänkandet, i de nya lagarna om upphandling föra in bestämmelser som i sak motsvarar bestämmelserna i artiklarna 1.10 och 11 i det klassiska direktivet och artiklarna 1.8 och 29 i försörjningsdirektivet. Med denna utformning uppnås enligt utredningens mening att den skillnad som finns mellan den första och den andra strecksatsen i definitionen av inköpscentraler kommer till uttryck i lagen. För att tydliggöra att denna skillnad finns bör motsvarigheterna till artikel 11 i det klassiska direktivet och artikel 29 i försörjningsdirektivet utformas på ett annat sätt än som gjordes i delbetänkandet.

Det blir möjligt för upphandlande enheter att anskaffa varor och tjänster från en inköpscentral, om inköpscentralen anskaffat eller anskaffar varorna och tjänsterna för överlåtelse till enheten och iakttar gällande bestämmelser om upphandling vid sin anskaffning. När det gäller byggtreprenader begränsas möjligheten att anlita en inköpscentral till det fallet att inköpscentralen uppträder som ombud för den upphandlande enheten.

Av RÅ 2005 ref. 10 framgår att ett avtal om anskaffning som ingåtts utan att bestämmelserna i LOU tillämpats trots att så borde ha skett inte utgör hinder för överprövning enligt LOU. I denna situation gäller inte någon tidsfrist för överprövningen.

En konsekvens av rättsfallet kan vara att det finns en i tiden obegränsad rätt att begära överprövning hos förvaltningsdomstol av otillåtna anskaffningar i de fall då en anskaffning gjorts utan iakttagande av några upphandlingsregler, t.ex. från en inköpscentral eller föregiven inköpscentral. Detta framstår som otillfredsställande, särskilt som prövningen endast undantagsvis kan leda till att upphandlingen kan rättas eller göras om. Det är i stället normalt endast en talan om skadestånd som kan leda till något materiellt resultat. Det är enligt utredningens uppfattning angeläget att denna fråga blir föremål för större uppmärksamhet än utredningen med sitt begränsade mandat och sin begränsade tid kunnat ägna den.

Utredningen har inte haft möjlighet att göra någon realistisk bedömning av effekterna av att bestämmelser om inköpscentraler tas in i lagarna om upphandling. Såvitt bekant finns i Sverige f.n. inga myndigheter som uppträder som inköpscentraler i direktivens mening.<sup>7</sup> I vilken utsträckning inköpscentraler kommer att uppträda i fortsättningen kan inte bedömas. Det finns dock anledning att peka på att det är vissa risker förenade med en omfattande användning av inköpscentraler. Om en upphandlande myndighet i egenskap av inköpscentral anskaffar varor och tjänster och håller dem i lager för senare försäljning till andra upphandlande myndigheter/enheter uppkommer naturligtvis en affärsmässig risk. Anskaffning genom inköpscentraler kan också, på samma sätt som ramavtal, leda till stora inköpsvolymmer, vilket kan gynna stora och missgynna små leverantörer. Det är därför angeläget att användningen av upphandling genom inköpscentraler sker med försiktighet och förnuft.

---

<sup>7</sup> I Ds 2004:37 redogörs för system med inköpscentraler i Danmark och Finland, s. 27 ff.

Som alltid när det gäller nya bestämmelser med osäkra effekter bör utvecklingen följas så att eventuella nackdelar eller missförhållanden kan upptäckas och åtgärdas.

Det bör också påpekas att rätten att bedriva verksamhet som inköpscentral kan vara begränsad av andra bestämmelser än de i lagarna om upphandling. Den verksamhet som bedrivs av en statlig myndighet regleras, förutom av bestämmelser i lag, av instruktion och regleringsbrev. För att en statlig myndighet skall kunna uppträda som inköpscentral förutsätts att detta är möjligt enligt det regelverk som styr myndighetens verksamhet. Skulle så vara fallet men inte anses önskvärt får denna möjlighet begränsas.

När det gäller kommuner och landsting ligger begränsningar dels i att de enligt 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) får ha hand endast om sådana angelägenheter som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar, dels i att de enligt 2 kap. 7 § samma lag får driva näringsverksamhet endast om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.

När det gäller rätten för en upphandlande myndighet/enhet till skadestånd från en inköpscentral kan följande sägas. Den ersättningskyldighet som föreskrivs i 7 kap. 6 och 7 §§ LOU avser endast förhållandet mellan en upphandlande myndighet/enhet och en leverantör, anbudssökande eller anbudsgivare. Det krav på skadestånd som en upphandlande myndighet/enhet kan komma att ställa på en inköpscentral som inte följt gällande bestämmelser vid sin upphandling har naturligtvis ett samband med ett fel som begåtts vid upphandling. Kravet grundas dock inte direkt på detta fel utan har sin grund i avtalsförhållandet mellan inköpscentralen och den upphandlande myndighet/enhet som anlitat inköpscentralen. Rätten till skadestånd i detta fall bör därför inte regleras i lagarna om upphandling utan bedömas enligt vad som allmän gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden.

## 6 Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav

### 6.1 Uppdraget

Enligt utredningens ursprungliga direktiv (2004:47) ingår i uppdraget att särskilt beakta den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de föreslagna ändringarna. Enligt tilläggsdirektiv (2005:39) skall utredningen, utöver de analyser som legat till grund för förslagen i delbetänkandet (SOU 2005:22), göra en fördjupad analys av möjligheten att införa bestämmelser som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten bör ställa miljökrav eller sociala krav. Enligt tilläggsdirektiven finns i några länder redan liknande krav angående miljöhänsyn. Vidare pågår i flera länder arbete med att i lag eller annan författning införa bestämmelser för att långtgående miljöhänsyn skall tas i samband med upphandlingar. En jämförelse i dessa hänseenden med övriga länder skall därför också göras.

### 6.2 Delbetänkandet

I utredningens delbetänkande har frågan om att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn behandlats i kapitlen 5 och 12 (s. 205 ff. och 285 ff). Utredningen konstaterade att det var svårt att med någon precision ange vilka sociala krav som är förenliga med gemenskapsrätten (s. 209). Detsamma gäller, även om utredningen inte uttryckligen angett det, i fråga om miljökrav.

Direktivens bestämmelser om miljökrav och sociala krav som kan tas vid upphandling har med oförändrat sakligt innehåll tagits in i de i delbetänkandet föreslagna lagarna om upphandling, den klassiska lagen respektive försörjningslagen.

Genom att i lagförslagen nämna miljökrav och sociala krav tydliggörs möjligheten att ställa sådana krav och kraven ges en större tyngd.

Utredningen har vidare föreslagit att huvudregeln om affärs-mässighet i 1 kap. 4 § LOU skall få en annan lydelse som tydligare anger vilka principer som skall vara vägledande vid upphandlingen (delbetänkandet s. 216 ff.).<sup>1</sup> Enligt utredningens bedömning (s. 220) ger den föreslagna utformningen möjlighet för en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet att ta sociala hänsyn och miljöhänsyn i den omfattning som direktiven medger.

## **6.3 Upphandlingskommitténs slutbetänkande (SOU 2001:31) Mera värde för pengarna**

### **6.3.1 Miljökrav**

I Upphandlingskommitténs slutbetänkande behandlas möjligheten att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling utförligt.

När det gäller upphandling av varor ansåg kommittén att det inte då var möjligt att ställa krav på utförandet, dvs. på produktionsprocessen, eftersom den inte hade en tillräckligt klar anknytning till produktens utförande. Av kommitténs sammanfattning i denna del framgår bl.a. följande (s. 317 ff.).

Det är enligt LOU och EG-rätten i viss utsträckning möjligt att ta miljöhänsyn. EG-fördraget i dess lydelse efter Amsterdamfördraget ger stöd för att det skall vara möjligt att även vid upphandling av varor ställa miljökrav avseende en varas hela livscykel. Det skall således vara möjligt att ställa krav på produktionsprocessen och på transporten vid all slags upphandling.

Begränsningen ligger i att miljöhänsyn skall vara knutna till det som upphandlas. EG-domstolens praxis<sup>2</sup> tyder på att det är möjligt att ställa miljökrav utan direkt koppling till kontrakt föremålet i vart fall vid utvärdering av anbuden.

---

<sup>1</sup> Regeln i dess nya lydelse har tagits in i 1 kap. 5 § den klassiska lagen och i 1 kap. 4 § försörjningslagen. Den föreslagna lydelsen i den klassiska lagen är följande. "Tilldelning av offentliga kontrakt skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Genomförandet av upphandlingsförfarandet skall ske med iakttagande av öppenhet."

<sup>2</sup> Syftar på domen i målet *Nord-Pas-de-Calais*, se avsnitt 6.4.3 om detta mål.

Enligt kommitténs uppfattning är det svårt att tillämpa icke ekonomiska hänsyn i utvärderingsfasen. Sådana hänsyn, inklusive miljöhänsyn, måste alltid integreras i det övergripande målet, att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke diskriminerande sätt. Begränsningen ligger i att det är det anbud som har lägst pris eller är det ekonomiskt mest fördelaktiga som skall väljas.

Kommittén ansåg det vara lämpligare att införa en ökad möjlighet att ställa miljökrav som ett utvärderingskriterium eller som ett kvalifikationskriterium vid all slags upphandling. Det borde vidare vara möjligt att ställa miljökrav som ett tillkommande kontraktsvillkor.

Enligt kommitténs mening innebär proportionalitetsprincipen förmodligen att det inte är möjligt att exportera miljökrav, dvs. att ställa krav på tillverkning eller transporter som sker utanför Sverige. Detta gäller oavsett om kravet uppställs som kvalifikationskriterium eller som ett tillkommande villkor.

Kommittén anförde avslutningsvis följande (s. 319).

Eftersom de nya direktivförslagen [...] endast tillåter sådana miljöhänsyn som har en tydlig koppling till kontraktsföremålet kan kommittén när det gäller den direktivreglerade upphandlingen endast uppmana regeringen att intensifiera det arbete som görs för att försöka påverka medlemsländerna och kommissionen att möjliggöra ett större utrymme för miljöanpassad offentlig upphandling.

Beträffande upphandling utanför det direktivstyrda området ansåg kommittén att det borde vara möjligt att använda miljökriterier i den utsträckning som sociala hänsyn kunde tas vid sådan upphandling<sup>3</sup> och utan att villkoren hade någon direkt anknytning till det som upphandlades. Självfallet måste de allmänna EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande iakttas. Enligt kommitténs uppfattning var det en lämplighetsfråga om mer långtgående regler om miljöhänsyn borde införas utanför det direktivstyrda området jämfört med vad som gäller inom detta område.

---

<sup>3</sup> Se strax nedan om sociala krav.



### 6.3.2 Sociala krav

Även möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling behandlas utförligt av Upphandlingskommittén. Inom ramen för kommitténs arbete gavs Niklas Bruun i uppdrag att utreda vilket utrymme EG-rätten gav att ta sådana hänsyn.<sup>4</sup> Kommittén konstaterade att EG-rätten numera, enligt Bruuns uppfattning, gav ett klart utrymme för att vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och andra icke ekonomiska omständigheter (s. 286). Kommittén anförde att det mot bakgrund av EG-domstolens dom i målet *Nord-Pas-de-Calais* (se avsnitt 6.4.3 i detta betänkande), enligt Bruun, var möjligt att tänka sig att sociala hänsyn kunde ingå som underlag vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt. Kommittén uttalade därefter följande (s. 287).

Eftersom huvudregeln om affärsmässighet inte återfinns i EG:s upphandlingsreglering är det dock möjligt att den svenska rätten skall anses utesluta en sådan möjlighet trots att den i och för sig är förenlig med EG-rätten. Bruun drar slutsatsen att det primärt är *en intern svensk rättspolitisk fråga* huruvida man vill tillåta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.

Kommittén avstod dock från att föreslå en modifiering eller ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet (s. 288).

Kommittén, som bl.a. hade i uppdrag att analysera möjligheterna för en upphandlande enhet att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal, angav i vilken utsträckning det enligt kommitténs uppfattning var möjligt att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i de olika delarna av upphandlingsprocessen (avsnitt 11.5 i kommitténs betänkande).

Kommittén anförde med hänvisning till den nämnda domen i målet *Nord-Pas-de-Calais* att ett visst ökat utrymme för sociala hänsynstaganden i upphandlingsprocessen kunde skönjas i EG-domstolens praxis (s. 304). Kommittén frågade sig dock vilket utrymme det fanns i praktiken att ställa upp sociala hänsyn som ett av flera kriterier som skall ligga till grund för utvärdering av vilket anbud som är det ekonomiskt mest förmånliga. Bl.a. följande uttalande av kommittén med anledning av förslagen till de nya upphandlingsdirektiven är av särskilt intresse (s. 305 f.).

---

<sup>4</sup> Bruuns utredning finns som bilaga 3 till Upphandlingskommitténs betänkande.

Utvärderingskriterierna skall, enligt de nya direktivförslagen, vara knutna till det som upphandlas och innebära en ekonomisk förmån för den upphandlande enheten. I förslagen finns, med undantag för miljöhänsyn, sociala hänsyn inte uppräknade som exempel på utdelningskriterier<sup>5</sup> [...] En fråga kommittén har ställt sig är därför vilken betydelse den ovan nämnda domen från EG-domstolen har mot bakgrund av att de nya direktivförslagen inte tyder på något större utrymme för sociala hänsynstaganden i upphandlingsprocessen än vad kommissionen tidigare ansett. [...] Även om EG-domstolen gjort den bedömningen att det är möjligt att ta sociala hänsyn i utvärderingsfasen enligt de nuvarande direktiven kan utformningen i de kommande direktiven givetvis innebära en inskränkning i denna möjlighet. Det nuvarande förslaget innebär enligt kommittén en sådan inskränkning genom att det krävs att kriteriet är direkt kopplat till det som upphandlas och att den ekonomiska förmånen skall avse den upphandlande enheten. – Eftersom även de nya direktiven kan komma under EG-domstolens prövning är det dock i slutändan EG-domstolens tolkning av direktiven och EG-fördraget som bestämmer utrymmet för sociala hänsyn i utvärderingsfasen.

## 6.4 Rättsutvecklingen

### 6.4.1 Gemenskapsrättslig reglering av upphandling

De äldre upphandlingsdirektiven<sup>6</sup> antogs med bl.a. artiklarna 47.2, 55 och 95 i EG-fördraget som rättslig grund (f.d. artiklarna 57.2, 66 och 100 a). Även de nya upphandlingsdirektiven vilar på denna rättsliga grund. Direktiven är avsedda att bidra till realiserandet av den inre marknaden genom att undanröja hinder för egenföretagares etableringsrätt och för den fria rörligheten för varor och tjänster och därmed öppna marknaden för konkurrens. Skälen för den gemenskapsrättsliga regleringen av upphandlingsförfarandet har från början varit av renodlat ekonomisk natur. De äldre direktiven innehöll inte heller några uttryckliga bestämmelser om miljökrav eller andra särskilda krav.

---

<sup>5</sup> Med ”utdelningskriterier” torde avses utvärderingskriterier.

<sup>6</sup> De direktiv som avses är rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, med ändringsdirektiv.

Avsaknaden av uttryckliga bestämmelser om särskilda krav som kunde ställas vid en upphandling ledde till osäkerhet om sådana krav alls fick ställas och, om så var fallet, hur långt det gick att gå. Genom EG-domstolens praxis har slagits fast att det är möjligt att ställa särskilda krav av annan än renodlat ekonomisk art och detta trots att frågan var oreglerad i de äldre direktiven.<sup>7</sup>

#### 6.4.2 EG-fördraget och andra rättsakter

Utvecklingen inom gemenskapen, till vilken EG-domstolen alltså bidragit, har inneburit att miljöpolitiska och socialpolitiska hänsyn fått ett allt större utrymme vid uppbyggandet av den inre marknaden.

Av EG-fördraget framgår också att gemenskapen skall främja bl.a. en ”hållbar utveckling<sup>8</sup> av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män [och] en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet” (artikel 2). För att uppnå dessa mål skall gemenskapens verksamhet innefatta bl.a. upprättande av en inre marknad – till vilket område den offentliga upphandlingen hör – med avskaffade hinder för de fria rörligheterna och en miljöpolitik (artikel 3.1 första stycket c och l).

Gemenskapen skall vidare i all verksamhet som anges i artikel 3.1 första stycket a–u ”syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja jämställdhet mellan dem.” (artikel 3.2)<sup>9</sup>. Vidare skall miljöskyddskrav integreras i utform-

---

<sup>7</sup> Det kan också påpekas att både direktiv 93/36 och direktiv 93/38 innehåller en bestämmelse som innebär att det vid värdering av vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är möjligt att ta hänsyn till estetiska egenskaper (artikel 26.1 b respektive artikel 34.1 a). De estetiska egenskaperna hos föremålet för upphandlingen kan uppenbarligen ha en väsentlig ekonomisk betydelse när det är fråga om föremål som skall marknadsföras. Bestämmelsen är dock inte uttryckligen begränsad till det fallet. Det förefaller därför som att en upphandlande enhet kunde ställa estetiska krav på föremålet för upphandlingen, även om detta skulle användas enbart av den upphandlande enheten själv och de estetiska kraven därför inte främst var av ekonomisk art.

<sup>8</sup> I juni 2005 antog Europeiska rådet en förklaring om hållbar utveckling. Bl.a. följande sägs. ”Syftet är en ständig förbättring av livskvaliteten på jorden, både för nuvarande och kommande generationer. Det handlar om att bevara jordens förmåga att uppehålla liv i hela dess mångfald. Hållbar utveckling grundar sig på demokratiprincipen, rättsstatsprincipen och respekt för grundläggande rättigheter, inklusive frihet, jämlikhet och lika möjligheter för alla. [...] Målet är att främja en dynamisk ekonomi, full sysselsättning, en hög utbildningsnivå, hälsoskyddsnivå och miljöskyddsnivå samt en hög grad av social och territoriell sammanhållning i en fredlig och säker värld där kulturell mångfald respekteras.”

<sup>9</sup> Vid en jämförelse med de engelska och franska språkversionerna framstår möjligen uttrycket ”sträva efter” som ett bättre alternativ än ”syfta till”.

ningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling (artikel 6).

EU antog i december 2000 utkast till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inspirerad av bl.a. Europakonventionen.<sup>10</sup> Stadgan innehåller bl.a. ett allmänt diskrimineringsförbud (artikel 21) liksom bestämmelser om jämställdhet mellan kvinnor och män (artikel 23) och integrering av personer med funktionshinder (artikel 26). Stadgan utgör andra delen i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa. Som en följd av att ratificeringsprocessen avseende fördraget stannat upp har stadgan även fortsättningsvis status som politisk deklaration. Den är alltså inte juridiskt bindande.

Samtidigt med stadgan antogs en socialpolitisk dagordning.<sup>11</sup> Dess syfte ange vara bl.a. att trygga ett positivt och dynamiskt samspel mellan ekonomisk politik, sysselsättningspolitik och socialpolitik.<sup>12</sup> Det framhålls att bl.a. regionala och lokala aktörer, arbetsmarknadens parter och näringslivet har viktiga roller att spela.<sup>13</sup>

Det kan även nämnas att EG-förordningen om miljömärkning genom den s.k. EU-blomman av varor och tjänster (produkter)<sup>14</sup> ålägger bl.a. statliga myndigheter på nationell nivå att föregå med gott exempel när de fastställer sina produktkrav (artikel 10 andra stycket). En liknande bestämmelse finns i EG-förordningen om deltagande i gemenskapens frivilliga miljöstyrnings- och miljörevisionsordning (EMAS).<sup>15</sup> Offentliga myndigheter på nationell nivå bör överväga hur registrering i EMAS kan beaktas när de utformar sin upphandlingspolicy (artikel 11.2).

---

<sup>10</sup> EGT nr C 364, 18.12.2000, s.1. Bestämmelserna i stadgan riktar sig till EU:s institutioner och organ samt till medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätten (artikel 51).

<sup>11</sup> KOM (2000) 379 slutlig.

<sup>12</sup> Dito s. 2.

<sup>13</sup> Dito s. 15.

<sup>14</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1980/2000 av den 17 juli 2000 om ett reviderat gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke.

<sup>15</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS). EMAS står för "eco management and audit scheme".

### 6.4.3 EG-domstolens praxis – några centrala domar

#### Miljökrav

I *PreussenElektra*<sup>16</sup> var fråga om tillämpningen av tysk lag som syftade till att främja användningen av el från förnybara energikällor (målet avsåg inte upphandlingsrättsliga frågor). Enligt lagen gällde en inköpsskyldighet för tyska nätoperatörer såvitt avsåg el som producerats i Tyskland från förnybara energikällor. För denna el måste dessutom ett visst minimipris överstigande elens faktiska ekonomiska värde betalas. Kravet ansågs som ett åtminstone potentiellt handelshinder men inte oförenligt med artikel 30<sup>17</sup> (numera artikel 28) i EG-fördraget (punkterna 71 och 81 i domen). Domstolen framhöll att hänsyn borde tas såväl till syftet med inköpsskyldigheten som till elmarknadens speciella egenskaper (punkt 72). Inköpsskyldigheten främjade användningen av förnybara energikällor, vilket bidrog till att minska utsläppen av växthusgaser, och tjänade därför ett miljöskyddsändamål (punkt 73). En ökad användning av förnybara energikällor låg i linje med gemenskapens och medlemsstaternas skyldigheter enligt internationella överenskommelser som bl.a. Kyotoprotokollet (punkt 74). Därtill kom att miljöskyddskraven skulle integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik; jfr artikel 6 i EG-fördraget (punkt 76). Vidare framgick av det s.k. eldirektivet<sup>18</sup> att medlemsstaterna fick prioritera elproduktion från förnybara energikällor; dessutom utgjorde direktivet endast en fas i liberaliseringen av elmarknaden medan vissa hinder för gränsöverskridande elhandel bestod (punkterna 77 och 78). Avslutningsvis framhölls att det låg ”i elens natur att det är svårt att bestämma dess ursprung och särskilt dess källa, när den en gång har matats in i ett överförings- eller eldistributionsnät.” (punkt 79).

Även i *EVN Wienstrom*<sup>19</sup> var fråga om ”grön el” i samband med upphandling av elförsörjning. Ett kriterium vid bedömningen av vilket anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt var att den el som levererades kom från förnybara energikällor. Kriteriet ansågs godtagbart förutsatt att det hade ett samband med kontraktets föremål, inte gav den upphandlande myndigheten obegränsad

<sup>16</sup> EG-domstolens dom den 13 mars 2001 i mål C-379/98, REG 2001 s. I-2099.

<sup>17</sup> Artikeln har följande lydelse. ”Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna.”

<sup>18</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el.

<sup>19</sup> EG-domstolens dom den 4 december 2003 i mål C-448/01, REG 2003 s. I-4527.

valfrihet, hade bekantgjorts och var förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen (punkt 34). Det godtogs i och för sig att kriteriet i förhållande till övriga tillämpade kriterier gavs en relativ inbördes betydelse ("viktades") med 45 procent (punkterna 42 och 43). Den upphandlande myndigheten hade dock inte någon möjlighet att kontrollera att den el som levererades verkligen var "grön". Detta var inte godtagbart eftersom det måste finnas en möjlighet att få insyn i förfarandet och kontrollera att anbuden prövats objektivt och enhetligt (punkterna 47–52).<sup>20</sup> Kriteriet behövde dock inte, för att anses godtagbart, nödvändigtvis bidra till att öka produktionen av el från förnybara energikällor (punkt 53). Det ansågs inte förenligt med de EG-rättsliga upphandlingsreglerna att den gröna el som skulle beaktas vid anbudsutvärderingen var den årliga mängd som producerades utöver vad som krävdes för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov (punkterna 66–71). Kopplingen till föremålet för kontraktet saknades.

*Concordia*<sup>21</sup> gällde upphandling av lokala busstransporttjänster i Helsingfors. Vid bedömningen av vilket anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt gavs tilläggspoäng om bussarnas kväveoxidutsläpp respektive buller låg under en viss nivå. Domstolen konstaterade inledningsvis att uppräknningen i direktivet<sup>22</sup> av kriterier som fick tillämpas vid denna bedömning endast var exemplifierande och att bl.a. estetiska förtjänster nämndes (punkterna 54 och 55). De kriterier som tillämpades behövde inte samtliga vara av "rent" ekonomisk art. De gemenskapsrättsliga upphandlingsreglernas syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten och kravet i artikel 6 i EG-fördraget att integrera miljöskydds krav i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet innebar att det inte var uteslutet att tillämpa miljöskyddskriterier vid bedömningen av vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga (punkterna 56 och 57). Vilket miljöskyddskriterium som helst fick dock inte tillämpas. Det måste ha ett samband med föremålet för kontraktet och inte ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet (punkterna 59–61). Vidare måste det vara förenligt med gemenskapsrätten och bekantgöras för leverantörerna (punkterna 62 och 63).

<sup>20</sup> EG-domstolen talade i termer av att principen om likabehandling skall respekteras.

<sup>21</sup> EG-domstolens dom den 17 september 2002 i mål C-513/99, REG 2002 s. I-7213.

<sup>22</sup> Artikel 36.1 a i direktiv 92/50/EEG.

Domarna tydliggör att det utpräglade ekonomiska syftet bakom de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna inte hindrar en upphandlande enhet från att ställa krav på en leverantör som inte är av renodlat ekonomisk natur när sådana krav bidrar till att förverkliga ett i fördraget angivet mål. Krav av sådant slag måste dock ha ett samband med det som upphandlas (sambandskravet). Det överläts åt medlemsstaten att formulera kraven som dock inte får strida mot gemenskapsrätten.

### Sociala krav

I målet *CEI*<sup>23</sup> var frågan om det var förenligt med det äldre byggdirektivet 71/305/EEG att ha en nationell regel som innebar att en förutsättning för att få vara med i upphandlingen var att värdet av leverantörens samtliga kontraktsåtaganden inte översteg ett visst belopp. EG-domstolen konstaterade att direktivet inte reglerade möjligheten att ha en sådan regel (kopplad till bedömningen i urvalsfasen av leverantörens finansiella och ekonomiska ställning). Domstolen anförde vidare:

14. In order to rule on the compatibility of such a limit with the directive as a whole, the purpose and object of the directive must be borne in mind. The purpose of directive 71/305 is to ensure that the realisation within the community of freedom of establishment and freedom to provide services in regard to public works contracts involves, in addition to the elimination of restrictions, the coordination of national procedures for the award of public works contracts. Such coordination "should take into account as far as possible the procedures and administrative practices in force in each Member State."<sup>24</sup> Article 2<sup>25</sup> expressly provides that the authorities awarding contracts are to apply their national procedures adapted to the provisions of the directive.<sup>26</sup>

15. The directive therefore does not lay down a uniform and exhaustive body of community rules. Within the framework of the common rules which it contains, the Member States remain free to maintain or adopt substantive and procedural rules in regard to public works contracts on condition that they comply with all the relevant provisions of community law and, in particular, the prohibitions

<sup>23</sup> EG-domstolens dom den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86, REG 1987 s. 3347.

<sup>24</sup> Citatet är hämtat från den andra beaktandesatsen i direktiv 71/305/EEG.

<sup>25</sup> Syftar på artikel 2 i direktiv 71/305/EEG.

<sup>26</sup> I beaktandesats 3 i det klassiska direktivet sägs att bestämmelserna om samordning i största möjliga utsträckning bör överensstämma med gällande förfaranden och praxis i de enskilda medlemsstaterna.

flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and the freedom to provide services.

Domstolen konstaterade därefter att en beloppsgräns av ifrågasvarande slag inte stred mot de angivna gemenskapsrättsliga principerna och inte heller begränsade möjligheten för leverantörer inom gemenskapen att delta i upphandlingar (punkt 16). Domstolen fortsatte:

17. In those circumstances, it must be held that as community law now stands, there is no reason why the Member States, in the context of their powers in regard to public works contracts, should not fix a maximum value for works which may be carried out at one time.

Domen betyder att de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna inte närmare anger vilka krav i ekonomiskt och finansiellt hänseende som får ställas på en leverantör. Medlemsstaten får använda sig av egna ”hjälpkriterier” (under den självklara förutsättningen att dessa inte strider mot gemenskapsrätten).

I målen *Beentjes*<sup>27</sup> och *Nord-Pas-de-Calais*<sup>28</sup> var fråga om sociala krav.

Beentjes gällde bl.a. om det var förenligt med det då gällande byggdirektivet<sup>29</sup> att ställa upp krav på att 70 procent av den av leverantören anlidade arbetskraften skulle bestå av långtidsarbetslösa knutna till en regional arbetsförmedling. Domstolen konstaterade att bedömningen av en leverantörs lämplighet att fullgöra kontraktet (baserad på leverantörens ekonomiska och finansiella ställning och hans tekniska och yrkesmässiga kapacitet) och valet av anbud (tilldelningen) utgjorde två olika faser (för enkelhetens skull i det följande benämnda som fas 1 och fas 2) vilka styrdes av skilda regler i direktivet (punkterna 15 och 16 i domen). Den upphandlande enheten fick enligt domstolen använda de hjälpkriterier den ville för att i fas 2 fastställa vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga så länge kriterierna var lämpade för en sådan bedömning; det var endast genom ett uttryckligt undantag som direktivet gav utrymme för att ge en icke konkurrenskraftig anbudsgivare kontraktet i form av en enligt EG-fördraget godtagen stödåtgärd (punkt 19 i domen). Enligt domstolen hade det aktuella kravet avseende långtidsarbetslösa inte någon koppling till direktivets regler om vare sig bedömningen i fas 1 av leverantörens

<sup>27</sup> EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål 31/87, REG 1988 s. 4635.

<sup>28</sup> EG-domstolens dom den 26 september 2000 i mål C-225/98, REG 2000, s. I-7445.

<sup>29</sup> Det direktiv som avses är direktiv 71/305/EEG.



lämplighet<sup>30</sup> eller i fas 2 av valet av anbud (punkt 28 i domen). Kravet ansågs dock förenligt med direktivet förutsatt att det inte hade någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra medlemsstater (domstolen hänvisade i sammanhanget till CEI, punkterna 20 och 29 i Beentjes). Vidare måste kravet bekantgöras för leverantörerna i enlighet med direktivets förfaranderegler (punkterna 31 och 37). Kravet betecknades av domstolen som ”an additional specific condition”, ”une condition particulière supplémentaire”, dvs. som ett tillkommande särskilt villkor (punkterna 36 och 37). Uttrycket torde innebära ett villkor som inte täcks av direktivet men som medlemsstaten ändå har rätt att ställa.

Målet *Nord-Pas-de-Calais* handlade om rätten för en upphandlande myndighet att uppställa ett krav rörande sysselsättning knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten.

Domstolen uttalade att direktivets bestämmelse om tilldelningskriterier<sup>31</sup> inte uteslöt all möjlighet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som hade samband med att bekämpa arbetslösheten (under de självklara förutsättningarna att kravet inte stred mot gemenskapsrätten och bekantgjorts för leverantörerna, punkterna 50 och 51 i domen; domstolen hänvisade till punkterna 29, 31 och 36 i domen i målet Beentjes). Att märka är att domstolen prövade om det aktuella kravet kunde betecknas som ett ”upphandlingskriterium” (och inte enbart som ett villkor för fullgörande av kontraktet) men inte om kravet var förenligt med de grundläggande EG-rättsliga principerna och inte heller om det hade bekantgjorts för leverantörerna (punkt 53).<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, 2005 (i det följande betecknad som *Arrowsmith*) konstaterar angående Beentjes bl.a. att ”the ECJ ruled that ability to comply with a condition set by the procuring entity relating to employment of long term unemployed persons does not relate to technical capacity, although such a condition can lawfully be included in the contract if compatible with the Treaties. Thus a provider cannot be excluded because the entity considers it will be unable to comply with a condition concerning, for example, the composition or training of the workforce (unless it is concerned with ability to deliver the subject-matter of the contract)” (s. 729). Arrowsmith frågar retoriskt “[h]ow is the distinction to be made between requirements with which compliance is an aspect of technical capacity, and requirements with which compliance is not an aspect of technical capacity?” (s. 1274). Hon ger bl.a. följande svar. “First, lawful conditions relating to the conditions and treatment of the workforce on the contract, such as requirements to employ persons with disabilities or to provide training for contract workers, seem analogous to the condition in Beentjes. Thus they probably do not relate to technical capacity.” (a. s.).

<sup>31</sup> Den bestämmelse som åsyftas är artikel 30.1 i direktiv 93/37/EEG.

<sup>32</sup> Målet gällde en fördragsbrottsalan som kommissionen hade väckt mot Frankrike. Kommissionen gjorde bl.a. gällande (punkt 46) att det stred mot artikel 30 i direktiv 93/37/EEG att beteckna det ifrågakranda kravet som ett ”upphandlingskriterium”; enligt de

## Sammanfattning

Enligt utredningens uppfattning innebär de domar som nu redovisats att en upphandlande enhet får ställa krav på en leverantör som inte är av renodlat ekonomisk karaktär och att ett sådant krav får användas vid bedömningen av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Sambandskravet och kravet att det måste gå att kontrollera om en leverantör kan uppfylla ställda krav kan förutsättas gälla såväl i fråga om miljöhänsyn som sociala hänsyn.

En skillnad mellan domarna angående miljökrav och domarna angående sociala krav synes vara att de sociala krav som varit aktuella tycks ha behandlats som en egen kategori vid sidan av de kriterier som används för att avgöra vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Miljökraven har däremot inordnats bland dessa kriterier. Om detta innebär någon skillnad i praktiken är svårt att säga.

En annan skillnad förefaller vara att i de mål som gällt miljökrav har det funnits en tydlig koppling mellan kraven och gemenskapens politik medan något sådant uttalat samband inte berörts i målen angående sociala krav. EG-domstolens acceptans av dessa senare krav kan möjligen snarare bero på att de EG-rättsliga upphandlingsreglerna ger medlemsstaten ett visst utrymme att tillämpa nationellt bestämda regler förutsatt att dessa inte strider mot EG-fördraget (jfr de ovan citerade punkterna 14 och 15 i *CEI*).

De aktuella domarna har gällt tolkningen av äldre upphandlingsdirektiv och har i viss utsträckning beaktats vid utformningen av de nya direktiven (se beaktandesatserna 1, 33 och 46 tredje och fjärde styckena i det klassiska direktivet och beaktandesatserna 1, 44 och 55 tredje stycket i försörjningsdirektivet; utredningen återkommer till dessa i avsnitt 6.5). Det är svårt att med någon grad

---

engelska och franska språkversionerna "award criterion" och "critère d'attribution". Kommissionen ansåg med hänvisning till punkterna 28 och 37 i Beentjes att det endast kunde vara fråga om ett villkor för fullgörande av kontraktet (punkt 46 i Nord-Pas-de-Calais). Den franska regeringen hävdade å sin sida, med hänvisning till samma punkter i Beentjes, att det var fråga om ett "extra upphandlingskriterium" som domstolen tillåtit (punkt 47). Enligt den franska regeringen var det fråga om ett "icke avgörande tilläggskriterium". Kommissionens argumentation tillbakavisades av domstolen på följande sätt (punkt 52). "Vad gäller det argument som kommissionen framfört, att domen i ... målet Beentjes avsåg ett villkor för verkställande av kontraktet och inte ett kriterium för tilldelning, räcker det att konstatera att, såsom det klart framgår i punkt 14 i domen i ... målet Beentjes, det i målet tvistiga villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare och det kunde därför endast vara fråga om ett upphandlingskriterium." I den engelska språkversionen av punkt 14 i Beentjes talas om "the rejection of a tender", dvs. förkastande av ett *anbud*, medan uttrycket "l'exclusion d'un soumissionnaire", dvs. uteslutning av en anbudsgivare, används i den franska språkversionen av punkt 14. Motsvarande skillnader finns mellan de engelska och franska språkversionerna av punkt 52 i Nord-Pas-de-Calais.

av säkerhet förutsäga om EG-domstolen kommer att fortsätta på den inslagna vägen och, om så skulle bli fallet, hur långt domstolen då går.

#### 6.4.4 Kommissionens inställning

##### Miljökrav

I en handbok som publicerats av kommissionen görs uttalanden om möjligheterna enligt de nya upphandlingsdirektiven att ställa miljökrav vid upphandling.<sup>33</sup> Uttalandena anges inte vara bindande ens för kommissionen och är inte heller bindande för någon annan. I det följande återges några av kommissionens uttalanden.

Inledningsvis ges bl.a. uppmaningen att "[a]lways make sure that everything you ask of potential bidders and their offers relates to the subject matter of the contract." (s. 5).

Upphandlande myndigheter har ett ansvar för hur de använder skattemedel och bör agera utifrån principerna "Getting the best value for money" och "Acting fairly" (s. 12). Att få bäst valuta för pengarna innebär inte nödvändigtvis att välja anbudet med lägst pris. Det innebär att välja det bästa anbudet mot bakgrund av de parametrar som myndigheten själv satt upp. Miljöhänsyn kan vara en sådan parameter och utesluts alltså inte av principen om bäst valuta för pengarna.

Avgörande för slutresultatet är att den upphandlande myndigheten definierar vad som skall upphandlas och vilka medel som skall användas för att skaffa detta (s. 13).<sup>34</sup> Myndigheten är i princip fri att bestämma vad som skall upphandlas (s. 14). Anbudsgivarna kan ges möjlighet att lämna ett alternativt "grönt" anbud, t.ex. när den upphandlande enheten är osäker på vad det finns för miljövänliga alternativ (s. 18).

Energieffektivitet, miljöeffekter vid avfallshantering och möjligheter till återanvändning är viktiga aspekter. Det kan vara miljömässigt fördelaktigt att välja en produkt av högre kvalitet med längre livslängd framför en med lägre kvalitet och kortare livslängd (s. 16).

<sup>33</sup> Buying green! A handbook on environmental public procurement (SEC [2004] 1050).

<sup>34</sup> Kommissionen anför: "For example, you need to disseminate information to the public. You may decide to purchase printed flyers, posters, brochures and newspaper ads. However, if you think in terms of possible solutions rather than in terms of actual needs, you may decide on more environmentally friendly solutions, such as dissemination of information by electronic means, using websites or e-mails." (s. 13).

Om de tekniska specifikationerna utformas med hänvisning till en standard kan en upphandlande enhet ställa högre krav än som följer av standarden givet att detta inte är diskriminerande för leverantörerna (s 18).<sup>35</sup>

Miljömärken kan användas bl.a. som ett hjälpmedel vid utformningen av de tekniska specifikationerna och som ett bevis för att uppställda krav är uppfyllda. Det går dock aldrig att kräva att en leverantör skall vara ansluten till ett visst system för miljömärkning (s. 19). Vissa miljömärken, däribland det europeiska miljömärket (den s.k. EU-blomman) och Svanen-märket, motsvarar högt ställda krav på öppenhet och vetenskaplig noggrannhet och är icke-diskriminerande. Miljömärken som bygger på kriterier avseende ett företags allmänna förhållningssätt eller är av mer allmänt etisk karaktär kan däremot inte användas (s. 20).

En upphandlande enhet kan kräva att en vara är tillverkad av ett visst material, under förutsättning att kravet inte är diskriminerande och inte hindrar den fria rörligheten av varor och tjänster. Även krav på att varan inte innehåller ämnen som är skadliga för miljön eller folkhälsan kan ställas (s. 22).

Det är tillåtet att ställa krav på produktionsmetoder. Sådana krav skall ha ett samband med tillverkningen av produkten och bidra till dess egenskaper utan att egenskaperna nödvändigtvis är synliga. Som exempel nämns el från förnybara energikällor, organiskt producerade livsmedel och timmer som avverkats på ett miljömässigt hållbart och lagligt sätt (s. 22 ff.).

En leverantör som slutligt dömts för överträdelse av nationell miljölagstiftning eller varit föremål för ett liknande beslut kan uteslutas från en upphandling, givet att överträdelser av sådant slag enligt den nationella lagstiftningen anses som ett brott mot yrkesetiken eller allvarligt fel i yrkesutövningen (s. 26 f.).

En upphandlande myndighet får kräva att anbudsgivarna visar sin tekniska kapacitet i syfte att visa att ställda miljökrav uppfylls. Det kan t.ex. vara fråga om förmågan att minimera avfall, undvika läckage av förorenande produkter, reducera bränslekostnader eller minimera störningar av naturskyddsområden (s. 27 ff.). EMAS-registrering kan vara ett sätt att visa att kravet är uppfyllt. En upphandlande myndighet får dock inte kräva att leverantören har en sådan registrering eller uppfyller samtliga krav för registrering.

---

<sup>35</sup> Kommissionen hänvisar i sammanhanget till European Committee for Standardization (CEN), [www.cenorm.be](http://www.cenorm.be), och dess Environmental helpdesk.

Krav på miljöhänsyn kan ställas i tilldelningsfasen, under förutsättning att kraven har samband med föremålet för kontraktet, att de inte innebär för stora inskränkningar i leverantörens frihet, omnämns vid annonseringen och står i överensstämmelse med grundläggande principer i gemenskapsrätten. Vart och ett av de kriterier som används för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet behöver inte ge den upphandlande enheten en ekonomisk fördel, men kriterierna måste tillsammans göra det möjligt att avgöra vilket anbud som ger bäst valuta för pengarna (s. 31).

Användningen av livscykelkostnader, däribland driftkostnader för t.ex. vatten och energi och kostnader för avfallshantering, som kriterium kan göra det möjligt att vid sidan av ekonomiska fördelar också vinna miljömässiga fördelar (s. 34 f.).

Upphandlande myndigheter kan genom krav på fullgörandet ställa krav på hur transport och leverans sker. Ett exempel är krav på att produkter skall levereras i koncentrerad form till den plats där en tjänst eller byggentreprenad utförs eller till en viss järnvägsstation eller hamn. Ett annat exempel är krav på att transporten sker under lågtrafik (s. 36 f.).

### Sociala krav

I en grönbok från kommissionen konstateras att "[u]pphandlande enheter kan anmodas att genomföra olika arbetsmarknads- och socialpolitiska aspekter vid sina upphandlingar, eftersom offentliga inköp i själva verket kan vara ett viktigt medel att påverka ekonomiska aktörers agerande."<sup>36</sup> Kommissionen syftar bl.a. på vad den kallar positiva åtgärder och exemplifierar med att offentlig upphandling kan användas för att skapa en stadigvarande avsättningsmöjlighet för en skyddad verkstad som annars inte skulle tåla konkurrensen från vanliga företag. Kommissionens uttalanden faller tillbaka på artikel 2 i EG-fördraget.<sup>37</sup>

I en annan grönbok från kommissionen konstateras att socialt ansvarsfulla lösningar förekommer i alla typer av företag men att främst de stora företagen satsar på socialt ansvar.<sup>38</sup> Vidare sägs att

<sup>36</sup> Offentlig upphandling inom europeiska unionen: Överväganden inför framtiden, KOM (1996) 583 slutlig, punkt 5.39.

<sup>37</sup> KOM (1996) 583 slutlig, punkt 5.38.

<sup>38</sup> Främjande av en europeisk ram för företagens sociala ansvar, KOM (2001) 366 slutlig, punkt 5.

EU intresserar sig för företagens sociala ansvarstagande eftersom detta anses på ett positivt sätt kunna bidra till att uppnå det strategiska målet för den s.k. Lissabonstrategin (som innebär att EU skall bli "världens mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomi, med möjlighet till hållbar ekonomisk tillväxt med fler och bättre arbetstillfällen och en högre grad av social sammanhållning").<sup>39</sup>

I samma grönbok sägs att ett globalt samförstånd behöver utvecklas om vilken typ av information som skall ingå i företagens rapportering om sitt sociala ansvarstagande (Corporate Social Responsibility, CSR), om rapporteringens utformning och om tillförlitligheten hos utvärderings- och revisionsförfarandet. Detta bl.a. för att undvika kritik mot att företagens rapporter endast är av public relations-karaktär.<sup>40</sup> Kommissionen berör även den flora av s.k. sociala märken som växt fram.<sup>41</sup> Offentlig upphandling nämns som ett område som kan ha betydelse i sammanhanget.<sup>42</sup>

De sociala aspekterna av offentlig upphandling har även behandlats i ett tolkningsmeddelande från kommissionen.<sup>43</sup> Tanken är att "meddelandet ... skall göra det möjligt att på bästa sätt ta olika sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling och därmed bidra till en hållbar utveckling, dvs. till såväl ekonomisk tillväxt som sociala framsteg och hänsyn till miljön." (s. 27).<sup>44</sup>

Det konstateras att de dåvarande upphandlingsdirektiven saknade bestämmelser om främjande av sociala mål. Kommissionen anser dock att "gällande gemenskapsrätt på området för offentlig upphandling erbjuder ett antal möjligheter som – om de utnyttjas på lämpligt sätt – gör det möjligt att nå de eftersträlvade målen." (s. 28).

Begreppet sociala hänsyn skall ges en vid tolkning. Det täcker åtgärder för att trygga de grundläggande rättigheterna och prin-

<sup>39</sup> KOM (2001) 366 slutlig, punkt 6.

<sup>40</sup> KOM (2001) 366 slutlig, punkterna 66 och 73. Normer för CSR-redovisning har utarbetats av bl.a. de europeiska och internationella revisorsfederationerna (FEE och IFAC).

<sup>41</sup> KOM (2001) 366 slutlig, punkterna 79-83. Idén bakom sociala märken är att genom märkning av en vara garantera att varan har framställts under anständiga villkor, vilket antas öka konsumentens incitament att köpa varan.

<sup>42</sup> KOM (2001) 366 slutlig, punkt 83.

<sup>43</sup> Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM (2001) 566 slutlig, EGT nr C 333, 28.11.2001, s. 27. Meddelandet utgår från de tidigare upphandlingsdirektiven men torde fortfarande ha aktualitet.

<sup>44</sup> Tolkningsmeddelandet är en uppföljning av ett tidigare meddelande från kommissionen om offentlig upphandling, KOM (1998) 143 slutlig. I det tidigare meddelandet uttalades att "[u]pphandlande enheter kan ... anmodas att verkställa vissa delar av arbetsmarknads- eller socialpolitiken via sina upphandlingar" (punkt 4.4).

ciperna om likabehandling och icke-diskriminering. Även åtgärder med anledning av nationell lagstiftning och gemenskapslagstiftning<sup>45</sup> inom det sociala området avses. Sociala hänsyn kan vidare vara att genom s.k. preferensklausuler främja integrering av utslagna eller att tillämpa positiv särbehandling (s. 28).

Det första tillfället att ställa sociala krav är när den upphandlande myndigheten bestämmer vad som skall byggas eller köpas. Myndigheten har i princip rätt att bestämma vad som skall upphandlas. Möjligheten att ställa sociala krav är störst vid upphandling av byggentreprenader och tjänster eftersom det beträffande sådana kontrakt kan ställas krav på hur kontraktet skall fullgöras (s. 28). Vid upphandling av varor är möjligheten att – utöver valet av vad som skall upphandlas – ta sociala hänsyn mer begränsad. Föremålet för upphandlingen får inte bestämmas på ett sådant sätt att endast inhemska leverantörer kan delta i upphandlingen.

Krav på tillverkningsprocessen får ställas om det bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till egenskaperna hos konkurrerande produkter. Alternativa anbud med t.ex. förslag på olika tekniska lösningar för att öka tillgängligheten för funktionshindrade hos en viss utrustning eller en viss tjänst kan användas (s. 29).

Det erinras om att en leverantör som brutit mot lagstiftning inom det sociala området kan uteslutas om överträdelsen enligt nationell lagstiftning utgör ett brott mot yrkesetiken eller ett allvarligt fel i yrkesutövningen (s. 30). Någon gemenskapsrättslig definition av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen finns inte. Medlemsstaten får definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och själv avgöra om underlåtenhet att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området utgör ett sådant fel. Ett exempel som anges är att en inhemsk leverantör som inte upprättat en jämställdhetsplan, trots att sådan skyldighet föreligger enligt den nationella lagstiftningen, kan uteslutas förutsatt att underlåtenheten utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen enligt nationella regler.

Hänsyn får tas till leverantörens kompetens inom det sociala området om denna styrker den tekniska förmågan. Exempel som ges är krav på erfarenhet av att förestå ett daghem eller av att

---

<sup>45</sup> Bland de exempel som ges nämns Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet) och rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter (överlåtelse-direktivet).

anordna utbildning för långtidsarbetslösa. En annan sak är leverantörens "sociala förmåga" (eller "sociala ansvar"), i meningen socialt och etiskt ansvarstagande utöver vad lagstiftningen kräver, som får beaktas endast om den styrker leverantörens tekniska kapacitet att fullgöra ett aktuellt kontrakt (s. 31).

Under rubriken Tilldelning av kontrakt konstateras att uppräkningskriterierna i upphandlingsdirektiven av de kriterier som används för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga är exemplifierande och att även andra kriterier än de som nämns får användas (s. 31). För tilldelningskriterier i allmänhet gäller att icke-diskrimineringsprincipen skall iakttas och att kriterierna skall ge den upphandlande myndigheten en ekonomisk fördel. Kriterierna skall göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att avgöra vilket anbud som bäst uppfyller myndighetens behov inom ramen för den enskilda upphandlingen. Ett tilldelningskriterium skall göra det möjligt att bedöma en produkts eller tjänsts inneboende egenskaper och måste därför vara direkt kopplat till det som upphandlas.<sup>46</sup> Ett "socialt kriterium" i meningen att kriteriet gör det möjligt att bedöma t.ex. kvaliteten hos en tjänst som är avsedd för en viss missgynnad samhällsgrupp kan användas om det bidrar till att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Ett tilldelningskriterium som innebär krav på t.ex. visst antal anställda från en viss kategori eller på att en jämställdhetsplan skall upprättas anses strida mot upphandlingsdirektiven eftersom ett sådant kriterium inte gör det möjligt att bedöma en produkts eller tjänsts inneboende egenskaper och därmed inte bidrar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare skulle ett sådant kriterium bedömas som oförenligt med WTO:s avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA) (s. 32).<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Kommissionen hänvisar till bl.a. generaladvokatens förslag till avgörande den 5 juni 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini, där generaladvokaten i fotnot 23 yttrar följande. "The criteria used to determine the most economically advantageous tender must be directly linked to the purpose of the contract and may concern quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion".

<sup>47</sup> Kommissionen tillägger följande (fotnot 53 i tolkningsmeddelandet). "Vissa stater som har skrivit under avtalet har uttryckligen infört förbehåll som innebär att de upphandlande myndigheterna kan tillämpa ett socialt tilldelningskriterium vid upphandling. USA har t.ex. infört ett undantag som gör det möjligt att förbehålla vissa upphandlingar åt minoriteter. Sådana förbehåll har däremot inte gjorts av EU. Härav följer att sådana kriterier generellt



I avsnittet om kontraktstilldelning behandlas vidare under rubriken Det ”tillkommande kriteriet” EG-domstolens domar i målen *Beentjes* och *Nord-Pas-de-Calais*. Angående *Beentjes* uttalas följande (s. 32).

[D]omstolen fann att ett kriterium avseende anställning av långtidsarbetslösa varken hade något samband med bedömningen av anbudssökandenas ekonomiska och finansiella lämplighet, tekniska kapacitet och förmåga eller med de tilldelningskriterier som avses i direktivet. Domstolen ansåg vidare att ett sådant kriterium icke desto mindre var förenligt med upphandlingsdirektiven om det stod i överensstämmelse med samtliga relevanta principer i gemenskapsrätten.

Angående det villkor som var aktuellt i målet *Nord-Pas-de-Calais* och som var kopplat till kampen mot arbetslösheten anförs att EG-domstolen ansåg att ett sådant villkor kunde tillämpas om det överensstämde med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Enligt kommissionens uppfattning ansåg domstolen vidare att villkoret kunde tillämpas endast i det fall då den upphandlande myndigheten var tvungen att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud.<sup>48</sup> Kommissionen tillägger att villkoret av medlemsstaten i fråga (Frankrike) betraktades ”som ett icke avgörande tillkommande kriterium efter det att anbudet blivit jämförda ur rent ekonomisk synpunkt.” (s. 32).

Domstolens resonemang i *Beentjes* och *Nord-Pas-de-Calais* kan enligt kommissionens uppfattning tillämpas beträffande andra villkor på det sociala området (s. 32).

Även möjligheten att ställa krav på kontraktets fullgörande berörs. Kommissionen talar i termer av kontrakts- eller ”utförarvillkor” och anför bl.a. (s. 33).

Utförarvillkoret är en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera och som är kopplat till hur kontraktet skall utföras. Det är därför i princip tillräckligt att anbudsgivarna när de lämnar sitt anbud åtar sig att uppfylla detta krav i den händelse de får kontraktet. Ett anbud från en anbudsgivare som inte accepterar ett sådant villkor skulle inte överensstämma med kravspecifikationen, och anbudet kan

---

sett måste betraktas som oförenliga med bestämmelserna i direktiven, särskilt bestämmelserna om tilldelning av kontrakt.”. GPA berörs något i avsnitt 10.5.5.

<sup>48</sup> Brian Bercusson och Niklas Bruun anför att ”there is certainly no suggestion ... that the *Court* intended to postulate a second proviso to that of fundamental principles, or, specifically, that social criteria were a secondary factor in any sense, let alone be used only in selecting between economically equivalent tenders.”, Ruth Nielsen och Steen Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, Djöf Publishing, 2005, s. 110. Författarna syftar på punkt 50 i domen i *Nord-Pas-de-Calais*, se avsnitt 6.4.3.

därför inte godtas. Utförarvillkoren behöver däremot inte uppfyllas för att vederbörande skall kunna lämna in anbud.

Vidare ges exempel på utförarvillkor motsvarande dem som numera anges i beaktandesats 33 i det klassiska direktivet och i beaktandesats 44 i försörjningsdirektivet. Ett ytterligare exempel som anges är krav på leverantören att vid fullgörandet av kontraktet vidta åtgärder för att främja jämställdhet eller mångfald på arbetsplatsen.

Avslutningsvis sägs att det förefaller svårare att tillämpa utförarvillkor vid upphandling av varor. Villkor som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn hos en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat än den upphandlande myndigheten riskerar att vara diskriminerande eller medföra ett ooberättigat handelshinder.

Beträffande upphandling utanför det direktivstyrda området sägs att de upphandlande myndigheterna har fritt spelrum att fastställa och tillämpa ”sociala urvals- och tilldelningskriterier” förutsatt att de grundläggande bestämmelserna och principerna i EG-fördraget följs, särskilt principerna om öppenhet och likabehandling (s. 34).

Tolkningsmeddelandet berör även vissa arbetsrättsliga aspekter. Utredningen tar upp några av dessa i kapitel 10 om ILO:s konvention nr 94 och upphandlingsdirektiven.

## 6.5 De nya upphandlingsdirektiven och förslagen i delbetänkandet

De i delbetänkandet föreslagna lagarna om upphandling har utformats i nära överensstämmelse med innehållet i respektive direktiv.

I beaktandesats 1 i båda direktiven förklaras att direktiven bygger på EG-domstolens praxis om tilldelningskriterier. Det anges vidare att denna praxis tydliggör de upphandlande enheternas<sup>49</sup> möjligheter att tillgodose den berörda allmänhetens behov på miljöområdet och det sociala området. En förutsättning är att de valda kriterierna är kopplade till kontraktets föremål, att de inte ger den upphandlande enheten obegränsad valfrihet samt att de uttryckligen anges och överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga principer.

---

<sup>49</sup> När inget annat sägs eller framgår förstås med upphandlande enhet såväl upphandlande myndigheter inom den klassiska sektorn som upphandlande myndigheter och enheter inom försörjningssektorerna.

Dessa principer räknas upp i beaktandesats 2 i det klassiska direktivet som anger att tilldelning av kontrakt skall ske med respekt för principerna i EG-fördraget, särskilt principerna om fri rörlighet, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Motsvarande framgår av beaktandesats 9 i försörjningsdirektivet. Principerna äger giltighet även vid upphandling utanför det direktivstyrda området.

I beaktandesats 5 i det klassiska direktivet och i beaktandesats 12 i försörjningsdirektivet finns en direkt hänvisning till artikel 6 i EG-fördraget. Av beaktandesatserna framgår att respektive direktiv syftar till att klargöra hur de upphandlande enheterna kan bidra till att skydda miljön och främja en hållbar utveckling samtidigt som de ges möjlighet att erhålla bäst värde för pengarna.

Beaktandesats 29 i det klassiska direktivet har bl.a. följande lydelse.

En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper, t.ex. en viss produktionsmetod, och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster. Den får, men är inte skyldig att, använda lämpliga specifikationer som fastställts för miljömärken, t.ex. det europeiska miljömärket, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, om kraven för märket har utarbetats och antagits på grundval av vetenskapliga rön eller genom ett förfarande i vilket de berörda parterna, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, kan delta och om miljömärket är tillgängligt för samtliga berörda parter. Den upphandlande myndigheten bör då det är möjligt fastställa tekniska specifikationer för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov. De tekniska specifikationerna bör tydligt anges så att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten fastställt omfattar.

Beaktandesats 42 i försörjningsdirektivet är i nu aktuell del i princip likalydande.

Enligt artikel 23.3 a i det klassiska direktivet och artikel 34.3 a i försörjningsdirektivet skall de tekniska specifikationerna vara utformade på vissa alternativa sätt. De kan utformas genom en hänvisning till de tekniska specifikationerna som definieras i en bilaga till vardera direktivet (bilaga VI till det klassiska direktivet och bilaga XXI till försörjningsdirektivet). Av definitionerna i dessa bilagor framgår att uttrycket tekniska specifikationer används i direktivet i en betydelse som innefattar olika egenskaper hos det

som skall upphandlas, däribland ”nivå på miljöprestanda” och ”produktionsprocesser och -metoder”.

Tekniska specifikationer berörs även i beaktandesats 29 i det klassiska direktivet och beaktandesats 42 i försörjningsdirektivet. Som exempel på särskilda miljöegenskaper som kan föreskrivas nämns ”en viss produktionsmetod, och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster”.

I delbetänkandet föreslog utredningen att definitionerna i de nämnda bilagorna skulle tas in i förordning eller myndighetsföreskrifter (s. 290 f. och 487).

Enligt 8 kap. 1 § andra stycket den klassiska lagen och 11 kap 1 § andra stycket försörjningslagen bör, när så är möjligt, de tekniska specifikationerna fastställas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov.

I 8 kap. 3 § den klassiska lagen (artikel 23.3.b i direktivet) och 11 kap. 4 § försörjningslagen (artikel 34.3 b i direktivet) anges vidare att miljöegenskaper kan ingå i de tekniska specifikationerna, när specifikationerna utformas i form av prestanda- eller funktionskrav. Sådana krav måste dock vara så utformade att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande enheten kan genomföra upphandlingen. Av 8 kap. 9 § den klassiska lagen (artikel 23.6 i direktivet) och 11 kap. 10 § försörjningslagen (artikel 34.6 i direktivet) framgår att specifikationer som fastställts för miljömärken får användas för att ange miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav förutsatt bl.a. att miljömärkena uppfyller vissa förutsättningar.

Beaktandesats 6 i det klassiska direktivet och beaktandesats 13 i försörjningsdirektivet anger att ingenting i respektive direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller för att bevara växter, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget. Innehållet i beaktandesatserna motsvarar delar av artikel 30 i EG-fördraget som anger vilka hänsyn som kan motivera uttryckliga inskränkningar i den fria rörligheten för varor.

Av beaktandesats 33 i det klassiska direktivet och beaktandesats 44 i försörjningsdirektivet framgår att villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med respektive direktiv om de inte

är direkt eller indirekt diskriminerande och om de har bekantgjorts för leverantörerna. I beaktandesatserna anges som exempel krav som syftar till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen, anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpning av arbetslösheten eller skydd av miljön. Ett krav kan vara att långtidsarbetslösa skall anlitas när kontraktet fullgörs. Ett annat kan gälla utbildning för arbetslösa eller ungdomar. Ytterligare krav kan vara att bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner<sup>50</sup> som inte har införlivats med nationell lagstiftning skall följas eller att ett större antal personer med funktionshinder skall anställas än vad som krävs enligt nationell lagstiftning.

I 1 kap. 8 § den klassiska lagen (artikel 19 i direktivet) och i 1 kap. 11 § försörjningslagen (artikel 28 i direktivet) anges att en upphandlande enhet får reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för s.k. skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor (angående begreppet skyddade verkstäder se s. 210 i delbetänkandet).

Enligt 8 kap. 14 § den klassiska lagen (artikel 27.1 i direktivet) och 11 kap. 16 § försörjningslagen (artikel 39.1 i direktivet) får en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka myndigheter som kan lämna en anbudssökande eller anbudsgivare information om de bestämmelser om bl.a. miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid utförandet av de tjänster eller byggtreprenader som omfattas av kontraktet.

Enligt 8 kap. 15 § den klassiska lagen (artikel 26 i direktivet) och 11 kap. 17 § försörjningslagen (artikel 38 i direktivet) får en upphandlande myndighet ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras, under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Sociala krav och miljökrav nämns särskilt i paragraferna.

I 12 kap. 2 § den klassiska lagen (artikel 45.2 c och d i direktivet) och 16 kap. 3 § försörjningslagen (artikel 54.4 i direktivet) finns bestämmelser om att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingsförfaranden, om leverantören har dömts för brott

<sup>50</sup> De konventioner som torde avses gäller föreningsfrihet, tvångsarbete, diskriminering och barnarbete (se vidare avsnitt 10.5.5).

avseende yrkesutövningen (här borde i enlighet med direktivtexten ha valts ordet yrkesetiken) eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Av beaktandesatserna 34 och 43 i det klassiska direktivet och beaktandesatserna 45 och 54 andra och tredje styckena i försörjningsdirektivet framgår att överträdelse av nationella bestämmelser som genomför utstationeringsdirektivet, arbetslivsdirektivet<sup>51</sup> och likabehandlingsdirektivet<sup>52</sup> eller av nationell miljölagstiftning kan utgöra grund för uteslutning.

För att en leverantör skall komma i fråga för ett kontrakt krävs att den tekniska kapaciteten är sådan att leverantören kan förväntas kunna fullgöra kontraktet. Enligt 13 kap. 9 § 7 och 13 § den klassiska lagen (artikel 48.2 f och artikel 50 i direktivet) och 15 kap. 15 § försörjningslagen (artikel 52.3 i direktivet) får en upphandlande enhet, då det är påkallat, kräva att leverantörerna anger de åtgärder för miljöledning som de kommer att tillämpa när ett kontrakt avseende byggtreprenad eller tjänster fullgörs och dessutom kräva vissa bevis om att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder.

Om tilldelningen av ett kontrakt sker på grundval av vad som ur den upphandlande enhetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande enheten enligt 14 kap. 1 § den klassiska lagen (artikel 53.1 a i direktivet) och 17 kap. 1 § försörjningslagen (artikel 55.1 a i direktivet) tillämpa olika kriterier. Bland de exempel på kriterier som anges i de båda artiklarna finns miljöegenskaper.

Beaktandesats 46 tredje och fjärde styckena i det klassiska direktivet har följande lydelse.

När de upphandlande myndigheterna väljer att ge kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de utvärdera anbuderna för att fastställa vilket som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. För att göra detta skall de fastställa de ekonomiska och kvalitativa kriterier som i sin helhet måste göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Fastställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom dessa måste göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.

<sup>51</sup> Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

<sup>52</sup> Rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

För att garantera likabehandling bör tilldelningskriterierna göra det möjligt att jämföra anbudena och bedöma dem på ett objektivt sätt. Om dessa villkor är uppfyllda, kan ekonomiska och kvalitativa tilldelningskriterier, samt de kriterier som gäller uppfyllande av miljökrav, göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att tillgodose den berörda offentliga enhetens behov, så som de är formulerade i specifikationerna för upphandlingen. Det är enligt samma villkor som en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov – fastställda i specifikationerna för upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggentreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör.

Beaktandesats 55 tredje stycket i försörjningsdirektivet är i princip likalydande men ”uppfyllande av miljökrav” anges som exempel på ”ekonomiska och kvalitativa tilldelningskriterier”.

## 6.6 Andra länder

### 6.6.1 Belgien

Enligt ett cirkulär på ministernivå den 27 januari 2005 skall bl.a. upphandlande enheter på federal nivå inom den klassiska sektorn tillämpa vissa ekologiska och etiska krav vid upphandling av sådana varor som räknas upp i cirkuläret, t.ex. kaffe, kontorsmateriel och motorfordon.<sup>53</sup> Vägledning för att ställa sådana krav har sammanställts på regerings- respektive myndighetsnivå.<sup>54</sup>

Beträffande inköp av motorfordon ges som exempel på hur ett miljökrav kan användas som tilldelningskriterium att den upphandlande enheten anger att ett lägre koldioxidutsläpp än vad som krävs enligt de tekniska specifikationerna kommer att värderas. Ett exempel på kontraktsvillkor avseende fullgörandet som anges i vägledningen avseende kontorsutrustning är att utrustningens emballage skall vara gjort av återvunnet material och tas om hand av leverantören.

<sup>53</sup> Circulaire P&O/DD/1. – Mise en oeuvre de la politique de développement durable lors des marchés publics de fournitures lancés par des pouvoirs adjudicateurs de l'autorité fédérale qui appartiennent aux secteurs classiques

<sup>54</sup> Guide méthodologique d'achat de véhicules motorisés à l'usage des administrations fédérales (approuvé par le gouvernement le 04/06/2004), Guide méthodologique d'achat de matériel informatique, de télécopie et de photocopie à l'usage des administrations fédérales (approuvé par le gouvernement le 23/12/2004) och [www.guidedesachatsdurables.be](http://www.guidedesachatsdurables.be) (sammanställd av Le service public de programmation (SPP) Intégration Sociale Lutte contre la Pauvreté et Economie Sociale).

Enligt vägledningen om hållbara inköp (achats durables) bör en upphandlande enhet som t.ex. skall köpa kaffe ställa såväl miljökrav som sociala krav. Miljökraven innebär bl.a. att vissa bekämpningsmedel inte får användas. De sociala kraven innebär att arbetet på plantager och i fabriker skall ske med respekt för ILO:s grundläggande konventioner och nationell arbetsrättslig lagstiftning; t.ex. skall arbetstagarna få lön i nivå med nationell minimilön. För att visa att kraven är uppfyllda kan leverantören åberopa olika typer av märken<sup>55</sup> eller avge en försäkran att kraven är uppfyllda. Möjlighet till avstängning från deltagande i framtida upphandlingar av en leverantör som avgett en falsk försäkran finns.

## 6.6.2 Danmark<sup>56</sup>

### Miljökrav

Enligt § 1 Miljøbeskyttelsesloven<sup>57</sup> skall lagen ”medvirke till at værne natur og miljø, så samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag i respekt for menneskets livsvilkår og for bevarelsen af dyre- og plantelivet.” I § 6 sägs att ”[o]ffentlige myndigheder skal virke for lovens formål ved anlæg og drift af offentlige virksomheder samt ved indkøb og forbrug.”

Konkurrencestyrelsen har sammanställt en vägledning om möjligheterna att ta miljöhänsyn i samband med upphandling.<sup>58</sup> Vägledningen är från år 2002. Vägledningen utgår från kommissionens tolkningsmeddelande (se avsnitt 6.4.4). Vägledningen riktar sig till ”ministerier, kommuner, amter og offentlige institutioner”.

<sup>55</sup> Ett exempel som nämns är märken som är certifierade av Fairtrade Labelling Organizations International (FLO). Det svenska ”Rättvisemärkt” är ett sådant märke.

<sup>56</sup> De nya upphandlingsdirektiven har genomförts genom ”Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter” (BEK nr 937 af 16/09/2004) och ”Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester” (BEK nr 936 af 16/09/2004) som båda trädde i kraft den 1 januari 2005. Utanför det direktivstyrda området gäller Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (LOV nr 338 af 18/05/2005, tilbudsloven). Upphandling av varor och tjänster utanför det direktivstyrda området styrs däremot endast av EG-fördragets principer om fri rörlighet, likabehandling, icke-diskriminering osv.

<sup>57</sup> Bekendtgørelse af lov om miljøbeskyttelse, LBK nr 753 af 25/08/2001, lagen är tillgänglig på [www.retsinfo.dk](http://www.retsinfo.dk).

<sup>58</sup> Offentlige grønne indkøb - en vejledning i mulighederne for at varetage miljøhensyn i forbindelse med afholdelse af udbud. Vägledningen är tillgänglig på Konkurrencestyrelsens hemsida, [www.ks.dk](http://www.ks.dk).



Inledningsvis konstateras bl.a. att ett stort antal myndigheter vill integrera miljöhänsyn i sina upphandlingar men avhålls av osäkerhet om vilka begränsningar som gäller. Vidare noteras bl.a. ett stigande antal klagomål med anledning av miljökrav i samband med upphandling.

Myndigheten har goda möjligheter att ta miljöhänsyn när den bestämmer vad som skall upphandlas. Föremålet för upphandlingen får dock inte bestämmas på ett sådant sätt att det blir fråga om ett handelshinder. Ett exempel är om den upphandlande myndigheten kräver att energi som levereras enbart skall vara framställd i vindkraftverk (vindmøller) eftersom sådan framställning i princip uteslutande förekommer i Danmark och Nederländerna. Leverantörer från andra medlemsstater hindras då från att delta i upphandlingen trots att även andra framställningssätt kan vara miljövänliga.

Exempel på godtagbara krav vid byggentreprenader är att kräva att byggnader som uppförs skall vara lågenergihus eller att toaletter som installeras skall vara vattensnåla. Vid upphandling av tjänster kan miljöhänsyn tas genom att ställa krav på hur tjänsten skall utföras, t.ex. genom att kräva att rengöringsmedel som används uppfyller vissa miljökrav. Vid upphandling av varor kan själva valet av vara innebära miljöhänsyn, t.ex. om myndigheten bestämmer sig för att tillgodose ett visst transportbehov genom att köpa cyklar i stället för bilar.

De tekniska specifikationerna kan innehålla miljökrav. Exempel som ges är krav på att möbler till en skola skall vara framställda utan användning av organiska lösningsmedel eller tungmetaller och krav på att madrasser skall vara fyllda med ett material som inte är ozonnedbrytande och försedda med utbytbara överdrag. Miljömärken godtas så länge den upphandlande myndigheten godtar även annan dokumentation om att en vara uppfyller vissa miljökrav. Myndigheten kan t.ex. inte kräva att toalettpapper skall vara Svanmärkt men däremot att det skall uppfylla Svanenmärkets kriterier; ett Svanmärkt papper anses då uppfylla myndighetens krav men även annan dokumentation måste accepteras.

Exempel på krav som kan ställas på produktionsprocessen är krav på att energi skall komma från förnybara energikällor och att livsmedel till daghem skall vara ekologiskt framställt.

Av vägledningen framgår vidare att en leverantör som är dömd för överträdelse av miljölagstiftningen kan uteslutas. Vad som i övrigt utgör ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan

medföra uteslutning anses oklart. Dock måste det finnas ett samband mellan felet och det som upphandlas.

Det är möjligt att ta miljöhänsyn vid utformningen av kraven på leverantörens tekniska kapacitet om kraven är kopplade till föremålet för upphandlingen.

Krav på miljöledning hos leverantören kan ställas. Ett exempel är att en kommun som upphandlar städtjänster kräver att de som utför tjänsterna har utbildats i hantering av rengöringsmedel. Kommunen kan då ange att s.k. EMAS-registrering<sup>59</sup> är ett sätt att visa att kravet är uppfyllt.

Beträffande miljökrav som tilldelningskriterium konstateras med hänvisning till EG-domstolens dom i målet *Concordia* att även kriterier som avser förhållanden som inte direkt kommer den upphandlande myndigheten till godo (men tillgodoser ett samhällsintresse) godtas. Exempel på tilldelningskriterier är energiförbrukning hos en vara vid användning, mängd avfall som produceras och för vars omhändertagande den upphandlande myndigheten har kostnader, nivå på nedsmutsning och utsläpp av giftiga ämnen.

Slutligen konstateras att en upphandlande myndighet har vida möjligheter att ta miljöhänsyn genom att ställa krav på hur kontraktet skall fullgöras. Sådana villkor kan t.ex. gälla hur varor är förpackade vid leverans eller återanvändning av avfall som användningen av en vara ger upphov till.

Vid upphandling utanför det direktivstyda området finns möjligheter att ta miljöhänsyn. I den s.k. tilbudsloven anges ”påverknig af miljøet” som ett kriterium för att fastställa vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (§ 8).

## Sociala krav

Konkurrencestyrelsen har sammanställt en vägledning om möjligheterna att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.<sup>60</sup> Vägledningen är från år 2004. Den utgår från kommissionens tolkningsmeddelande (se avsnitt 6.4.4) och från en vägledning sammanställd av Erhvervsministeriet år 2000.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Se avsnitt 6.4.2.

<sup>60</sup> Sociale hensyn ved offentlige indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved udbud. Vägledningen är tillgänglig på [www.ks.dk](http://www.ks.dk).

<sup>61</sup> Sociale klausuler i praksis. Vägledningen är tillgänglig på Økonomi- og Erhvervsministeriets hemsida, [www.oem.dk](http://www.oem.dk).

Inledningsvis framgår att offentliga myndigheter på senare år har visat ett stigande intresse för att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Vidare framgår att sådana hänsyn i princip kan tas under alla faser av ett upphandlingsförfarande.

Myndigheten har goda möjligheter att välja att upphandla en vara eller tjänst i överensstämmelse med sin sociala målsättning; det kan t.ex. vara fråga om upphandling av utbildning för långtidsarbetslösa (långtidsledige), av specialutrustning för funktionshindrade eller av en lekplats. Naturligtvis får kontrakt föremålet inte bestämmas på ett sådant sätt att endast inhemska leverantörer kommer i fråga i praktiken.

Sociala krav kan ingå i de tekniska specifikationerna. Ett exempel är att datorer skall kunna användas av synskadade. Ett annat, som avser upphandling av byggnadsrenoveringar, är nationellt bestämda krav på att byggnader som är tillgängliga för allmänheten skall vara tillgängliga för funktionshindrade och ha toaletter anpassade för denna grupp.

Sociala krav kan ställas på produktionsprocessen förutsatt att kraven är nödvändiga för att tillgodose myndighetens behov och att de har en koppling till kontrakt föremålet. Kraven får inte vara diskriminerande vare sig för vissa verksamheter eller för verksamheter från vissa länder.

Vad gäller sociala hänsyn som tilldelningskriterium redogörs bl.a. för de bedömningsgrunder som framgår av EG-domstolens praxis. Mot bakgrund av kommissionens tolkning av *Nord-Pas-de-Calais* konstateras att det finns ”grund til at være forsigtig, indtil spørgsmålet er endeligt afklaret.” (s. 15).

Den bästa möjligheten att ta sociala hänsyn är genom att ställa krav på hur kontraktet skall fullgöras. Ett sådant krav skall vara bekantgjort, sakligt, icke-diskriminerande, proportionellt och får inte exporteras. Det sist nämnda ”exportförbudet” innebär att kravet enbart får ställas när prestationen skall utföras i Danmark (typiskt sett upphandling av entreprenader eller tjänster).

När ett fullgörandevillkor formuleras är det särskilt viktigt att beakta hur många personer som villkoret skall täcka, hur de skall rekryteras, hur avgränsningen av gruppen skall göras, vilka krav som kan ställas på leverantörens personalpolitik och vilka kontroll- och sanktionsmöjligheter som skall finnas.

Därtill kommer att det i Danmark finns ett s.k. socialt index utarbetat av Socialministeriet år 2000.<sup>62</sup> Detta index används för att mäta det sociala ansvaret inom en viss verksamhet (offentlig eller privat). Det kan användas i ett fullgörandevillkor på det sättet att den leverantör som fått kontraktet åläggs att inom en viss tid efter det att det aktuella arbetet inletts svara på frågor med anknytning till index.

I Erhvervsministeriets vägledning talas bl.a. om två slag av fullgörandevillkor. Det ena slaget av villkor syftar till att integrera personer som står utanför arbetsmarknaden. Det andra syftar till att förebygga att redan anställda blir utslitna. Vidare ges exempel på fullgörandevillkor. Det är fråga om krav på att kontraktet till viss del skall fullgöras av personer med varaktig nedsättning av arbetsförmågan, av personer som varit arbetslösa viss tid eller av personer som av vissa skäl inte har möjlighet att försörja sig själva eller sin familj. Det kan även – med avseende på fullgörandet av det aktuella kontraktet – vara fråga om krav på likabehandling av arbetstagare med olika etnisk tillhörighet eller krav på viss personal- eller arbetsmiljöpolitik.

Sociala hänsyn kan tas även vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Tillbudsloven nämner – till skillnad från miljöhänsyn – inte sociala hänsyn som ett tilldelningskriterium men hindrar inte att de används.

### 6.6.3 Finland

I 49 § i förslag till lag om offentlig upphandling, som utredningen fått del av, sägs bl.a. att "[d]en upphandlande enheten kan fastställa specialvillkor för upphandlingskontraktet vilka kan avse särskilt miljöaspekter och sociala aspekter, såsom genomförande av utbildning på arbetsplatsen, anställningsvillkor eller andra frågor med anknytning till arbetstagares anställningsvillkor och arbetsförhållanden eller anställande av personer med funktionshinder. En

---

<sup>62</sup> Index är tillgängligt på Socialministeriets hemsida, [www.social.dk](http://www.social.dk). Det "Sociale Indeks er et selvevalueringsværktøj [...] som offentlige og private virksomheder kan anvende til at måle, hvor socialt ansvarlige virksomheden er. Resultatet er en værdi mellem 0 og 100. Indekset består af en lang række udsagn vedrørende socialt ansvar. Der er bl.a. udsagn, der handler om at forebygge, at medarbejdere udstødes fra arbejdsmarkedet, udsagn om, at fastholde medarbejdere på arbejdspladserne, selvom de måske ikke længere er i besiddelse af deres fulde arbejdsevne og udsagn, der handler om at personer, der står udenfor arbejdsmarkedet, kan få fodfæste."

förutsättning är att villkoren följer gemenskapens regelverk och att de anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan.”

Riktlinjer angående användandet av miljökrav har sammanställts av Finlands miljöcentral som är en myndighet under Miljöministeriet. Riktlinjerna är tillgängliga endast på finska.

#### 6.6.4 Nederländerna<sup>63</sup>

Det är frivilligt för upphandlande enheter att ställa miljökrav och sociala krav. En praktisk vägledning har tagits fram på uppdrag av det nederländska miljödepartementet (Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer [VRROM]). Vägledningen är ett program för hållbara inköp (duurzaam inkopen) och avser såväl miljöaspekter som sociala aspekter. Den är för närvarande tillgänglig endast på holländska.

#### 6.6.5 Storbritannien<sup>64</sup>

##### Inledning

I Storbritannien pågår ett intensivt arbete med att utveckla vad som betecknas som ”sustainable procurement” (i utredningens översättning ungefär hållbar upphandling). För en stor del av arbetet ansvarar Office of Government Commerce (OGC) som är en myndighet under finansdepartementet (The Treasury). En av OGC:s uppgifter är att ge myndigheter och andra upphandlande enheter rådgivning och vägledning beträffande upphandling.

Vad som avses med begreppet ”sustainable procurement” förklaras på följande sätt i OGC:s ”Statement on Efficiency and Sustainable Procurement” från februari 2005.

Sustainable procurement refers to all ”policy-through-procurement” issues – where public procurement is seen as a lever to achieve wider policy objectives. These include environmental or ”green” issues; the creation of jobs and wealth in regeneration areas; opportunities for

---

<sup>63</sup> Upphandlingsdirektiven har i sin helhet genomförts i Nederländerna med verkan fr.o.m. den 1 december 2005. Vad gäller upphandling utanför det direktivstyrda området finns inte några allmänna regler. En ny ramlagstiftning skall dock ge möjlighet till sådan reglering.

<sup>64</sup> Upphandlingsdirektiven har genomförts i England och Wales samt Nordirland genom The Public Contracts Regulations 2006 SI 2006 No 5 och The Utilities Contracts Regulations 2006 SI 2006 No 6 som har trätt i kraft den 31 januari 2006. Genomförandet i Skottland sker separat.

Small and Medium Enterprises (SMEs) and Ethnic Minority Businesses (EMBs); fair trade and the inclusion of developing countries; adult basic skills; disability, race and gender equality; innovation; and the promotion of ongoing and contestable supplier markets [...].

OGC framhåller i samma dokument att möjligheten att genomföra hållbar upphandling styrs av de EG-rättsliga upphandlingsreglerna och av den nationella officiella upphandlingspolicyn om "Value for Money". Med uttrycket avses att "decisions in public procurement must be based on an assessment of whole life cost and quality (or fitness for purpose), rather than lowest price alone."

I mars 2005 presenterade den brittiska regeringen en strategi för hållbar utveckling (Securing the Future) och – tillsammans med Wales, Skottland och Nordirland – ett strategiskt ramverk för hållbar utveckling (One future – different paths).<sup>65</sup> Ett led i den brittiska regeringens strategi är upprättandet av en "Sustainable Procurement Task Force" som i april 2006 skall presentera en nationell handlingsplan för hållbar upphandling inom den offentliga sektorn.<sup>66</sup>

Upphandling utanför det direktivstyrda området är inte lagreglerad. I stället gäller "policyregler" i kapitel 22 i Government Accounting med Procurement Policy Guidelines i bilaga 22.2 till samma kapitel. Den vägledande principen är Value for Money.

## Miljökrav

OGC och Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA) har sammanställt en vägledning för möjligheterna att ta miljöhänsyn i samband med upphandling.<sup>67</sup> Vägledningen är från år 2003 och riktar sig till upphandlande myndigheter. Av vägledningen framgår bl.a. följande.

Myndigheten har stora möjligheter att ta miljöhänsyn när den formulerar sitt behov. Några exempel som ges är att upphandla utrustning för videokonferenser i stället för affärsresetjänster eller att vända sig till leverantörer som använder sig av återvinningsbara förpackningar för sina varor i stället för att upphandla tjänster för hantering av avfall.

---

<sup>65</sup> Båda dokumenten är tillgängliga på OGC:s hemsida, [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk).

<sup>66</sup> Ytterligare information finns på [www.sustainable-development.gov.uk](http://www.sustainable-development.gov.uk).

<sup>67</sup> Joint note on Environmental Issues in Purchasing, October 2003.

Även när de tekniska specifikationerna sammanställs finns goda möjligheter att ta miljöhänsyn. Myndigheten kan välja återvunnet papper, ”grön” el och lågenergialternativ. Miljöhänsyn kan tas genom krav på prestanda, material och produktionsprocess. Krav på produktionsprocessen kan vara att livsmedel skall vara organiskt odlade, att el skall vara ”grön” eller att timmer skall vara hållbart avverkat.

Miljöhänsyn kan tas vid urvalet av leverantörer. Det kan vara fråga om uteslutning av en leverantör på grund av brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen, som kan vara miljörelaterat. Krav på leverantörens tekniska kapacitet (inbegripet hur miljökrav enligt tidigare kontrakt fullgjorts) kan omfatta miljöhänsyn. Bevis på den tekniska kapaciteten måste ha en direkt koppling till det som upphandlas. Den upphandlande myndigheten får t.ex. inte begära upplysningar om leverantörens allmänna policy i vidare mån än vad som krävs för att bedöma dennes förmåga att tillhandahålla det som skall upphandlas.

Principen om Value for Money har betydelse vid kontraktstildelningen och motsvaras av vad som i de gemenskrävttsliga upphandlingsreglerna avses med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det understryks att ”[v]alue for money is not about securing the lowest initial price; it is defined as the optimum combination of whole-life costs and quality to meet the user’s requirement.” Exempel på miljökrav som kan fungera som tilldelningskriterier är krav beträffande resursförbrukning (av t.ex. energi och vatten) eller kostnader för hantering av avfall.

Möjligheten att ta miljöhänsyn genom att ställa krav på hur kontraktet skall fullgöras nämns.

### Sociala krav

I OGC:s och DEFRA:s vägledning avseende miljöhänsyn berörs även möjligheten att ta sociala hänsyn. Det sägs att ”[i]n general, the scope to take social issues into account during the procurement process is more limited than for environmental issues because, by virtue of their nature, they are less likely to be clearly related to the subject of the contract.” Det konstateras att sociala aspekter främst är aktuella vid upphandling av tjänster (och inte av varor).

OGC har i februari 2006 presenterat en vägledning avseende "Social issues in purchasing".<sup>68</sup> Vidare har Commission for Racial Equality gett ut en vägledning angående "Race Equality and Public Procurement" som vänder sig till upphandlande myndigheter och leverantörer.<sup>69</sup>

### 6.6.6 Österrike

§ 21.6 och 7 i den federala upphandlingslagstiftningen från år 2002<sup>70</sup> hade följande lydelse (understrykningar tillagda).<sup>71</sup>

Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtheit der Leistung bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen. – Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, Von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von behinderten und ältern Arbeitnehmern sowie auf Massnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

I den nya upphandlingslagstiftningen som trädde i kraft den 1 februari 2006<sup>72</sup> finns likalydande bestämmelser. Bestämmelserna tycks även gälla utanför det direktivstyrda området.

---

<sup>68</sup> Vägledningen är tillgänglig på [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk).

<sup>69</sup> Vägledningen är tillgänglig på [www.cre.gov.uk](http://www.cre.gov.uk).

<sup>70</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, BvergG, (BGBl. I Nr. 99/2002).

<sup>71</sup> I en engelsk översättning som utredningen fått del av har lagrummen följande lydelse (understr. här). "The award procedure shall pay attention to the effect of the supply, work or service on the ecological balance. This may result in particular in considering ecological aspects when describing the supply, work or service, laying down the technical specification or specific award criteria based on ecological aspects. – The award procedure may take into consideration aspects of employment of female persons, persons in the vocational training phase, long term unemployed people, handicapped or older employees, as well as measures implementing other objectives of social policy. This may result in particular in taking into consideration aspects as mentioned above when describing the supply, work or service, laying down the technical specification by specific award criteria or by conditions stipulated in the purchase contract."

<sup>72</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BvergG 2006).



## 6.6.7 Norge

### Inledning

Som part i EES-avtalet omfattas Norge av de EG-rättsliga upphandlingsreglerna.<sup>73</sup> De nya upphandlingsdirektiven förväntas genomföras i Norge under våren 2006.<sup>74</sup>

Det EG-rättsliga regelverket har genomförts genom "Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69", "Forskrift om offentlige anskaffelser" (FOR 2001-06-15 nr 616) och "Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene)" (FOR 2003-12-05 nr 1424).<sup>75</sup> För upphandling som inte omfattas av EES-avtalet (och WTO-avtalet om offentlig upphandling) gäller mindre detaljerade regler i del III av Forskrift om offentlige anskaffelser. Enligt föreskriften gäller vidare ett nationellt tröskelvärde om 500 000 norska kr för "direkte anskaffelse".

### Miljökrav

Enligt § 6 i 1999 års lag skall bl.a. "[s]tatlige, kommunale og fylkeskommunale organer" vid planeringen av en upphandling ta hänsyn till livscykelkostnader och miljömässiga konsekvenser av anskaffningen. Denna skyldighet återspeglas i § 5-1 i forskrift om offentlige anskaffelser som anger vad förfrågningsunderlaget skall innehålla. Där sägs bl.a. följande.

Anskaffelsen bør spesifiseres ved en behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Ved utformningen av kravene skall det legges vekt på livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Det skal så langt det er mulig stilles konkrete miljøkrav til produktets ytelse eller funksjon.

---

<sup>73</sup> Artikel 65.1 i EES-avtalet och bilaga XVI till detta avtal.

<sup>74</sup> Moderniseringsdepartementets (numera Fornyings- og Administrasjonsdepartementet) pressmeddelande nr 60/2005 den 13 december 2005. I pressmeddelandet sägs att Norge inte kan genomföra de nya upphandlingsdirektiven förrän dessa formellt har blivit en del av EES-avtalet, vilket förväntas ske under våren 2006.

<sup>75</sup> Fr.o.m. den 20 oktober 2005 gäller regleringen avseende den klassiska sektorn genomgående för bl.a. statliga och kommunala myndigheter. Detta framgår av § 3 (2) i föreskriften angående försörjningssektorerna.

Närings- och Handelsdepartementet har år 2004 sammanställt en vägledning angående miljöhänsyn i samband med offentlig upphandling.<sup>76</sup>

Inledningsvis kommenteras den upphandlande myndighetens skyldighet enligt § 6 i 1999 års lag att beakta livscykelkostnader och miljömässiga konsekvenser av en upphandling. Typiska livscykelkostnader är kostnader för underhåll, drift och utrangering. Miljömässiga konsekvenser avser bl.a. råvaruförbrukning, förorenande utsläpp och avfallsmängd. Det överlämnas till den upphandlande enheten att avgöra hur dessa kostnader m.m. skall uppskattas och hur omfattande bedömningen skall vara.

Skyldigheten aktualiseras först och främst när myndigheten väljer vad som skall upphandlas. Exempel som ges är att välja ett vattenburet värmesystem framför direktverkande el eller att vid upphandling av arkitekt- eller prospekteringstjänster formulera uppdraget så att livscykelkostnader m.m. beaktas. Ett annat exempel är att vid upphandling av informationstjänster lägga vikt vid att informationsspridningen kan ske elektroniskt i stället för genom distribution av trycksaker. Ytterligare exempel är att vid upphandling av lokala budtjänster välja cykelbudstjänster.

Den lagreglerade skyldigheten medför att livscykelkostnader beaktas på ett systematiskt sätt när myndigheten tar ställning till vilken lösning eller vilken produkt som skall upphandlas. Detta är av särskild betydelse vid driftsinköp av olika slag (t.ex. avseende produktionsanläggningar, fordon, kontorsutrustning eller VVS-anläggningar).

Föreskriftens uppmaning att tillämpa behovs- eller funktionsbaserade specifikationer syftar till att stimulera till innovativa miljölösningar. En annan möjlighet som anges i vägledningen är att tillåta alternativa anbud. Den upphandlande myndigheten är i princip fri att ställa strängare krav på det som upphandlas än vad som gäller enligt nationella föreskrifter och standarder.

Beträffande uteslutning av en leverantör som ”i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje” (§§ 8–12 och 15–12 i forskrift om offentlige anskaffelser) konstateras att praxis saknas om hur lång tid en överträdelse har relevans men att bl.a. överträdelsens art och eventuella registrering i belastningsregister eller liknande kan antas vara av betydelse.

---

<sup>76</sup> Miljö- og regelverket for offentlige anskaffelser.

Av vägledningen framgår att den upphandlande myndigheten inte kan ställa ett allmänt krav på att leverantören skall ha ett miljöledningssystem. Myndigheten kan däremot kräva att leverantören skall ha miljöledningskompetens med avseende på det som upphandlas.

Vid kontraktstilldelningen kan enligt vägledningen ”et miljørelatert kriterium ... gis vesentlig vekt”. Ett sådant kriterium kan t.ex. avse i hur hög grad en vara består av återanvänt material eller innehåller miljöfarliga kemikalier eller avse ett fordon utsläppsnivå. Livscykelkostnader kan användas som ett tilldelningskriterium. Vägledningen ger som exempel att en upphandlande myndighet som upphandlar målningsarbeten väljer ett anbud med något högre pris och längre varaktighet hos det upphandlade arbetet än ett anbud med kortare varaktighet hos det som upphandlas.

Villkor om hur kontraktet skall fullgöras kan t.ex. vara att varor skall levereras utan emballage, att emballaget skall vara gjort av återvunnet material eller att leverantören utan kostnad för myndigheten skall ta hand om utrangerade elektriska produkter och ansvara för att produkterna lämnas till en godkänd återvinningsanläggning. Myndigheten kan kräva att leverantören är ansluten till ett system för återvinning så länge det inte är svårare för utländska leverantörer än för norska att uppfylla kravet.

Vid upphandling under det nationella tröskelvärdet har myndigheten större möjligheter att ställa miljökrav.

### Sociala krav

Den utredning som låg till grund för det aktuella regelverket om upphandling inom den klassiska sektorn hade bl.a. i uppdrag att ”utrede og ta stilling til i hvilken utstrekning regelverket for statlige anskaffelser på en hensiktsmessig måte kan benyttes til å oppfylle en del andre behov enn de rent anskaffelsespolitiske, og i nødvendig utstrekning fremme forslag til regler.”<sup>77</sup> Några allmänna regler om sådana krav föreslogs inte. Utredningen lyfte däremot fram – i form av en s.k. checklista – vissa omständigheter som

---

<sup>77</sup> Offentlige anskaffelser, Utredning (NOU 1997:21) fra Utvalget for revidering av det statlige anskaffelsesregelverket oppnevnt ved kongelig resolusjon 27. oktober 1995, se avsnitt 1.1. Utredningen är tillgänglig på Internetadressen [odin.dep.no/nhd/norsk/bn.html](http://odin.dep.no/nhd/norsk/bn.html).

borde beaktas vid en eventuell framtida behandling av frågan. Checklistan har följande lydelse.<sup>78</sup>

1. *Hvorfor ønsker man å bruke krav ved offentlige anskaffelser som virkemiddel for å løse det aktuelle problemet?* Det samfunnsmessige kravet bør ha en tilknytning til det innkjøpsfaglige. Dersom tilknytningen er svak, må det nøye vurderes om kravet likevel skal innføres. Dersom det ikke er noen slik tilknytning, er det liten grunn til å benytte statlige anskaffelser som virkemiddel.
2. *Er kravet i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser?* Dersom kravet ikke er i overensstemmelse med internasjonale avtaler, herunder EØS-avtalen, kan det ikke gjennomføres.
3. *Er det mulig å utforme kravet slik at det gir klare kriterier for valg i anskaffelsessammenheng?* Ettersom samfunnsmessige krav ut fra definisjonen ikke er forretningsmessige kan de være vanskelige å anvende sammen med andre rent forretningsmessige hensyn. Man må unngå at skjønsmessige vurderingstemaer av samfunnsmessig karakter blandes sammen med forretningsmessige hensyn i vurderingen av hvem som skal få kontrakten.
4. *Vil praktiseringen av kravet muliggjøre klare ansvarsforhold til fagmyndighet på området, og skape ryddige forhold med hensyn til kontroll?* På flere områder der det vurderes å innføre samfunnsmessige krav finnes det fagmyndigheter og spesielle tilsynsmyndigheter som har ansvar for å kontrollere at lover og regler på området følges. Det er viktig at man ved innføring av samfunnsmessige krav ikke pålegger oppdragsgiver å føre kontroll på områder der det allerede finnes egne kontrollorganer.
5. *Stilles det store kompetansekrav?* Det kan ikke stilles krav til at oppdragsgiver skal ha kompetanse utover det rent innkjøpsfaglige. Det må derfor ikke innføres samfunnsmessige krav der oppdragsgiveren skal være i stand til å vurdere de samfunnsmessige konsekvenser av f.eks. å velge en leverandør fremfor en annen eller som krever inngående kjennskap til det fagområdet kravet relaterer seg til. Dette vil både være arbeidskrevende for oppdragsgiveren og kan medføre ulik praktisering av det samfunnsmessige kravet. Klare utformede kriterier og gode veiledere vil kunne avhjelpe slike problemer.
6. *Er det mulig å utforme klare sanksjonsmønstre?* Dersom det ikke kan utformes klare sanksjonsmønstre er det fare for at kravet vil få liten effekt. Dersom leverandører ikke har tilstrekkelig sterke incitament til å oppfylle kravet, har det derfor liten hensikt å innføre det. Det er videre viktig at det er forholdsmessighet mellom sanksjoner og manglende oppfyllelse av kravene.

---

<sup>78</sup> Se avsnitt 7.1.3 i NOU 1997:21.

### 6.6.8 Japan

Utredningen har fått del av lagstiftning från Japan angående miljöhänsyn vid offentlig upphandling.<sup>79</sup>

Syftet med lagstiftningen är bl.a. att uppmuntra till miljöanpassad upphandling på statlig och lokal nivå. I lagen används begreppet ”eco-friendly goods, etc.” för att beteckna varor och tjänster som uppfyller vissa i lagen angivna kriterier. Vid offentlig upphandling skall strävan vara att välja sådana varor och tjänster ”while giving consideration to the appropriate use of the budget” (artikel 3.1).

Lagen innehåller vidare bestämmelser om bl.a. utarbetande av en grundläggande statlig miljöpolicy (artikel 6), om miljöpolicy på departementsnivå (artikel 8) och lokal nivå (artikel 10) och om utbildningsinsatser i syfte att öka miljömedvetenheten hos företag och enskilda (artikel 3.2). En statlig miljöpolicy har utarbetats i februari 2005; Basic Policy on promoting Green Purchasing. Inledningsvis anförs att ”[i]t is hoped that local governments, enterprises, and citizens will also make a commitment to the procurement of eco-friendly goods by taking this basic policy into consideration.”

## 6.7 Utredningens synpunkter på möjligheterna att ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav

### 6.7.1 Inledning

Av flera olika skäl är det vanligen svårt att göra några bestämda uttalanden om tolkningen och tillämpningen av gemenskapens rättsakter. Ett av skälen är att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna sällan är fullständiga eller klara, vilket givetvis gäller även viss nationell lagstiftning. Ett annat är att det oftast inte finns tillgång till några klagörande uttalanden i förarbetena till gemenskapens rättsakter om den närmare innebörden av en oklar eller ofullständig bestämmelse. Det finns inte heller möjlighet att dra några säkra slutsatser av nationell praxis, eftersom det endast är EG-domstolen som kan göra auktoritativa uttalanden om tolkningen och

---

<sup>79</sup> Law Concerning the Promotion of Procurement of Eco-friendly Goods and Services by the State and Other Entities (Law on Promoting Green Purchasing), Law No.100 of 2000. Lagstiftningen är tillgänglig i engelsk version på [www.env.go.jp/en/lar/green/index.html](http://www.env.go.jp/en/lar/green/index.html).

tillämpningen av gemenskapsrätten. Vad nu sagts gäller generellt och alltså även i fråga om bestämmelserna om upphandling.

Det är därför uppenbart att bestämmelsernas innebörd, i den mån den inte är tydlig eller framgår av EG-domstolens redan meddelade domar, kommer att behöva klarläggas. I någon mån kan detta göras i nationell lagstiftning men slutligen är det EG-domstolen som när den blir underställd en tolkningsfråga får avgöra innebörden. Dessvärre ger inte heller EG-domstolens domar alltid någon heltäckande förklaring av gemenskapsrätten. Domstolen svarar på frågor om gemenskapsrättens rätta innebörd som ställts i en begäran om förhandsavgörande eller tar ställning till kommissionens påståenden om fördragsbrott. Det ankommer enligt domstolen regelmässigt på den nationella domstol som begärt ett förhandsavgörande att tillämpa EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten på den särskilda situation som skall bedömas av den nationella domstolen. Därtill kommer att EG-domstolen i flera fall har förklarat att ett förhållande i och för sig inte strider mot gemenskapsrätten men försett godkännandet med förbehållet att detta gäller endast om grundläggande gemenskapsrättsliga principer iakttas, vilket måste bedömas av den nationella domstolen.

Utredningen har av de skäl som nu nämnts inte möjlighet att göra några långtgående uttalanden om den rätta innebörden av gemenskapsrätten, när denna är oklar. Utredningens målsättning med genomgången i detta kapitel är i stället att redogöra för rättsläget, sådant det uppfattas av utredningen, för att göra det möjligt att på dagens kunskapsnivå ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav som inte strider mot gemenskapsrätten.

Uppgifter har lämnats till utredningen om att det finns ett behov av att öka kunskaperna och kompetensen hos den personal som hos de upphandlande enheterna sysslar med upphandling. Detta är enligt utredningens uppfattning en viktig kvalitetsfråga, särskilt som vårt arbete entydigt visar att de detaljerade och delvis oklara bestämmelserna om upphandling i vissa delar är svåra att tillämpa även för kunniga och kompetenta upphandlare.

### 6.7.2 Förhållanden som ligger utanför den reglerade upphandlingen

Innan frågan om möjligheterna att ställa särskilda krav behandlas närmare finns det anledning att göra följande, i och för sig självklara, konstateranden. Bestämmelserna om upphandling reglerar endast det förfarande som skall följas vid upphandling. Frågan om vilka särskilda krav som kan ställas i ett upphandlingsärende blir aktuell först när ett sådant ärende skall inledas. Vad som föregår inledandet av ett upphandlingsärende omfattas alltså i princip inte av bestämmelserna om upphandling. Dessa begränsar därför inte en upphandlande enhets rätt att själv avgöra om den har ett behov som skall tillgodoses genom upphandling och att, om en upphandling skall genomföras, bestämma vad som skall upphandlas för att tillgodose detta behov. Som exempel kan nämnas det fallet att en kommun har behov av att ta hand om avfallet inom kommunen. Behovet kan tillgodoses t.ex. genom att avfallet tas om hand av kommunen i egen regi på en deponianläggning inom kommunen (givet att detta enligt gällande nationella bestämmelser är tillåtet), genom att kommunen upphandlar en egen förbränningsanläggning och förbränner avfallet där eller genom att kommunen efter upphandling skickar avfallet till en befintlig förbränningsanläggning i en annan kommun. Valet mellan dessa alternativ styrs inte av bestämmelserna om upphandling.

Vad nu sagts innebär också att gemenskapsrättens bestämmelser om särskilda krav inte är tillämpliga då en upphandlande enhet fattar beslut om att genomföra en upphandling för att särskilt tillgodose t.ex. miljökrav eller sociala krav. Utöver det nyss nämnda fallet med avfallshantering kan som exempel nämnas att en upphandlande enhet kan bestämma sig för att i miljöförbättrande syfte upphandla kalkning av en försurad sjö eller att uppfylla sina skyldigheter att ge vård åt missbrukare genom att upphandla behandlingstjänster. Kontraktsföremålet är då till sin natur sådant att det inbegriper miljöaspekter respektive sociala aspekter. Däremot skall naturligtvis den upphandling som sedan följer genomföras enligt gällande bestämmelser.

Rätten att välja vad som skall upphandlas begränsas dock på det viset att det inte är tillåtet att bestämma föremålet för upphandlingen så att vissa företag eller produkter gynnas eller så att andra inte kan komma i fråga. Detta följer särskilt av artikel 23.8 i det klassiska direktivet och artikel 34.8 i försörjningsdirektivet och

innebär självklart att föremålet för upphandlingen inte kan bestämmas som t.ex. svenska personbilar eller personbilar tillverkade i Göteborg eller Trollhättan.

Slutligen bör framhållas vikten av att de upphandlande enheterna gör klart för sig vilket behov det är som skall tillgodoses genom en upphandling, eftersom detta är en förutsättning för att de skall kunna ställa relevanta och befogade krav. Ju noggrannare behoven kan fastställas, desto mer exakt kan de särskilda kraven bestämmas.

### **6.7.3 Den grundläggande rätten för upphandlande enheter att bestämma upphandlingskraven**

En upphandlande enhet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav, däribland miljökrav och sociala krav, den vill ställa i ett upphandlingsärende. Kraven kan, som berörs i beaktandesatserna och framgår av direktivens artiklar, avse föremålet för upphandlingen, leverantörens personliga ställning, leverantörens förmåga att fullgöra kontraktet och själva fullgörandet av detta. Friheten är dock inte obegränsad. Kraven får t.ex. inte vara så utformade att väsentliga gemenskapsrättsliga principer kränks, t.ex. principerna om icke-diskriminering och om fri rörlighet för varor och tjänster. Vidare måste kraven vara kopplade till föremålet för upphandlingen. I de närmast följande avsnitten behandlas dessa begränsningar närmare.

Ett krav som ställs får inte användas för annat än det som kravet hänför sig till. Kriterier för att utesluta en leverantör kan inte användas vid val av anbud och krav på föremålet för upphandlingen kan inte användas för att utesluta en leverantör. Däremot behöver inte bedömningarna av leverantörerna, anbuden och eventuella särskilda krav göras vid olika tillfällen eller i en viss ordning. Ett anbud som avser bensindrivna personbilar när upphandlingen gäller etanol- eller gasoldrivna personbilar måste kunna förkastas på den grunden att anbudet inte avser föremålet för upphandlingen, utan att någon bedömning av leverantörens kapacitet görs och utan att anbudet som sådant bedöms. Detsamma måste gälla när en leverantör förklarar att han inte kan eller vill uppfylla ett särskilt villkor för fullgörandet eller om det framgår på annat sätt att så är fallet. I annat fall torde principen om likabehandling åsidosättas.



#### 6.7.4 De tekniska specifikationerna

Syftet med de tekniska specifikationerna är att beskriva för marknaden vad det är som efterfrågas och att ange krav på föremålet för upphandlingen mot vilka anbuden sedan kan utvärderas.

De krav som kan ställas i de tekniska specifikationerna avser primärt miljöaspekter och tillgänglighetsaspekter.

Allmänt gäller att det inte är möjligt att ställa sådana krav att den fria rörligheten av varor eller av ämnen som ingår i varor hindras, om varorna eller ämnena lagligen får tillverkas och säljas i en medlemsstat. Begränsningar kan dock godtas om de är motiverade av bl.a. hänsyn till hälsa, människors och djurs liv eller behövs för att bevara växter (beaktandesats 6 i det klassiska direktivet och beaktandesats 13 i försörjningsdirektivet).

Som framgått av redogörelsen i avsnitt 6.5 för upphandlingsdirektiven och förslagen i delbetänkandet kan tekniska specifikationer anges genom en hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i en bilaga till vardera direktivet, varvid de egenskaper som krävs av det som skall upphandlas skall omfatta ”nivå på miljöprestanda”. Om de tekniska specifikationerna i stället utformas i form av prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå i specifikationerna. I det förra fallet synes det vara nödvändigt att de egenskaper som föremålet för upphandlingen skall ha anges i detalj medan det i det senare fallet är tillräckligt att ange vilken effekt som skall uppnås.

EG-domstolens uttalanden i *Concordia* är fortfarande relevanta, särskilt som de återspeglas i beaktandesats 1 i båda upphandlingsdirektiven.

En fråga som varit och fortfarande är aktuell är vad som krävs för att ett miljökriterium skall ha samband med föremålet för upphandlingen. Ett krav på att en produkt inte skall avge farliga ämnen vid användning eller inte får innehålla ämnen som är skadliga för miljön eller för den allmänna hälsan har ett sådant samband. Detsamma gäller t.ex. krav på att ett fordon har en angiven högsta bränsleförbrukning och på att en byggnad som skall uppföras har ett energieffektivt uppvärmningssystem.

Ett bekvämt sätt att utforma tekniska specifikationer som innehåller miljökrav kan vara att hänvisa till kriterier som används i miljömärkningssystem som t.ex. Svanen eller EU-blomman.

Att ett krav har samband med föremålet för upphandlingen innebär inte automatiskt att kravet också kan ställas i de tekniska

specifikationerna. Som exempel kan tas upphandling av virke. Vid upphandling av virke som är avsett för en konstruktion som är utsatt för kraftig miljöpåverkan bör den upphandlande enheten naturligen eftersträva ett hållbart virke. På marknaden finns (eller kan finnas) virke som är naturligt hållbart och virke som gjorts motståndskraftigt genom impregnering med något medel. En upphandlande enhet kan ställa krav på att virket skall medge att konstruktionen får en viss minsta hållbarhetstid. Det finns inte något hinder mot att en upphandlande enhet anger att den vid utvärdering av anbuden kommer att beakta miljöaspekter avseende de olika slagen av virke. Leverantörerna ges i detta fall möjlighet att tillgodose krav på hållbarhet på olika sätt. Om enheten av miljöskäl vill undvika impregnerat virke kan krav ställas på att virket skall vara naturligt hållbart. Skulle det på marknaden finnas virke som är impregnerat med olika (men lika effektiva) medel kan enheten inte föreskriva att endast ett impregneringsmedel godtas, eftersom det i princip inte är tillåtet att i de tekniska specifikationerna ange tillverkning, ursprung, särskilt framställningssätt eller hänvisningar till bl.a. varumärke. Däremot skulle (sannolikt) kunna föreskrivas att virket vid användning inte får avge mer än en viss mängd angivna skadliga ämnen, även om detta innebär att endast virke impregnerat med visst eller vissa medel kan komma i fråga.

Ett exempel från litteraturen är att halten PCP i virke enligt ett totalharmoniserat EG-direktiv inte får vara högre än ett visst värde, vilket innebär att virke med denna halt av PCP eller lägre måste få fritt marknadstillträde.<sup>80</sup> Samtidigt uttalas att EG-rätten inte hindrar en upphandlande enhet från att efterfråga virke utan PCP, eftersom sådant virke får säljas. Det är i så fall enligt utredningens mening givetvis möjligt även att bestämma halten PCP till något värde mellan noll och det högsta tillåtna värdet.

I de nyss angivna fallen avser kravet föremålet för upphandlingen och påverkar dess egenskaper och funktion. Så kan sägas vara fallet även då ett krav innebär att livsmedel skall vara organiskt odlade och därmed presumeras i högre grad än andra livsmedel vara fria från t.ex. rester av bekämpningsmedel. I det fallet avser kravet även produktionsmetoden. Detsamma gäller krav på att inköpt el skall vara producerad av förnybara energikällor. EG-domstolen har funnit (*PreussenElektra och EVN Wienstrom*, se avsnitt 6.4.3) att det varit möjligt att ställa sådana krav på el. Det är tydligt att den

<sup>80</sup> Miljöledning vid upphandling & inköp (utgiven av AB Svenska Miljöstyrningsrådet), Jure förlag AB, 2004, s. 61.

”gröna el” som levereras till den upphandlande enheten har exakt samma egenskaper och funktion som annan el. Det som skiljer ”grön el” från annan el är produktionsmetoden. Det synes alltså ha varit möjligt redan enligt de äldre upphandlingsdirektiven att ställa krav på en viss produktionsmetod. Denna möjlighet finns, som tidigare nämnts, numera inskriven i beaktandesatserna 29 i det klassiska direktivet och 42 i försörjningsdirektivet, där det sägs att det skall vara möjligt att i de tekniska specifikationerna föreskriva en viss produktionsmetod.

En annan fråga som gäller produktionsmetoder avser trävaror. Behovet av att skydda hotade regnskogar och andra känsliga skogar gör det angeläget att motverka avverkning av träd i sådana skogar. Genom att i de tekniska specifikationerna hänvisa till kriterier som återfinns i system som Forestry Stewardship Council, FSC, eller Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes, PEFC, kan krav ställas på att trävaror som möbler m.m. kommer från ett lagligt och hållbart skogsbruk.

Miljöaspekter kan göra sig gällande på alla stadier av en produkts liv, dvs. då den tillverkas, används och tas ur bruk. Något hinder synes inte finnas mot att ställa krav på att en produkt tillverkas av material som kan återvinnas eller återanvändas när den tas ur bruk eller i annat fall kan omhändertas på ett miljövänligt sätt som avfall.

En upphandlande enhet kan i de tekniska specifikationerna föreskriva att den produkt som skall upphandlas skall tillverkas av ett särskilt material. Oavsett om skälet är ekonomiskt, miljömässigt eller estetiskt kan enheten bestämma att en byggnad som skall uppföras skall ha fönsterkarmar av trä, plast eller metall och att fasaden skall vara av sten, trä, puts eller tegel. Även om valet av material görs så att bara en leverantör eller produkt kan komma i fråga, vilket normalt inte är förenligt med gemenskapsrätten, kan situationen vara sådan att detta ändå kan vara tillåtet. I t.ex. en stadsmiljö där särskilda hänsyn måste tas till befintlig byggnation bör det vara möjligt att ställa krav på att en ny byggnad ges samma fasadbeklädnad som övriga byggnader, även om detta innebär att fasaden måste försees med lokalt producerat stenmaterial. Det samma gäller i än högre grad vid tillbyggnad då krav naturligen kan ställas på att tillbyggnaden ges samma utformning som den ursprungliga byggnaden.

Det synes också vara möjligt att i de tekniska specifikationerna föreskriva att den produkt som skall upphandlas helt eller delvis tillverkats av återvunnet material.

En del tekniska specifikationer ger effekter som är av ekonomisk natur. Krav på en energieffektiv uppvärmning av byggnader kan antas leda till att kostnaderna för uppvärmningen blir lägre än om kraven inte ställs. Även om merkostnaderna för att åstadkomma den effektiva uppvärmningen (genom t.ex. dyrare värmesystem och bättre isolering) skulle vara större än värdet av effektiviseringarna av energianvändningen ligger kraven inom ramen för vad en upphandlande enhet har rätt att själv bestämma och kan därför ställas i ett upphandlingsärende.

Av *Concordia* framgår att ett miljökrav inte behöver ha någon direkt ekonomisk effekt för den upphandlande enheten. I målet var fråga om krav som avsåg kväveoxidutsläpp och buller från bussar som skulle användas i stadsmiljö. Kostnaden för sådana utsläpp och för buller skulle få bäras av invånarna i staden och inte direkt av den upphandlande enheten, men kraven ansågs inte strida mot gemenskapsrätten. Av domen kan (sannolikt) den slutsatsen dras att ett miljökrav inte behöver ha en direkt positiv ekonomisk effekt för den upphandlande enheten.

Om de tekniska specifikationerna utformas med hänvisning till en standard torde en upphandlande enhet kunna ställa högre krav än som följer av standarden, under förutsättning att detta inte har en diskriminerande effekt.

I andra fall än då upphandlingen avser el eller virke är det osäkert i vilken utsträckning det är möjligt att ställa krav på produktionsprocessen eller produktionsmetoden, om valet av process eller metod inte har någon inverkan på produktens egenskaper eller funktion. Om t.ex. papper med vissa egenskaper och viss funktion kan framställas på olika sätt, varav något är mer miljövänligt än ett annat, uppkommer frågan om en upphandlande enhet har rätt att i de tekniska specifikationerna föreskriva att det mer miljövänliga sättet skall användas vid tillverkningen. Det förefaller sannolikt att det är den ökade vikt som inom gemenskapen fästs vid produktionen av ”grön el” och vid skyddet för hotade skogar som gjort att det på dessa områden varit möjligt att ställa krav som inte har med produktens egenskaper eller funktion att göra. I andra fall bör försiktighet iakttas när det gäller att ställa krav på tillverkningsprocessen. Även om det indirekt rör ”grön el” gäller det sagda även när det gäller krav på att en leverantör vid fullgörandet av ett visst kontrakt, som avser något annat än just leverans av ”grön el”, skall använda sig av sådan el för produktionen av föremålet för upphandlingen.

Det får anses vara en öppen fråga vilka andra krav med koppling till EG:s och medlemsstaternas skyldigheter enligt internationella överenskommelser inom miljöområdet samt till gemenskapslagstiftning inom detta område som kan ställas.

Sociala krav har självfallet ett samband med föremålet för upphandlingen om det t.ex. är fråga om att låta uppföra en offentlig byggnad med vissa tillgänglighetsstandarder, att utföra tjänster avseende vård av missbrukare eller anskaffa datorer som kan användas av synskadade. När det däremot gäller ett krav att anställa t.ex. långtidsarbetslösa är sambandet med föremålet för upphandlingen svagare. Det förefaller inte uteslutet att ett sådant krav kan ställas. En rimlig tolkning är att ett socialt krav inte får vara främmande i den meningen att det inte har med entreprenaden, tjänsterna eller varorna att göra. Exempel på ett sådant främmande krav skulle kunna vara att leverantören i hela sin verksamhet inte har mer än en viss andel deltidsarbetande eller visstidsanställda.

#### 6.7.5 Kvalifikationskrav m.m. på leverantörer

En leverantör skall uteslutas från deltagande i ett upphandlingsförfarande om han dömts för vissa brott (deltagande i en kriminell organisation, bestickning, visst slag av bedrägeri eller penningtvätt). Brotten synes inte ha något särskilt samband med miljökrav, sociala krav eller andra särskilda krav.

En upphandlande enhet har därutöver rätt – men är inte skyldig – att utesluta en leverantör på de olika grunder som anges i 12 kap. 2 § den klassiska lagen och 16 kap. 3 § försörjningslagen. Bland grunderna anges att leverantören har dömts för brott avseende yrkesutövningen (bestämmelserna i direktiven talar om att leverantören ”enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken”) eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Som tidigare angetts (avsnitt 6.5) sägs i beaktandesats 43 i det klassiska direktivet och i beaktandesats 54 andra och tredje styckena i försörjningsdirektivet att överträdelse av bl.a. nationell miljölagstiftning och bristande efterlevnad av nationella bestämmelser som genomför likabehandlingsdirektivet kan ses som ett brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel.

Enligt 29 kap. miljöbalken straffbeläggs en lång rad åtgärder som strider mot olika bestämmelser i miljöbalken och i 30 kap. miljö-

balken finns bestämmelser om miljöstraffavgifter. Den som enligt dessa bestämmelser dömts för brott mot miljöbalkens bestämmelser eller ålagts miljöstraffavgift får antas ha gjort sig skyldig till brott mot yrkesetikern eller till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vid bedömningen av om detta skall leda till utslutning måste beaktas flera omständigheter. Beslutet skall vara proportionerligt till hur allvarlig den förseelse är som det är fråga om. Förseelsens art måste därför beaktas liksom vad leverantören har vidtagit för åtgärder för att hindra en upprepning. Vidare måste beaktas om det var fråga om en enstaka förseelse eller upprepade förseelser och om förseelsen begicks nyligen eller för länge sedan.

Som brott mot yrkesetikern eller som fel i yrkesutövningen torde kunna räknas brott mot t.ex. utstationeringslagen, arbetsmiljölagen, antidiskrimineringslagstiftningen eller, när det gäller transportföretag, mot trafikregler och regler mot överlast.<sup>81</sup>

Av 12 kap. 1 § andra stycket och 2 § andra stycket den klassiska lagen samt 16 kap. 1 § andra stycket och 3 § andra stycket försörjningslagen framgår att utslutningsgrunderna, när det gäller juridiska personer, tillämpas på dem som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören.

Krav kan naturligt nog ställas även på leverantörernas tekniska, yrkesmässiga, ekonomiska och finansiella kapacitet att fullgöra kontrakt. Av dessa kapaciteter synes det i första hand vara de tekniska och yrkesmässiga som är av intresse. I det fall tillåtna miljökrav ställs kan även en leverantörs ekonomiska och finansiella kapacitet att genomföra t.ex. nödvändiga investeringar för att uppfylla tillåtna miljökrav ha betydelse.

Varken i direktiven eller i de i delbetänkandet lämnade lagförslagen anges vilka krav som får ställas på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Däremot anges i 13 kap. 9 § den klassiska lagen (någon motsvarighet finns inte i försörjningslagen) hur den tekniska kapaciteten kan styrkas. När det gäller byggentreprenader och tjänster kan kapaciteten styrkas genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet, om det med hänsyn till vad kontraktet avser är påkallat med sådana uppgifter (13 kap. 9 § andra stycket 7). Av bestämmelsen kan den slutsatsen dras att det är möjligt för en

---

<sup>81</sup> Enligt Bruun ter det sig "[i] ett arbetsrättsligt system som det svenska, där kollektivavtalen fyller en grundläggande funktion, ... naturligt att brott mot kollektivavtal kan leda till bedömningen att en anbudsgivare begått ett allvarligt fel vid yrkesutövningen." (SOU 2001:31, s. 448).

upphandlande myndighet att, när det är påkallat, kräva att skäliga miljöskyddsåtgärder vidtas vid fullgörandet av kontraktet.

Även utan att det direkt anges i direktiven borde det vara möjligt att kräva av en leverantör att han visar att han har den personal, utrustning och erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet på ett miljömässigt önskvärt sätt, t.ex. genom att utföra transporter energieffektivt eller med miljöklassade fordon.

Det synes inte vara tillåtet att som självständigt krav på en leverantör ställa att denne tidigare har fullgjort kontrakt med den upphandlande enheten. Däremot kan naturligtvis förekomma att en leverantör tidigare fullgjort kontrakt med leverantören på ett icke tillfredsställande sätt, t.ex. när det gäller miljöskyddsåtgärder, vilket kan leda till att leverantörens tekniska kapacitet underkänns vid en senare upphandling.

### 6.7.6 Tilldelning av kontrakt

Kontrakt skall tilldelas antingen den leverantör som har lämnat det lägsta anbudspriset eller den leverantör som har lämnat det ur den upphandlande enhetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vilken tilldelningsgrund som kommer att användas skall framgå av underlaget för upphandlingen.

I det fall kontraktet skall ges till den leverantör som lämnat det lägsta anbudspriset finns ingen möjlighet att vid kontraktstilldelningen ta hänsyn till miljöaspekter eller sociala aspekter. Sådana aspekter måste därför ha vägts in i de tekniska specifikationerna eller i kraven på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En leverantör som inte uppfyller de krav som där ställts skall uteslutas på den grunden.

I det fall grunden för kontraktstilldelningen är det anbud som ur den upphandlande enhetens synvinkel är ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” finns däremot möjlighet att ta hänsyn till ett flertal olika kriterier, av vilka några anges uttryckligen i direktiven, däribland miljöegenskaper.

Delar av de förhållanden som avses i de tekniska specifikationerna kan återkomma i utvärderingsfasen. En upphandlande enhet kan som ett tekniskt krav ställa upp t.ex. att en produkt skall ha en viss högsta energiförbrukning och vid utvärderingen av de anbud som uppfyller detta krav beakta i vilken utsträckning

anbudet överträffar kravet, givet att alla krav framgår av annonsen eller förfrågningsunderlaget.

En fråga som vållat viss debatt är karaktären av det krav som den upphandlande enheten ställde upp i *Beentjes*, nämligen att leverantören vid fullgörandet av kontraktet i viss omfattning skulle utnyttja långtidsarbetslösa. Det är sannolikt att denna dom och den senare domen i målet *Nord-Pas-de-Calais* innebär att sociala krav (och därmed även miljökrav) kan ställas vid sidan av de kriterier som används för att avgöra vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. På områden som inte har samma ställning inom gemenskapsrätten som miljöfrågorna och vissa sociala frågor är det mycket tveksamt om detsamma gäller.

Om man antar att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget har angett att den leverantör som får kontraktet skall använda sig av en viss andel långtidsarbetslösa vid fullgörandet av kontraktet och kräver att leverantörerna i sina anbud anger om de godtar villkoret eller inte får väl antas att ett anbud från en leverantör som förklarar att han inte kan eller vill uppfylla villkoret skall förkastas. I den situationen kan det alltså anses riktigt att, som EG-domstolen gjorde i *Nord-Pas-de-Calais* med hänvisning till *Beentjes*, tala om ett ”upphandlingskriterium”. Om det i stället är så att en leverantör förklarar att villkoret godtas måste den upphandlande enheten pröva leverantörens lämplighet och värdera anbudet. Den leverantör som lämnat det bästa anbudet skall sedan tilldelas kontraktet. En annan sak är att avtalet inte får ingås med den utvalde leverantören om denne vid kontraktsskrivningen förklarar sig inte kunna eller vilja uppfylla kravet.

EG-domstolens praxis – men inte ordalydelsen i de artiklar i direktiven som behandlar kontraktstilldelningen – synes ge stöd för att även i denna fas tillämpa ett krav av *Beentjes*-karaktär.<sup>82</sup> Några

---

<sup>82</sup> Arrowsmith konstaterar med hänvisning till domarna i målen *EVN Wienstrom* och *Concordia* att ”award criteria must ’be linked to the subject matter of the contract’. This is a significant limit on the possibilities for using procurement to promote secondary policies. [...] It is not clear, however, exactly what considerations are linked to the subject matter of the contract. – A narrow interpretation is that this concept is connected with technical capacity, in that it covers only matters that would be relevant to technical capacity if included in the contract conditions. [...] – A broad view, on the other hand, is that criteria relate to the subject matter of the contract whenever they concern matters that could have been addressed through conditions in the contract. [...] An intermediate view is that criteria relating to issues that could concern technical capacity certainly are permitted, and that there is also some room for other criteria, but not for *all* matters relating to contract performance (and thus possibly not for workforce matters).” (s. 1288 f.). Hon tillägger i en fotnot att ”[o]n the other hand, it is unlikely that criteria relating to matters that *cannot* be included as contract conditions could ever be relevant as award criteria”.



försök att i lagtext omsätta denna praxis bör enligt utredningens uppfattning inte göras.

### 6.7.7 Villkor som avser fullgörandet av ett kontrakt

De likalydande bestämmelserna i 8 kap. 15 § den klassiska lagen och 11 kap. 17 § försörjningslagen om möjligheten för en upphandlande enhet att ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur kontraktet skall fullgöras är mycket allmänt formulerade. De artiklar i direktiven (artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet) som bestämmelserna grundar sig på har en annan språklig utformning men samma sakliga innebörd. Det är därför osäkert vilka villkor som kan ställas för fullgörande av kontraktet. I artiklarna talas om krav ”på hur kontraktet skall fullgöras”. Av uttrycket får anses framgå att särskilda krav som ställs skall ha någon koppling till föremålet för kontraktet.<sup>83</sup>

Villkor för fullgörande av kontrakt skall anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren är varken uteslutnings-, kvalificerings- eller utvärderingskriterier och kan alltså inte användas som grund för att tilldela eller inte tilldela en viss leverantör ett kontrakt. Som anförts i avsnitt 6.7.6 måste dock ett anbud från en leverantör kunna förkastas, utan närmare granskning av leverantören eller anbudet, om leverantören förklarar att han inte kan eller vill iakttä uppställda särskilda villkor för fullgörandet.

Det finns anledning att skilja mellan olika typer av fullgörandevillkor. Det kan inte råda någon tvekan om att villkor som hänförs till exempelvis fakturerings- och betalningsrutiner eller innebär en skyldighet för leverantören att underkasta sig revision eller annan kontroll liksom andra villkor av administrativ art kan ställas i kontraktet. Det möter inte heller något hinder för en upphandlande enhet att föreskriva att leverantören vid fullgörandet skall

---

<sup>83</sup> Arrowsmith anför bl.a. följande. “The provisions [...] appear intended to state expressly the principle that the conditions must be limited to those relating to contract performance, it being implied by the statement that such special conditions are permitted that other conditions are not. [...] It seems clear that these provisions, being intended to confirm the principle established in *Beentjes*, authorise conditions relating to the workforce employed on a contract.” (s 1280 f.). Arrowsmith konstaterar vidare att ledning ges i beaktandesats 33 i det klassiska direktivet där möjliga villkor räknas upp. Hon tillägger dock “[h]owever, there is still scope for debate on what is meant by ‘relating to the performance of a contract’.” (s. 1281).

följa tvingande författningsbestämmelser som t.ex. gällande antidiskrimineringslagstiftning. Effekten av ett sådant villkor synes vara att leverantören även blir avtalsrättsligt bunden av skyldigheten att följa sådana bestämmelser, vilket leder till att underlåtenhet att följa bestämmelserna blir ett avtalsbrott med risk för hävning och skadeståndspåföljd.<sup>84</sup>

Större svårigheter uppkommer med villkor som inte är nödvändiga för att det enskilda kontraktet skall kunna fullgöras utan beror på olika önskemål som den upphandlande enheten vill infria genom upphandling och som går längre än de skyldigheter som följer av nationell lagstiftning. Det kan bl.a. vara fråga om önskemål om att

- uppnå arbetsmarknadspolitiska effekter (t.ex. anställning av ungdomar, långtidsarbetslösa, invandrare, äldre personer, funktionshindrade eller personer av det underrepresenterade könet),
- vidta arbetsmiljöåtgärder (t.ex. förebyggande åtgärder mot arbetsskador, social utslagning och utbrändhet, krav på att mobiltelefoner skall vara lågstrålande eller att datorer inte skall innehålla farliga bromerade flamskyddsmedel),
- hindra eller motverka barn- och tvångsarbete, oskäliga arbetsvillkor och social dumpning,
- inte använda hotell(rum) som ger tillgång till pornografiska filmer,
- inte anlita leverantörer i ett land i vilket olika missförhållanden anses råda,

---

<sup>84</sup> Utredningen om strukturell diskriminering på grund av etnisk eller religiös tillhörighet har i betänkandet (SOU 2005:56) Det blågula glashuset – strukturell diskriminering i Sverige föreslagit att det skall införas en skyldighet för statliga myndigheter att tillämpa en s.k. antidiskrimineringsklausul i samband med upphandling (s. 579 ff.). – NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram exempel på en antidiskrimineringsklausul som kan användas i upphandlingskontrakt och under hösten 2005 även presenterat en broschyr om användningen av antidiskrimineringsklausuler (Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, tillgänglig på NOU:s hemsida, [www.nou.se](http://www.nou.se)). NOU:s klausul är tillämplig när bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster utförs i Sverige. Beträffande varuupphandlingar anför följande i broschyren (s. 7). ”NOU tolkar gemenskapsrätten så att antidiskrimineringsklausulen generellt sett inte kan omfatta varuupphandlingar, eftersom den berörda lagstiftningen, som leverantören enligt klausulen förpliktats att följa, endast gäller i Sverige och skulle kunna diskriminera varor lagligen tillverkade i andra länder. NOU anser att man inte kan ålägga en leverantör som inte är verksam i Sverige att följa svensk lag. Varorna är dessutom i de flesta fall tillverkade innan ett kontraktsförhållande uppstår och kan därför inte omfattas av en klausul om utförande under kontraktstiden. Om varor ska produceras på beställning i Sverige kan en klausul möjligen användas.”

- motverka plågsamma djurförsök genom att inte köpa varor som har testats på djur, eller
- inte anlita leverantörer som ger sin ledande personal oskäligt förmånliga lönevillkor.

Det går inte att generellt slå fast vilka krav som kan ställas. Det får avgöras i varje enskilt fall. De krav som ställs måste dock ha något samband med föremålet för upphandlingen, vilket framgår bl.a. av domen i *EVN Wienström*, där EG-domstolen fann att det var tillåtet att kräva att upphandlad el producerats från förnybara energikällor men inte att leverantören därutöver producerade en viss mängd sådan el.

Frågan om vilka krav som kan ställas på leverantörer från andra medlemsstater när byggtreprenader eller tjänster utförs i Sverige behandlas i viss utsträckning i kapitel 10.

När det gäller upphandling av varor uppkommer också frågan om vilka krav som kan ställas på utländska varutillverkare. Enligt Upphandlingskommittén (se avsnitt 6.3.1) innebär proportionalitetsprincipen förmodligen att det inte är möjligt att exportera miljökrav, dvs. att ställa krav på tillverkning eller transporter som sker utanför Sverige. Kommissionen har gjort ett liknande konstaterande beträffande sociala krav (se avsnitt 6.4.4).<sup>85</sup> Som nyss anförts har NOU uttalat sig på liknande sätt när det gäller antidiskrimineringsklausuler. Utredningen har inte anledning att göra någon annan bedömning.

---

<sup>85</sup> Arrowsmith anför bl.a. följande. "[I]t is not clear that measures by the procuring state that seek to regulate behaviour in another Member State can ever be justified, even if the Member State in which the activity takes place does *not* itself protect that interest, or offers a much lower level of protection. [...] In practice, the most effective way to reconcile contract compliance with Treaty requirements may simply be to limit contract compliance policies [...] to domestic contractors, and/or to operations in the awarding state." (s. 1263 f.).

## 6.8 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Utredningen gör en genomgång av rättsläget när det gäller möjligheterna att ställa särskilda krav vid upphandling. Utredningen lämnar endast ett förslag om att upphandlande myndigheter och enheter *bör* ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

### 6.8.1 Frågan om bestämmelser om att miljökrav och sociala krav bör ställas skall införas i lagarna om upphandling

Utredningens uppdrag är att göra en fördjupad analys av möjligheten att införa bestämmelser som innebär att den upphandlande enheten *bör* ställa miljökrav eller sociala krav.

Det kan först konstateras att varken gemenskapsrätten eller nationell rätt hindrar att sådana bestämmelser förs in i upphandlingslagarna. Det är alltså möjligt att göra detta. Frågan gäller i stället om det är lämpligt att göra det och hur bestämmelserna, om sådana skall införas, bör vara utformade.

Det finns uppenbarligen skäl som talar för att sådana bestämmelser införas i de föreslagna upphandlingslagarna, inte minst den ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i gemenskapsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor. Under lagstiftningsarbetet med de nya upphandlingsdirektiven intogs från svensk sida ståndpunkten att miljöhänsyn och sociala hänsyn skall integreras i upphandlingsprocessen så att det klart framgår i vilken utsträckning man kan väga in sådana hänsyn i de olika faserna i upphandlingsförfarandet.

Beträffande miljökrav uttalades i regeringsförklaringen 2000 att sådana krav ”skall ställas vid all offentlig upphandling” (s. 7).<sup>86</sup>

I den senaste miljömålspropositionen uttalas att miljöanpassad offentlig upphandling är ett mycket viktigt verktyg i arbetet med att styra samhället mot en långsiktigt hållbar utveckling (prop. 2004/05:150 s. 239). Det konstateras att miljökrav vid offentlig upphandling också är ett prioriterat styrmedel i bl.a. arbetet med genomförandeplanen från toppmötet om hållbar utveckling i

<sup>86</sup> Regeringen (Miljödepartementet) har tidigare gett i uppdrag åt ett flertal myndigheter att upprätta ett miljöledningssystem, regeringsbeslut den 18 december 1997 (diarie-nr M 97/4922/8).

Johannesburg samt i EU:s arbete med en aktionsplan för miljöteknik. Vidare sägs bl.a. följande (s. 239 f.).

En strategisk upphandlingspolitik kan påtagligt påverka produkters miljöegenskaper. Utvecklingen av energieffektiva produkter gynnas av t.ex. teknikupphandling. [...] Genom att ställa miljökrav i samband med upphandlingen kan de offentliga aktörerna bidra till ett ökat utbud av miljöanpassade varor och tjänster. Som exempel på att miljöanpassad upphandling kan ge både miljövinster, avseende koldioxidutsläpp och kostnadsbesparingar visar vissa beräkningar att om den brinntid som de glödlampor som upphandlas offentligt i stället skulle utföras av lågenergilampor skulle koldioxidutsläppen minska med 35 000 ton per år och besparingar för staten göras på nästan 6 000 kronor per ton koldioxid. [...] Enligt regeringens uppfattning bör den offentliga sektorn i ökad omfattning ställa miljökrav vid upphandling. Det bör också vara hög nivå på de miljökrav som ställs så att det är de miljömässigt bästa produkterna som upphandlas. – Sverige har drivit på arbetet med möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling i samband med omarbetningen av EG:s upphandlingsdirektiv. Direktiven om offentlig upphandling ger nu utökade möjligheter att ställa miljökrav.

Utvecklingen mot en mer miljöanpassad upphandling går dock långsamt. I ett förslag till nationell handlingsplan för en mer miljöanpassad offentlig upphandling, som Naturvårdsverket utarbetat på uppdrag av regeringen, konstateras under rubriken Sammanfattning av nuläget bl.a. följande (s. 15).<sup>87</sup>

Cirka 60 procent av alla upphandlingar [inom den offentliga sektorn] innehåller miljökrav. I nästan hälften av dessa upphandlingar är dock kraven formulerade på ett sådant sätt att de inte får några konsekvenser för vad som upphandlas. Detta tyder bland annat på bristande kunskap om hur man formulerar miljökrav. – Detsamma gäller de statliga ramavtalen. Nästan alla statliga ramavtal innehåller miljökrav men i en tredjedel av avtalen är miljökraven formulerade på ett sådant sätt att de inte får några konsekvenser för vad som upphandlas.

---

<sup>87</sup> En mer miljöanpassad offentlig upphandling – förslag till handlingsplan, rapport 5520, december 2005. Arbetet är ett resultat av EU-kommissionens uppmaning till medlemsstaterna att utarbeta nationella handlingsplaner. Förslaget bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

Till grund för dessa konstateranden ligger bl.a. en enkätstudie som Naturvårdsverket gjorde under hösten 2004 och som omfattade upphandlingsansvariga inom samtliga kommuner, landsting och statliga myndigheter.<sup>88</sup> I en inledande sammanfattning av studien konstateras bl.a. följande (s. 8 f.).

Landstingen tycks vara de som har kommit längst, de är få till antalet, stora, med stora inköpsvolymmer. Oftast är upphandlingsfunktionen centralt organiserad, den egna centrala inköpsfunktionen sluter egna avtal. Man har miljöansvarig personal och personalen har oftast genomgått någon utbildning i miljöanpassad upphandling. Alla landsting har en miljöpolicy och den är oftast relaterad till de 15 nationella miljömålen.<sup>89</sup> Oftast omfattar den även en utfästelse att ställa miljökrav vid upphandling. [...] – Kommunerna är de som kommit näst längst i arbetet med miljöanpassad upphandling. Förutsättningarna är mycket olika kommunerna emellan och det är inte ovanligt med olika typer av samarbetsformer när det gäller upphandling. [...] Åtta av tio kommuner har en miljöpolicy som i de flesta fall innefattar en utfästelse att ställa miljökrav vid upphandling. [...] – Slutligen myndigheterna som tycks vara den grupp som har längst väg att gå för att uppnå en väl fungerande miljöanpassad upphandling. [...] Undersökningen visar, att de oftast använder sig av centrala ramavtal. En av tre myndigheter uppger att de saknar miljöansvarig personal/kompetens inom organisationen. Personalen har sällan genomgått någon utbildning i miljöanpassad upphandling. Åtta av tio myndigheter har dock en miljöpolicy, som oftast omfattar en utfästelse att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. – Avslutningsvis kan sägas att de deltagande organisationerna ser bristande kunskap om hur man ställer miljökrav som det största hindret för miljöanpassad upphandling. Något som efterfrågas är mallar för miljöanpassad upphandling.

I det ovan nämnda förslaget till handlingsplan formuleras bl.a. två allmänna mål för perioden 2007–2010 (s. 19). Andelen offentliga upphandlingar där miljökrav ställs skall öka från 60 till 80 procent. Andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav skall öka från dagens 63 procent till 90 procent. För samma period föreslås vidare vissa mål för den offentliga konsumtionen avseende personbilar, el och glödlampor. I syfte att uppnå de uppsatta målen föreslås bl.a. att styrningen av statliga myndigheter ökas genom att konsumtionsmålen tas in i förordning, att de statliga ramavtalen

<sup>88</sup> Miljöanpassad offentlig upphandling – en enkätstudie 2004, Naturvårdsverkets rapport 5445. Av rapporten framgår att svar inkom från 205 kommuner, 14 landsting och 177 myndigheter samt att svarsfrekvensen uppgick till 77 procent totalt.

<sup>89</sup> Riksdagen antog i april 1999 15 miljö kvalitetsmål (bet. 1998/99MJU:6, rskr. 1998/99:183).

miljöanpassas samt att kompetensen hos upphandlare säkerställs (s. 21).

Det kan tilläggas att kravet på att en viss andel av det totala antalet personbilar som en statlig myndighet under ett kalenderår köper eller leasar skall vara miljöbilar skärptes den 1 januari 2006; andelen uppgår numera till minst 75 procent mot tidigare minst hälften.<sup>90</sup>

Enligt utredningens uppfattning talar vad nu anförts i och för sig för att regler om att upphandlande myndigheter bör ställa miljökrav i samband med offentlig upphandling införs. Å andra sidan kan en del av dagens brister hänföra sig till otillräckliga kunskaper hos handläggande personal och till osäkerhet om vilka krav som får ställas, dvs. om rättsläget.

Svagheten med en ”bör-regel” är naturligtvis att den enbart är en rekommendation och alltså inte lägger några skyldigheter på de upphandlande enheterna. Det skulle därför inte finnas någon möjlighet att med stöd av en sådan regel tvinga upphandlande enheter att ställa miljökrav eller sociala krav eller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte ställts.

Mot införandet av en ”bör-regel” kan anföras att lagstiftning egentligen inte skall användas för att ställa upp moraliska eller etiska uppföranderegler. I motiven till regeringsformen uttalas att lagbegreppet endast kan omfatta rättsregler, och att sådana regler i princip kännetecknas av att de är bindande för myndigheter och enskilda (prop. 1973:90 s. 203). Håkan Strömberg konstaterar dock att det också förekommer lagregler som är formulerade som rekommendationer, vilket brukar markeras genom användningen av ordet ”bör”.<sup>91</sup> Vidare har det under senare år blivit allt vanligare att en lag innehåller s.k. målsättningsstaganden som inte är rättsligt bindande utan endast anger mål för den offentliga verksamheten. Enligt Strömberg torde det vara svårt för riksdag och regering att finna någon annan form än författningsformen, om man vill meddela ”mjukare” direktiv och samtidigt ge dem tillräcklig publicitet.<sup>92</sup>

Ett annat argument mot en ”bör-regel” kan vara att en sådan regel, trots att den är oförbindande för dem till vilka den riktar sig, av adressaterna kan uppfattas som en skyldighet och därmed riskera att hos dessa skapa osäkerhet om rättsläget.

---

<sup>90</sup> 8 § förordningen (2004:1364) om myndigheters inköp och leasing av miljöbilar.

<sup>91</sup> Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3 uppl., s. 43.

<sup>92</sup> A. a. s. 43 f.

Myndigheter under regeringen kan av regeringen åläggas att, när det är påkallat, ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid sin upphandling. Någon sådan möjlighet finns inte beträffande andra upphandlande enheter. Om en "bör-regel" skall omfatta alla upphandlande enheter krävs därför att den tas in i lag.

Givet att riksdag och regering vill framhålla betydelsen av att miljöhänsyn och sociala hänsyn tas vid upphandling framstår lagstiftning som ett effektivt sätt att ge spridning åt denna inställning.

Effekterna av en "bör-regel" är av naturliga skäl svåra att bedöma. Den skulle vara ett incitament för de upphandlande enheterna att i vart fall överväga att ställa miljökrav och sociala krav. Någon påtaglig nackdel torde den inte medföra.

Enligt utredningens mening är det inte olämpligt att införa en "bör-regel" i upphandlingslagarna.

I det föregående har använts uttrycket "bör-regel". En sådan kan utformas på olika sätt. Gemensamt för dem gäller att regeln måste förses med en begränsning. Krav bör ställas endast när detta med hänsyn till upphandlingens art är påkallat.

En renodlad "bör-regel" kan lyda:

Upphandlande myndigheter (enheter) bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Man kan också tänka sig en regel som innebär att upphandlande myndigheter/enheter skall beakta miljöfrågor och sociala frågor vid planläggningen av en upphandling. En sådan regel skulle kunna lyda:

Upphandlande myndigheter (enheter) skall då en upphandling planeras beakta miljöfrågor och sociala frågor, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

En sådan bestämmelse ålägger de upphandlande myndigheterna/enheterna en skyldighet att beakta miljöfrågor och sociala frågor men föreskriver ingen skyldighet för dem att faktiskt också ställa miljökrav och sociala krav. Bestämmelsen kan kompletteras med en "bör-regel" enligt förslaget ovan. Beträffande miljökrav skulle bestämmelsen i så fall i princip motsvara vad som gäller i Norge.



Ett tredje sätt att utforma regeln skulle bygga på en skyldighet att inför varje enskild upphandling ta ställning till om miljökrav och sociala krav skall ställas eller inte och skulle kunna lyda:

Upphandlande myndigheter (enheter) skall då en upphandling planeras ta ställning till om några särskilda miljökrav eller sociala krav skall ställas.

Gemensamt för de två senare alternativen bör gälla att ställningstagandet skall dokumenteras. Något dokumentationskrav bör dock inte gälla om det är fråga om direktupphandling på grund av synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet/enhet som underlåter att göra någon prövning av frågan om miljökrav eller sociala krav skall ställas när detta krävs bryter mot den skyldighet som föreskrivs. Frågan uppkommer då vilka effekter denna försummelse skall kunna medföra. Det är naturligtvis svårt att på rättsliga grunder hävda att sådana krav skulle ha ställts om en prövning hade gjorts och att det, om krav hade ställts, skulle ha lett till att en annan anbudsgivare än den som tilldelades kontraktet skulle ha vunnit upphandlingen. Svårigheter uppkommer redan av det skälet att det sannolikt är omöjligt att konstatera vilka krav som borde ha ställts. Det förefaller därför som om även en sådan regel i praktiken skulle få karaktären av en rekommendation som, om den inte följs, får angripas med politiska medel och inte med rättsliga.

### 6.8.2 Förslag

Enligt utredningens mening bör bestämmelsen utformas som det första alternativet ovan. Den bör gälla även utanför det direktivstyrda området. Även om möjligheterna att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn torde vara något större utanför detta område bör, enligt utredningens uppfattning, av tydlighetsskäl samma bestämmelse gälla genomgående.

I de i delbetänkandet föreslagna upphandlingslagarna finns en bestämmelse som innebär att en upphandlande myndighet/enhet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras (8 kap. 15 § den klassiska lagen och 11 kap. 17 § försörjningslagen).

Eftersom miljökrav m.fl. krav kan ställas på olika stadier i en upphandling bör den angivna bestämmelsen slopas och en generell

bestämmelse utformas och förslagsvis placeras som 1 kap. 5 a § i den klassiska lagen respektive 1 kap. 4 a § i försörjningslagen.

Bestämmelsen bör i enlighet med vad som nyss anförts ges följande lydelse:

Upphandlande myndigheter (i försörjningslagen: enheter) bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Upphandlande myndigheter (enheter) får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.

De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

## 7 Upphandling under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn

### 7.1 Inledning

Enligt utredningens direktiv (dir. 2004:47) ingick i den första delen av utredningens arbete att föreslå ändringar av sådana bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster (nuvarande 6 kap. LOU) som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena och där denna direktivregel har ändrats.

Utredningen har i delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) gjort en anpassning av nuvarande 6 kap. LOU (jfr 17 kap. den klassiska lagen och 19 kap. försörjningslagen) till de förslag utredningen lämnat när det gäller upphandling över tröskelvärdena.

### 7.2 Uppdraget

Enligt tilläggsdirektiv till utredningen (dir. 2005:39) skall utredningen i det fortsatta arbetet göra en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU i syfte att förenkla reglerna och, i den mån detta inte gjorts tidigare, göra en anpassning till bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.

Utredningen skall enligt tilläggsdirektiven analysera om en fastställd gräns för direktupphandling bör införas och, om så bedöms lämpligt, lämna förslag till en sådan gräns. Det kan röra sig om en eller flera beloppsgränser beroende på vad det är som skall upphandlas. I bedömningen skall enligt tilläggsdirektiven ingå en analys av möjligheten för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling. Vid den bedömning som skall göras skall slutsatserna i Statskontorets rapport (Rapport 2002:25) vägas in. I det sammanhanget bör en fördjupad utvärdering av Statskontorets redovisning av för- och nackdelar med direktupphandling jämfört med anbudsupp-

handling göras för att bättre belysa effekterna för småföretagen. Vid bedömningen skall hänsyn även tas till den praxis som utvecklats när det gäller att fastställa gränsen för direktupphandling.

Utgångspunkten för utredningens arbete med bestämmelserna i 6 kap. LOU har varit att den upphandling som omfattas av 6 kap. skall omfattas av de nya bestämmelserna i 17 kap. den klassiska lagen i den mån det klassiska direktivet inte ger anledning till annat. De förenklingar som kan göras skall göras i första hand genom ändringar av de bestämmelser som skall gälla för denna upphandling. I det följande lämnas därför en redogörelse för gällande bestämmelser i LOU och i det klassiska direktivet.

### 7.3 Nuvarande bestämmelser i LOU

LOU innehåller dels allmänna bestämmelser i 1 kap., dels särskilda bestämmelser om olika slag av upphandlingar i 2–5 kap. De sistnämnda kapitlen behandlar upphandling av varor (2 kap.) och byggentreprenader (3 kap.), upphandling inom försörjningssektorerna (4 kap.) och upphandling av s.k. A-tjänster, dvs. tjänster som anges i avdelning A i bilaga till LOU (5 kap.). Bestämmelserna i 2–5 kap. gäller endast upphandling som uppgår till minst de belopp som anges i de olika kapitlen. Annan upphandling, liksom upphandling av s.k. B-tjänster (tjänster som anges i avdelning B i bilaga till LOU), omfattas av bestämmelserna i 6 kap.

#### 7.3.1 Upphandling som omfattas av 6 kap. LOU

I 6 kap. 1 § första stycket LOU anges att bestämmelserna i kapitlet tillämpas på

- sådan upphandling inom den klassiska sektorn av varor, byggentreprenader och A-tjänster som understiger de i kapitel 2, 3 och 5 angivna tröskelvärdena,
- upphandling av B-tjänster, oavsett värde,
- upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet (sådan upphandling omfattas enligt 1 kap. 3 § andra stycket 1 endast av bestämmelserna i 6 kap.),
- upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Rom-

fördraget (sådan upphandling omfattas enligt 1 kap. 3 § andra stycket 2 endast av bestämmelserna i 6 kap.), och

- upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3, oavsett värde.

Viss särskilt angiven upphandling är undantagen från lagens tillämpning. Det gäller enligt 1 kap. 3 § första stycket upphandling som genomförs enligt upphandlingsförfaranden som regleras i vissa internationella avtal. Sådan upphandling omfattas därför inte heller av 6 kap.

Enligt 5 kap. 1 § andra stycket skall bestämmelserna i 5 kap. inte tillämpas i fråga om anskaffning av fastigheter eller anskaffning m.m. av programmaterial eller sändningstid i etermedia och inte heller i fråga om teletjänster, skiljemanna- och förlikningsuppdrag, vissa finansiella tjänster, anställningsavtal, forskning och utveckling i vissa fall eller verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från Sveriges riksbank. Av bilagan till LOU, i vilken tjänster klassificeras som antingen A-tjänster eller B-tjänster, framgår att de nu angivna tjänsterna blir att betrakta som B-tjänster.

Av 6 kap. 16 § första stycket framgår att vissa i paragrafen angivna bestämmelser i bl.a. 5 kap. skall tillämpas då en upphandling av B-tjänster överstiger gällande tröskelvärde. Till de bestämmelser i 5 kap. till vilka hänvisas hör 1 §, i vars andra stycke de nyss behandlade undantagen finns intagna. En strikt tolkning av dessa bestämmelser medför att undantagen skulle vara tillämpliga då upphandlingar av B-tjänster uppgår till tröskelvärdet men inte då de ligger under detta. I rättstillämpningen har dock ansetts att undantagen gäller generellt vid tillämpning av 6 kap.<sup>1</sup> Detta gäller dock inte teletjänster, som enligt 6 kap. 1 § första stycket 5 LOU ingår i tillämpningsområdet för det kapitlet.

---

<sup>1</sup> RÅ 1998 ref. 16, se även Karnov årgång 2005/06 s. 1563 not 163 och Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 307.

### 7.3.2 Tillämpliga bestämmelser vid upphandling som omfattas av 6 kap. LOU

För upphandling som avses i 6 kap. gäller enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU endast bestämmelserna i 6 kap. och de bestämmelser i 1 och 5 kap. till vilka hänvisas i 6 kap. Vid förenklad upphandling och urvalsupphandling gäller även 1 kap. 27 och 28 §§.

Bland de bestämmelser till vilka hänvisas i 6 kap. finns 1 kap. 1–6 §§ och 12 § andra stycket. De angivna bestämmelserna i 1 kap. innehåller

- 1 § första stycket: en förteckning över innehållet i lagen,
- 1 § andra stycket: en upplysning om att det i lagen finns bestämmelser till uppfyllande av de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i EU,
- 2 § första stycket: en bestämmelse om vilka subjekt som omfattas av LOU (staten, kommuner etc.),
- 2 § andra stycket: en uppräknning av de bestämmelser som gäller för upphandling som avses i 6 kap. (bestämmelserna i 6 kap. och de bestämmelser i 1 och 5 kap., till vilka hänvisas i 6 kap., samt 7 kap. 1–10 §§),
- 3 § första stycket: undantag för upphandling som görs enligt förfaranden som bestämts i internationella avtal,
- 3 § andra stycket: undantag för upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget, (denna upphandling omfattas dock av 6 kap. med stöd av 6 kap. 1 § första stycket 4),
- 4 §: principen om att affärsmässighet skall iakttas,
- 5 §: definitioner,
- 6 §: en definition av ”upphandlande enhet” (offentligt dominerade bolag m.fl.)
- 12 § andra stycket: rätten för en upphandlande enhet att hänvisa till kriterier för miljömärken.

1 kap. 27 och 28 §§, som skall tillämpas vid förenklad upphandling och urvalsupphandling, behandlar skyldigheten för en upphandlande enhet att lämna upplysningar till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det om varför hans ansökan eller anbud förkastats och att lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslut som fattats om leverantör och anbud.

Skyldigheten gäller, som framgår direkt av 6 kap. 1 § andra stycket, inte vid direktupphandling.

När det gäller upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU och som överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall enligt 6 kap. 16 § första stycket LOU bestämmelserna i 1 kap. 12–16 §§, 4 kap. 2–4, 6, 8–10 och 13 §§ samt 5 kap. 1–10 §§ tillämpas. Hänvisningarna omfattar inte uttryckligen bestämmelserna i t.ex. 1 kap. 4 § om att affärsmässighet skall iaktas vid upphandling eller definitionerna i 1 kap. 5 §. Bestämmelsen i 6 kap. 16 § första stycket kan dock inte ses som en uttömmande uppräkningslista av vilka bestämmelser i 1 kap. som skall tillämpas. I stället får antas att även de bestämmelser till vilka hänvisas i 6 kap. 1 § andra stycket (bl.a. 1 kap. 1–6 §§) skall tillämpas vid upphandling enligt 6 kap.

## 7.4 Gemenskapsrätten

Det klassiska direktivet omfattar sådan upphandling av byggtjänster, varor och tjänster som uppgår till minst vissa i direktivet angivna tröskelvärden.

Även för upphandling som inte alls eller inte till fullo omfattas av direktivet gäller att grundläggande gemenskapsrättsliga principer, såsom förbudet mot diskriminering, skall iaktas (beaktandesats 2).

Enligt direktivet är viss upphandling över tröskelvärdena undantagen från direktivets tillämpningsområde. Det gäller upphandling som

1. avser försvarsprodukter utan civil användning (artikel 10),
2. omfattas av försörjningsdirektivet (artikel 12),
3. syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller åt allmänheten tillhandahålla en eller flera teletjänster (artikel 13),
4. omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder (artikel 14),
5. görs i enlighet med internationella avtal (artikel 15),
6. avser fast egendom, programmaterial och sändningstid, skiljemanna- och förlikningstjänster, vissa finansiella tjänster, anställningsavtal eller forsknings- och utvecklingstjänster (artikel 16),
7. avser tjänstekoncessioner (artikel 17),

8. avser tjänster och görs från en myndighet som har ensamrätt att tillhandahålla sådana tjänster (artikel 18), eller
9. avser s.k. B-tjänster, dvs. tjänster som förtecknats i bilaga II B (artikel 21; artiklarna 23 och 35.4 är dock tillämpliga).

De artiklar som skall tillämpas när det gäller B-tjänster innehåller bestämmelser om tekniska specifikationer (artikel 23) och om skyldigheten för en upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt, ingått ett ramavtal eller tilldelat kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem att annonsera detta (artikel 35.4).

I artikel 19 finns bestämmelser om att kontrakt får reserveras för skyddade verkstäder eller skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.

## 7.5 Jämförelse mellan LOU och det klassiska direktivet

Artikel 10 i direktivet motsvarar 1 kap. 3 § andra stycket 2 LOU och artikel 14 motsvarar punkten 1 i samma stycke. Artikel 15 motsvarar 1 kap. 3 § första stycket LOU. Artikel 16 motsvarar 5 kap. 1 § andra stycket 1, 2 och 4–8. Artikel 18 motsvarar 5 kap. 2 § LOU.

Vad nu sagts innebär att det inte finns någon motsvarighet i LOU till de i det klassiska direktivet införda bestämmelserna i artikel 13 om undantag för upphandling som syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller åt allmänheten tillhandahålla en eller flera teletjänster, i artikel 17 om undantag för upphandling som avser tjänstekoncessioner eller i artikel 19 om möjligheten att reservera kontrakt. Det finns naturligt nog inte heller något undantag i LOU för sådan upphandling som omfattas av försörjningsdirektivet.

Vissa teletjänster (telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster) utgör enligt LOU B-tjänster men det anges ändå uttryckligen i 5 kap. 1 § andra stycket 3 att 5 kap. inte skall tillämpas på upphandling av sådana tjänster. Däremot omfattas de enligt 6 kap. 1 § första stycket 5 av det kapitlet. I det klassiska direktivet behandlas de som A-tjänster och omfattas inte av något undantag.



## 7.6 Rapport av Nutek

Nutek fick år 2005 i uppdrag att kartlägga och analysera de eventuella problem som småföretag kan ha när de deltar i offentlig upphandling. Nuteks uppdrag redovisas i rapporten Små företag och offentlig upphandling, Hinder och möjligheter för små företag att delta i offentliga upphandlingar. Av rapporten framgår bl.a. följande.

Statliga myndigheter, kommuner och landsting köpte varor och tjänster och gjorde investeringar för omkring 344 miljarder kronor under år 2004<sup>2</sup>. Offentliga upphandlingar utgör således en mycket viktig marknad för företagen i Sverige. Enligt en enkätundersökning av Nutek upplever företagen ett antal tillväxthinder till följd av processen vid offentlig upphandling. De främsta hindren handlar om:

- kostnaderna för att ta fram anbud,
- den korta tid som företagen får på sig att ta fram anbud,
- de krav som ställs på företaget,
- att olika upphandlande enheter använder olika utvärderingsmodeller,
- att anbud kan bli underkända av formella skäl som inte har betydelse för den vara eller tjänst som upphandlas, och
- att företagen blir bundna av de anbud som läggs, vilket kan medföra att de tvingas binda upp resurser under lång tid utan att vara säkra på att få ett kontrakt.

I rapporten presenteras en telefonundersökning som visar att tolv procent av småföretagen lämnade anbud i någon offentlig upphandling under år 2004. Ju större företagen är i termer av antal anställda och omsättning, desto vanligare är det att de lämnar anbud i offentliga upphandlingar.

Det sägs också att de hinder företagen upplever i hög grad beror på att förfrågningsunderlagen är mer omfattande och svårtolkade än vad som följer av lagar och regler.

I rapporten föreslås att regeringen skall formulera en nationell upphandlingspolicy som bland annat bör innebära att upphandlingar utformas så att småföretag och nya aktörer ges möjligheter att lämna anbud.

---

<sup>2</sup> Därtill kommer upphandling av offentligt ägda företag.

Vidare föreslås bl.a. att insamling av statistik om offentliga upphandlingar bör förbättras och att NOU ges i uppdrag att bevaka de krav och villkor som ställs i förfrågningsunderlag.

## **7.7 Frågan om ett fast värde för direktupphandlingsförfarande skall införas**

### **7.7.1 Bakgrund**

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU får direktupphandling användas bl.a. om upphandlingens värde är lågt. Utredningen skall enligt tilläggsdirektiven analysera om en fastställd gräns för direktupphandling bör införas och, om så bedöms lämpligt, lämna förslag till en sådan gräns. Det kan röra sig om en eller flera beloppsgränser beroende på vad det är som skall upphandlas.

I bedömningen skall enligt tilläggsdirektiven ingå en analys av möjligheten för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling. Vid den bedömning som skall göras skall slutsatserna i Statskontorets rapport (Rapport 2002:25) vägas in. I det sammanhanget bör en fördjupad utvärdering av Statskontorets redovisning av för- och nackdelar med direktupphandling jämfört med anbudsupphandling göras för att bättre belysa effekterna för småföretagen. Vid bedömningen skall hänsyn även tas till den praxis som utvecklats när det gäller att fastställa gränsen för direktupphandling.

Upphandlingskommittén, som har utrett frågan om att fastställa ett bestämt belopp i stället för ”lågt värde”, anförde i betänkandet Effektivare offentlig upphandling; För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) att så borde ske. Kommittén föreslog att gränsen för direktupphandling skulle dras vid sju prisbasbelopp.

I remissvaret med anledning av Upphandlingskommitténs betänkande anförde Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att en höjning till sju prisbasbelopp skulle kunna få allvarliga konsekvenser för svenska små och medelstora företag. Beloppet var enligt nämnden alltför högt för att kunna betecknas som ”lågt värde”. NOU anförde vidare att inte heller fem prisbasbelopp generellt kunde anses som lågt värde. NOU ansåg det vara tveksamt om ett belopp kring 200 000 kr kunde anses vara ett ”lågt värde”. NOU betonade också att även upphandling till låga belopp skall ske med utnyttjande av konkurrensmöjligheter och således

inte fick ske helt informellt. NOU ansåg att de upphandlande enheterna själva bäst kunde bedöma vad som var lågt värde utifrån faktorer som upphandlingens art (standardiserade respektive specialiserade varor och tjänster), kostnaderna för upphandlingen samt överblicken över upphandlingen i hela organisationen.

Svenskt Näringsliv ansåg i sitt remissyttrande över Upphandlingskommitténs betänkande att ett ökat utrymme för direktupphandling minskade konkurrensen och öppnade för godtycke. Det fanns risk för att även större upphandlingar i praktiken delades upp och direktupphandlades.

Regeringen ansåg (prop. 2001/02:142) att det var värdefullt med ett förtydligande i lagtexten som angav exakt upp till vilket värde direktupphandling kunde göras. Regeringen föreslog att gränsen skulle dras vid fem prisbasbelopp.

Riksdagen godtog inte förslaget (bet. 2001/02:FiU12, rskr. 2001/02:32) och efterlyste en analys av effekterna av en sådan åtgärd.

En utredning har därefter gjorts av Statskontoret om konsekvenserna för små företag av en fast beloppsgräns för direktupphandling.

Effekterna av de direktupphandlingsbelopp som tillämpas idag har således utvärderats ur ett företagarperspektiv. Någon självklar slutsats kan inte dras av rapporten, men enligt utredningens uppfattning synes fördelarna för små företag med att tillämpa en fast beloppsgräns överstiga nackdelarna.

### **7.7.2 Tillämpningen hos kommuner, landsting och statliga myndigheter**

Av en sammanställning över gränsvärden för direktupphandlingsförfarande hos landstingen från november 2004 framgår att genomsnittet för direktupphandlingsförfarande när det gäller varor är 4,53 prisbasbelopp. Variationen är dock stor. Två landsting har satt gränsen till endast 1 prisbasbelopp men de flesta landsting använder sig av gränsen 5 prisbasbelopp och de landsting som ligger högst har satt gränsen till 7 prisbasbelopp. När det gäller tjänsteupphandlingen är genomsnittet för direktupphandlingsförfarande 4,97 prisbasbelopp. Den lägsta gränsen är 2 prisbasbelopp och den högsta 7 prisbasbelopp.

Utredningen har genomfört en enkätundersökning i landets kommuner. I enkäten har kommunerna ombetts upplysa om vilket eller vilka belopp som används som gräns för direktupphandlingsförfarande. Kommunerna har också tillfrågats om de anser att det i lagstiftning bör fastställas ett belopp för direktupphandlingsförfarande och vilket belopp som i så fall bör fastställas.

Svaren från kommunerna visar att det liksom när det gäller landstingen föreligger stora olikheter i tillämpningen. Av svaren framgår bl.a. följande. Gränsen för direktupphandlingsförfarande varierar mellan 0,5 och 7 prisbasbelopp när det gäller varor och tjänster och mellan 0,5 och 10 prisbasbelopp när det gäller byggtreprenader. Medelvärdena är 2,5 prisbasbelopp för varor, 3,1 prisbasbelopp för tjänster och 3,7 prisbasbelopp för byggtreprenader.

Av svaren från kommunerna framgår vidare att många kommuner beslutat om riktlinjer, vilka bl.a. innebär att beloppsgränsen för direktupphandlingsförfarande är högre för en överordnad befattningshavare än för en underordnad.

När det gäller valet mellan att i lag fastställa ett belopp för direktupphandlingsförfarande och att behålla det nuvarande uttrycket "lågt värde" skiljer sig kommunernas svar åt. Av tillfrågade kommuner anser 44 procent att det är önskvärt med i lag fastställda belopp för direktupphandlingsförfarande. Lika många har motsatt uppfattning. Övriga 12 procent av tillfrågade kommuner har inte tagit ställning i frågan. De kommuner som anser det vara önskvärt med fastställda värden för direktupphandling har angett denna gräns till i genomsnitt 6,4 prisbasbelopp. Som högst har en gräns på 10 prisbasbelopp angetts. De kommuner som anser att uttrycket "lågt värde" skall behållas hänvisar till att kommunernas storlek och upphandlingarnas komplexitet varierar och att inköpsorganisationerna ser olika ut.

Utredningen har ställt motsvarande frågor till ca 320 statliga myndigheter. Svar har inkommit från 218 myndigheter. Direktupphandlingsgränsen varierar mellan 0,3 och 7,0 prisbasbelopp när det gäller varor och byggtreprenader och mellan 0,3 och 8,0 prisbasbelopp när det gäller tjänster. Medelvärdena för direktupphandlingsförfarande är 3,2 prisbasbelopp för varor, 4,0 prisbasbelopp för tjänster och 4,1 prisbasbelopp för byggtreprenader.

På frågan om det är önskvärt med i lagstiftning fastställda belopp för direktupphandlingsförfarande svarade 67 procent av de statliga myndigheterna nej och 26 procent ja medan övriga myndigheter

inte tog ställning i frågan. Av de myndigheter som ansåg det önskvärt med en bestämd gräns angav någon myndighet att denna borde fastställas till ca 25 prisbasbelopp medan det lägsta beloppet som angavs var 1,0 prisbasbelopp. De myndigheter som anser att uttrycket "lågt värde" skall behållas hänvisar liksom kommunerna till myndigheternas olika storlek, upphandlingarnas komplexitet och deras inköpsorganisation.

Såvitt utredningen kunnat finna tillämpar Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Italien, Nederländerna, Norge, Polen, Spanien, Storbritannien och Tyskland gränser för när direktupphandling får användas. Gränserna ligger mellan 20 000 och 60 000 euro. Det kan nämnas att Norge beslutat höja gränsen för direktupphandling från 200 000 till 500 000 norska kr. I Finland finns ett förslag som innebär att gränsen för direktupphandling skall bestämmas till 15 000 euro när det gäller varor och A-tjänster, 30 000 euro när det gäller B-tjänster och 100 000 euro när det gäller byggtreprenader.

### 7.7.3 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Direktupphandlingsförfarandet skall få användas om upphandlingens värde uppgår till högst 10 procent av det tröskelvärde som gäller för upphandling av varor och tjänster och till högst 1 procent av det tröskelvärde som gäller för upphandling av byggtreprenader. Om det finns särskilda skäl skall gränsen när det gäller varor och tjänster dras vid 20 procent av tröskelvärdet.

De upphandlande myndigheterna skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandlingsförfarande.

Av utredningens undersökningar framgår att tillämpningen av begreppet "lågt värde" skiljer sig åt mellan olika upphandlande myndigheter. Det lägsta uppgivna värdet är 0,3 prisbasbelopp (statliga myndigheter, varor, tjänster och byggtreprenader) och det högsta 10 prisbasbelopp (kommuner, byggtreprenader). Medelvärdena varierar mellan 2,5 prisbasbelopp (kommuner, varor) och 4,97 prisbasbelopp (landsting, tjänster).

Det framgår också att flertalet kommuner och statliga myndigheter som deltagit i enkäterna anser att uttrycket "lågt värde" bör behållas.

Utredningen gör för sin del följande bedömning.

Regleringen av den offentliga upphandling som ligger under tröskelvärdena och av B-tjänster får antas vara motiverad i första hand av önskemålet att kontrollera att offentliga medel används på bästa sätt, bl.a. genom att den konkurrens som finns utnyttjas. Detta önskemål varierar i styrka med värdet av den upphandling det är fråga om. Genom regleringen görs det också klart att grundläggande gemenskapsrättsliga principer, däribland likabehandlingsprincipen, skall tillämpas och ett system för kontroll genom överprövning görs tillgängligt.

Behovet av en författningsreglering kan däremot inte sägas systematiskt variera med den upphandlande myndighetens storlek eller verksamhet eller med det sammanlagda värdet av myndighetens upphandling. Däremot varierar självfallet det faktiska kontrollbehovet med myndigheternas erfarenhet av upphandling och kvaliteten på upphandlingen.

Det måste också finnas en rimlig relation mellan värdet av det som skall upphandlas och kostnaden för upphandlingsförfarandet.

Uttrycket "lågt värde" har uppenbarligen ingen exakt innebörd. I praktiken har de upphandlande myndigheterna använt sig av fasta belopp, bestämda individuellt av varje myndighet, till synes utan någon direkt koppling till de särskilda upphandlingarnas svårighetsgrad och kostnaderna för dem.

De stora variationer i tillämpade gränser för direktupphandlingsförfarande som nu finns kan bero på att myndigheterna gjort olika bedömningar av innebörden av uttrycket "lågt värde". Det kan naturligtvis i vissa fall också vara så att en myndighet har satt gränsen för direktupphandling vid ett visst särskilt lågt belopp, inte för att man ansett att gränsen för "lågt värde" går just där, utan för att man av olika skäl (såsom önskemål om kontroll, personalens vana vid upphandling eller liknande) ansett det lämpligt att sätta en så låg gräns.

De olika "låga värden" som bestämts av de enskilda upphandlande myndigheterna kan, men behöver inte, betyda att en myndighet som fastställt ett högre värde än en annan myndighet också har en högre kvalitet på sin upphandling. En fortsatt användning i lagen av uttrycket "lågt värde" ger visserligen de upphandlande myndigheterna en viss frihet att bestämma ett individuellt "lågt värde" men garanterar alltså inte att värdet står i relation till kvaliteten på myndigheternas upphandling. Enligt vad utredningen erfarit har det "låga värdet" under årens lopp ökat, varför det kan finnas en

risk för att det sker en fortsatt ökning av värdet, om den nuvarande bestämmelsen behålls.

De skäl som enligt vad som angetts ovan talar för att det finns ett behov av att reglera förfarandet för upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster talar enligt utredningens uppfattning också för att det inte kan överlåtas till de upphandlande myndigheterna att, inom ramen för vad de anser vara ett "lågt värde", fritt bestämma den övre gränsen för när direktupphandling får göras. Utredningen anser därför att uttrycket "lågt värde" bör ersättas med ett i författning angivet belopp.

Det ankommer på utredningen att också föreslå vilket eller vilka belopp som skall användas för att dra gränsen för när direktupphandlingsförfarandet skall få användas.

Det finns anledning att först överväga om olika belopp bör bestämmas för byggentreprenader, varor och tjänster. Enligt direktivet gäller tröskelvärdet 5 923 000 euro vid upphandling av byggentreprenader. Vid upphandling av varor och tjänster gäller tröskelvärdet 154 000 euro, om upphandlingen görs av en central statlig myndighet, och 236 000 euro om upphandlingen görs av en annan myndighet.

Vid sidan av behovet av kontroll gäller som redan nämnts att kostnaden för ett upphandlingsförfarande bör stå i ett rimligt förhållande till värdet av det som skall upphandlas. Byggentreprenader uppgår vanligen till relativt höga belopp. Om beloppsgränsen sätts för lågt kommer endast få byggentreprenader att kunna direktupphandlas. Utredningen anser att det finns anledning att bestämma ett högre värde som direktupphandlingsgräns för byggentreprenader än för varor och tjänster. Skillnaderna mellan upphandling av tjänster och upphandling av varor torde dock enligt utredningens mening inte vara större än att det är befogat att använda samma gränsvärde för tjänster och varor. Det bör även finnas en möjlighet att i situationer när det är fråga om upphandling av särskilt komplicerade tjänstekontrakt eller varukontrakt använda en högre gräns för direktupphandlingsförfarande än den som används i "normala" fall.

Det återstår att ta ställning till vilka belopp som bör gälla för direktupphandlingsförfarande. En metod skulle kunna vara att bestämma värdena till de högsta värden som enligt utredningens undersökning tillämpas idag, dvs. 10 prisbasbelopp för byggentreprenader och 8 prisbasbelopp för tjänster (med samma belopp för varor). Ingen myndighet skulle då behöva sänka sina tillämpade

värden. Myndigheter som idag tillämpar lägre värden än de som i så fall skulle fastställas kunde fortsätta att tillämpa sina lägre värden. Eftersom prisbasbeloppet är ca 40 000 kr, skulle gränsvärdena bli ca 400 000 kr för byggtreprenader och ca 320 000 kr för varor och tjänster, vilket motsvarar ca 42 000 euro respektive ca 33 600 euro.

Eftersom tanken fortfarande skulle vara att förbehålla direktupphandlingsförfarande för de fall då det som skall upphandlas har ett lågt värde framstår beloppet för varor och tjänster som alltför högt. Om man i stället väljer att bestämma gränsen för direktupphandling av varor och tjänster till ett belopp som ungefär motsvarar det högsta av de medelvärden som redovisats av kommuner, landsting och statliga myndigheter, knappt 5 prisbasbelopp, skulle beloppet bli ca 200 000 kr, motsvarande ca 21 000 euro.

Enligt utredningens uppfattning kan ett belopp i den storleksordningen rymmas inom vad som bör förstås med "lågt värde".

När det gäller byggtreprenader bör av de skäl som tidigare anförts ett något högre belopp än nu sagts kunna godtas.

Det finns ingen naturlig anknytning mellan den offentliga upphandlingen och prisbasbelopp enligt lagen om allmän försäkring. Valet av prisbasbelopp som grund för gränsdragningen får antas bero på en önskan att låta gränsen följa ett index. Det förefaller mer naturligt att knyta gränsen till en faktor med koppling till den offentliga upphandlingen, som de tröskelvärden som anges i direktiven och i den klassiska lagen. Om gränsen bestäms till ett belopp som motsvarar 10 procent av det i lagen angivna tröskelvärdet 236 000 euro, som gäller vid upphandling av varor och tjänster som görs av andra myndigheter än centrala statliga myndigheter, skulle gränsen dras vid 23 600 euro, motsvarande ca 224 000 kr.

Som ovan angetts bör det vara möjligt att använda en högre gräns än den nyss nämnda när det gäller upphandling av varor och tjänster, om det finns särskilda skäl. Upphandling av vissa typer av tjänster kan typiskt sett avse relativt höga belopp, t.ex. arkitekttjänster och konsulttjänster. För att upphandling av sådana tjänster alls skall kunna ske genom direktupphandling anser utredningen att det är befogat med en högre gräns i sådana fall. En förutsättning härför skall vara att beslutsfattaren hos den upphandlande myndigheten skall ha fått befogenhet att besluta om direktupphandling upp till denna gräns enligt riktlinjer som har utfärdats av den upphandlande myndigheten. I sådana fall bör gränsen för direktupphandling enligt utredningens uppfattning kunna bestämmas till



20 procent av det i lagen angivna tröskelvärdet på 236 000 euro, motsvarande ca 448 000 kr.

En sådan gränsdragning som angetts ovan innebär enligt utredningens mening en lämplig avvägning mellan behovet av kontroll och av enklare regler. Även om det kan försvaras att bestämma en högre gräns för direktupphandling av byggtreprenader än för direktupphandling av varor och tjänster skulle 10 procent av tröskelvärdet för byggtreprenader, 592 300 euro, motsvarande ca 5 600 000 kr, vara alltför högt. Som jämförelse kan nämnas att denna gräns i Finland föreslagits bli 100 000 euro. En lämplig avvägning uppnås enligt utredningens mening om gränsen dras vid 1 procent av tröskelvärdet 5 923 000 euro, dvs. 59 230 euro, motsvarande ca 560 000 kr.

De föreslagna beloppsgränserna för direktupphandling innebär inte att de upphandlande myndigheterna blir skyldiga att alltid tillämpa dessa gränser. Det står varje myndighet fritt att bestämma lägre värden för viss direktupphandling och att inom den fastställda gränsen differentiera rätten att direktupphandla beroende på befattningshavare och på vad som skall upphandlas.

Det är därför enligt utredningens uppfattning angeläget att de upphandlande myndigheter som inte redan har bestämt riktlinjer för sin upphandling gör klart för sig i vilken omfattning direktupphandling får göras, vilken eller vilka befattningshavare hos myndigheten som skall få göra direktupphandlingar och inom vilka beloppsgränser. Riktlinjerna kommer naturligtvis att behöva vara av olika omfattning och komplexitet, beroende på varje upphandlande myndighets organisation och omfattningen och arten av myndighetens upphandling.

I lagen bör föras in en bestämmelse som innebär att en upphandling inte får delas upp i delar som var för sig omfattas av direktupphandlingsförfarandet, om upphandlingen i annat fall skulle falla utanför tillämpningsområdet för direktupphandling. Det sagda skall dock inte utgöra hinder för att olika enheter inom en upphandlande myndighet, såsom t.ex. stadsdelsnämnder i kommuner, skall ha möjlighet att använda sig av direktupphandling upp till de gränser som har fastställts. Detta förutsätter dock att de olika enheterna har eget budgetansvar. Under inga omständigheter får direktupphandling ske till sådana belopp att de sammantaget för en upphandlande myndighet uppgår till EU:s tröskelvärden.

## 7.8 Synnerliga skäl för direktupphandlingsförfarande

### 7.8.1 Bakgrund

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU och 17 kap. 3 § andra stycket den klassiska lagen får direktupphandlingsförfarande användas inte bara om upphandlingens värde är lågt utan också om det finns synnerliga skäl. Bestämmelsen fick sin nuvarande lydelse genom SFS 2002:594. Ett i paragrafen intaget exempel på när synnerliga skäl kunde anses föreligga togs då bort. Exemplet innebar att synnerliga skäl kunde föreligga då det förelåg synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller berodde på den upphandlande myndigheten. I prop. 2001/02:142 s. 49 f. anfördes som exempel på fall då direktupphandling kunde få tillämpas upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster, där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats och sådana situationer där det fanns endast ett möjligt vård- och boendialternativ. Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggjorde upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling ansågs kunna grunda rätt till direktupphandling. Huruvida avsikten var att det i den äldre lagtexten intagna exemplet fortfarande skulle anses utgöra synnerliga skäl framgår inte av propositionen.

### 7.8.2 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Den nuvarande möjligheten att använda direktupphandlingsförfarande då det finns synnerliga skäl be- hålls.

Utredningen har övervägt om uttrycket synnerliga skäl bör bytas ut mot det mindre restriktiva uttrycket särskilda skäl. Som argument för ett byte har anförts bl.a. patients eget val av vårdgivare, unik kompetens, ensamrätt och kostnader för ett mer formbundet förfarande. Särskilda skäl skulle också kunna vara att kommuner och landsting samverkar inom ramen för den kommunala kompetensen.

Utredningen gör följande bedömning.

Att den i lagens tidigare lydelse intagna bestämmelsen om synnerlig brådska togs bort förklarades med att den ansågs kunna hindra direktupphandling i de fall då en vanlig upphandling skulle riskera kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ eller komma i konflikt med en patients fria val av vårdgivare. I de angivna situationerna borde det enligt utredningens uppfattning vara möjligt att lösa problemet på annat sätt än genom att byta ut synnerliga skäl mot särskilda skäl. I 5 kap. 7 § 2 den klassiska lagen finns en bestämmelse som innebär att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör.

En bestämmelse som skulle täcka de nu avsedda fallen kan införas som ett nytt andra stycke i 9 kap. 7 §. Innebörden av en sådan bestämmelse skulle vara att anbud får begäras utan föregående annonsering, förutom i de i 5 kap. 7 § 2 avsedda fallen, även då det som skall upphandlas, på grund av den rätt som tredje man har att bestämma om val av leverantör, kan tillhandahållas av endast en viss leverantör. Utredningen föreslår att en sådan bestämmelse införs. Någon övergång från synnerliga skäl till särskilda skäl behövs då inte.

I det fall en upphandlande myndighet har ingått ett ramavtal kan myndigheten vara skyldig enligt avtalet att anlita en viss leverantör för en anskaffning. Rätten att begära anbud utan föregående annonsering enligt den nyss angivna bestämmelsen bör dock gälla oavsett vad som kan följa av ramavtalet.

Det synes i dag vara vanligt att sjukvårdshuvudmännen tecknar vårdavtal med privata vårdgivare. Den nu behandlade möjligheten att begära anbud utan föregående annonsering på grund av den rätt som tredje man har att bestämma om val av leverantör täcker inte sådana vårdavtal. De måste därför upphandlas enligt de vanliga bestämmelserna.

Beträffande möjligheterna att använda direktupphandling vid kommunalt samarbete om administrativa stödfunktioner hänvisas till avsnitt 7.12 i detta kapitel.

Enligt utredningens mening är det angeläget att möjligheterna till direktupphandlingsförfarande är begränsade. Det finns flera skäl härtill. Ett skäl är att överprövningsmöjligheterna är mycket små om direktupphandlingsförfarande har använts. Ett annat skäl är att nya företag kan ha svårt att komma in på marknaden eftersom man inte får vetskap om att en upphandling skall ske.

Ytterligare ett skäl är att det kan finnas risk för att direktupphandling kommer att användas i alltför stor omfattning. Det i den tidigare lydelsen av 6 kap. 2 § LOU givna exemplet med synnerlig oförvållad brådska är enligt utredningens uppfattning ett fall då synnerliga skäl kan anses föreligga. Vad som i övrigt kan tänkas utgöra synnerliga skäl får avgöras i rättstillämpningen.

## **7.9 Annonsering**

### **7.9.1 Bakgrund**

I 6 kap. 2 a–2 c §§ LOU finns bestämmelser om hur man skall offentliggöra att en upphandling skall göras.

I 6 kap. 2 a § LOU anges att den upphandlande enheten vid förenklad upphandling skall begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, om inte undantag från annonseringsskyldigheten föreskrivs i 6 kap. 2 b §. Där anges att en upphandlande enhet får utan annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör, om det vid en förenklad upphandling inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, varorna framställs enbart för forskningsändamål, det som skall upphandlas kan levereras av endast en viss leverantör eller det är fråga om kompletterande leveranser.

I prop. 1999/2000:128 s. 26 anges följande när det gäller annonsering i allmänt tillgänglig databas. I LOU föreslås ingen annan reglering än att databasen skall vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla.

Begäran om anbud skall alltså ske skriftligen. Det ligger i sakens natur att den skriftliga begäran om anbud måste innehålla ett förfrågningsunderlag, dvs. sådana uppgifter som behövs för att anbud skall kunna lämnas och bedömas, däribland tekniska specifikationer och andra uppgifter som gör att föremålet för upphandlingen definieras. Som framhålls i prop. 1999/2000:128 skall även andra

leverantörer än de från vilka anbud begärts kunna få förfrågningsunderlaget på samma villkor som dessa.

Enligt 6 kap. 2 c § skall den upphandlande enheten vid urvalsförfarande publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Den upphandlande myndigheten är skyldig att lämna upplysningar till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Sådan skyldighet föreligger inte vid direktupphandling, eftersom samma behov av öppenhet då inte finns. Vid förenklad upphandling utan annonsering däremot kan skälen för utebliven konkurrensutsättning behöva verifieras.

## 7.9.2 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Kravet på att annonsera upphandlingar under tröskelvärdena skall anses uppfyllt om myndigheten annonserar på en särskilt upprättad upphandlarprofil som finns tillgänglig på myndighetens hemsida. En skyldighet införs att dokumentera beslut att använda direktupphandlingsförfarande och skälen härför då sådant förfarande används på grund av synnerliga skäl eller kontraktets värde uppgår till minst 20 procent av de värden som i normalfallet föreslås gälla för sådant förfarande.

Utredningen har övervägt förändringar av kraven på annonsering, eftersom detta skulle kunna leda till påtagliga förenklingar. En mycket långtgående förändring är att helt slopa kravet på annonsering av upphandlingar under tröskelvärdena eller av upphandlingar som avser B-tjänster. En sådan åtgärd skulle dock leda till minskad öppenhet, vilket i sin tur kan innebära att det blir svårare för småföretag att delta i ett upphandlingsförfarande. Det kan nämnas att Norge höjt gränsen för direktupphandling från 200 000 norska kr till 500 000 norska kr. Det synes inte heller finnas någon skyldighet att annonsera upphandlingar under denna gräns.

Vid direktupphandlingsförfarande sker ingen annonsering. Även vid sådant förfarande skall dock de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om öppenhet, icke-diskriminering och lika-behandling följas.

För att det skall vara möjligt att i efterhand kontrollera att de principer som gäller vid all upphandling har iakttagits även vid direktupphandlingsförfarande är det enligt utredningens mening nödvändigt att besluten och skälen härför i sådana upphandlingar dokumenteras. Något behov av att dokumentera beslut och skälen härför vad gäller upphandlingar som avser mycket låga värden finns dock knappast. En lämplig gräns kan dras vid 20 procent av de värden som i normalfallet föreslås gälla för direktupphandling. Dokumentationsplikten bör dock alltid gälla då synnerliga skäl för direktupphandlingsförfarande åberopas.

Annonsering av upphandlingar över gränsen för direktupphandling men under tröskelvärdena är av intresse från förenklingssynpunkt. Gemenskapsrättens krav på öppenhet innebär i princip att annonsering måste ske även vid upphandling under tröskelvärdena. Enligt utredningens mening finns det dock visst utrymme för förenkling av annonseringskraven. Detta kan dock inte anses gälla upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena, eftersom sådana upphandlingar kan avse mycket höga belopp.

Utredningen har övervägt att låta de upphandlande myndigheterna själva med utgångspunkt i de förutsättningar (konkurrenssituation m.m.) som föreligger i varje enskild upphandling avgöra hur en aktuell upphandling skall offentliggöras. Myndigheten skulle då kunna välja att annonsera på sin upphandlarprofil eller i enklare form på den egna hemsidan. Detta kan dock föra med sig nackdelar, inte minst för mindre företag som har begränsade resurser, bl.a. genom att leverantörerna då måste bevaka flera upphandlarprofiler eller hemsidor, i vissa fall ett stort antal sådana. I stället för eller vid sidan av sådan annonsering skulle befintliga elektroniska databaser kunna användas även fortsättningsvis. Såvitt upplysts tar befintliga annonsportaler ut en avgift av leverantörerna för att annonserna skall sorteras på ett sätt som underlättar möjligheten att ta del av annonserna. Leverantörerna har dock kostnadsfri tillgång till annonsmaterialet.

Utredningen har vid en samlad bedömning stannat för att föreslå att annonseringskraven förenklas på så sätt att kravet på annonsering i allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om myndigheten annonserar på en särskilt upprättad upphandlarprofil som finns tillgänglig på myndighetens hemsida. Undantag bör dock gälla för B-tjänster över tröskelvärdena. I sådana fall bör det inte vara tillräckligt med annonsering på en särskilt upprättad upphandlarprofil på upphandlande myndighets hemsida utan annonse-

ring bör på samma sätt som gäller för närvarande ske i databaser som finns hos sådana aktörer som tillhandahåller elektroniska databaser för annonseringsändamål. Utredningen anser att det bör finnas en tillsyn över att annonseringen sker på ett sätt som är enkelt för leverantörerna att ta del av. En sådan tillsyn skulle kunna handhas av NOU eller av Kommerskollegium. Regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer bör kunna ges möjlighet att utfärda föreskrifter i detta avseende. Efter avslutad upphandling bör efterannonsering ske på den upphandlande myndighetens hemsida.

En väsentlig förenkling skulle kunna uppnås, om det vore möjligt att utforma annonser om upphandling på ett enhetligt sätt. Ett sådant resultat kan knappast åstadkommas genom lagstiftning utan förutsätter insatser på myndighets- eller organisationsnivå.

## **7.10 Utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning")**

### **7.10.1 Bakgrund**

Enligt 14 kap. 1 § första stycket den klassiska lagen skall en upphandlande myndighet vid upphandling över tröskelvärdena anta antingen det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris.

Enligt andra stycket i samma paragraf skall myndigheten vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 14 kap. 2 § första stycket den klassiska lagen föreskrivs att den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Enligt andra och tredje styckena i samma paragraf skall kriterierna i stället anges i fallande prioritetsordning, om den upphandlande myndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange den relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna. Den relativa

betydelsen av kriterierna eller prioriteringsordningen skall anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt 17 kap. 20 § tredje stycket den klassiska lagen skall den upphandlande myndigheten antingen ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i andra stycket (pris, kvalitet osv.) kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller ange kriterierna i fallande prioriteringsordning.

Utredningen har övervägt om det finns tillräckliga motiv för att ha som obligatorisk huvudregel att upphandlande myndighet skall ange vilken ”relativ inbördes betydelse” de olika kriterierna kommer att ges vid utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (viktning), även när det gäller upphandling under tröskelvärdena m.m.

Det bör anmärkas att metoden med ”viktning” kan medföra olika nackdelar. I en rapport som sammanställts på uppdrag av Konkurrensverket analyseras metoder vid utvärdering av pris och kvalitet vid upphandling.<sup>3</sup> Av rapporten framgår bl.a. följande:

Upphandlaren sätter poäng på anbudsgivarens kvalitativa kriterier efter en skala som anges i förfrågningsunderlaget. Det är mycket vanligt att låta det enskilda prisets poäng bero på hur det ligger i förhållande till de andra lämnade priserna i upphandlingen. En ofta tillämpad modell är att relatera varje enskilt bud till det lägst lämnade priset i upphandlingen. Ett problem med dessa beräkningsmodeller där det enskilda prisets poäng är en funktion av de andra lämnade priserna är att de inte är konsistenta, dvs. de uppfyller inte ett grundläggande krav som kan ställas på en bra beslutsmetod. Genom att den enskilda prispoängen är beroende av vad de andra anbudsgivarna har lämnat för priser kan rangordningen mellan två anbud påverkas av närvaron av ovidkommande anbud. Beräkningsmetoden öppnar möjlighet att försöka påverka utfallet i upphandlingen av anbudsgivare som inte är intresserade av att vinna upphandlingen.

I rapporten ställer man sig kritisk till att kräva av en upphandlande enhet att ange en uppsättning procenttal för att beskriva den inbördes relationen mellan olika kriterier utan att samtidigt kräva att den konkreta innebörden av dessa tal anges. Slutsatsen dras att det är bättre att använda sig av språkliga nyanser som visar hur avvägningen skall ske.

---

<sup>3</sup> Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling (2004:1).



### 7.10.2 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** En upphandlande myndighet är inte skyldig att ange den relativa inbördes betydelse som ges de kriterier som skall läggas till grund för valet av anbud då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. I stället får kriterierna anges i fallande prioritetsordning.

Ett enklare regelverk för upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster skulle underlätta för de upphandlande myndigheterna men också vara till fördel för leverantörerna, kanske särskilt för de små och medelstora företagen. Som en förbättring måste räknas också att upphandlingsreglerna är så utformade att leverantörerna förstår på vilken grund ett anbud har antagits. "Viktningen" av olika kriterier måste därför vara så utformad att den upphandlande myndigheten kan göra ett korrekt val av leverantör och att valet av leverantör blir begripligt.

Av den nyss nämnda rapporten framgår att det finns svårigheter med ett system där de olika kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges i procentsatser. Det finns därför anledning för upphandlande myndigheter att arbeta med att förbättra sina utvärderingsmodeller. Syftet med att de olika kriteriernas inbördes betydelse i förhållande till varandra skall anges är att skapa öppenhet och garantera att leverantörerna vet vad som är viktigt och hur viktigt det är samt att den upphandlande myndigheten faktiskt har möjlighet att välja ut det bästa anbudet. Det skall också vara möjligt för en leverantör som inte tilldelas ett kontrakt att förstå varför och att kunna föra sin talan vid en överprövning.

Det är därför viktigt att den fokusering på matematiska formler som har skett när det gäller utvärdering av anbud inte hindrar att andra och i vissa fall bättre metoder kommer till användning. Det bör vara möjligt att uppnå förutsebarhet och träffa ett korrekt val av leverantör även om en upphandlande myndighet inte ställer upp avancerade matematiska formler utan endast beskriver hur anbud kommer att utvärderas. Till ett öppet system kan även höra t.ex. en beskrivning som går ut på att man anger att kvalitet är något viktigare än både priset och en snabb service tillsammans och att av de sistnämnda komponenterna priset får anses något viktigare än snabb service. Då kan leverantören bilda sig en uppfattning om hur stor hänsyn som tas till kvalitet, service och pris och få vetskap om vad han främst skall satsa på.

Ett krav på att de olika kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges ("viktning") är en tänkbar metod men behöver inte vara den bästa. Ett sådant krav kan leda tanken till de matematiska modeller som är vanligt förekommande och som kan leda till att "fel" leverantör tilldelas uppdraget. Ett sådant krav kan också stå i konflikt med de krav på förenklingar som ligger i utredningens uppdrag samt leda till en ökad prisfixering på bekostnad av kvalitet.

Utredningen har således att ta ställning till vilka krav på "viktning" eller prioritering som bör ställas vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. Det är klart att syftet måste vara att leverantörerna skall kunna förstå hur värderingen kommer att ske och att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en korrekt värdering av anbuden. Det är betydelsefullt för en leverantör att få veta vilken tyngd ett visst kriterium har i förhållande till ett annat kriterium. Upphandlande myndighet bör om möjligt ange om det finns någon omständighet som tillmäts extra stor vikt. Detta kan anges genom att olika kriteriers relativa betydelse redovisas. Enligt utredningens mening bör det dock vara tillräckligt att kriterierna anges i fallande prioritetsordning när det är fråga om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster när direktupphandlingsförfarande inte tillämpas.

### 7.11 Småföretag

Utredningen har enligt tilläggsdirektiven i uppgift att göra en fördjupad utvärdering av Statskontorets redovisning av för- och nackdelar med direktupphandling jämfört med anbudsupphandling för att bättre belysa effekterna för småföretagen. Som redan nämnts har Nutek kartlagt och analyserat de eventuella problem som småföretag kan ha när de deltar i offentlig upphandling. Nuteks rapport tar således inte enbart sikte på att jämföra direktupphandling och anbudsupphandling från ett småföretagsperspektiv, utan visar på de problem som finns för småföretagen generellt vid offentlig upphandling.

Som utredningen redan anfört kan en ökad användning av direktupphandling leda till minskad öppenhet. Detta kan innebära att kontrakt tilldelas en redan känd leverantör, vilket skulle minska möjligheterna för nya företag att få delta i ett upphandlingsförfarande. Utredningen anser inte att det gagnar småföretagen att öka möjligheterna till användning av direktupphandling. För att få viss

kontroll över att användningen av direktupphandling inte får för stor omfattning har utredningen föreslagit att fasta gränser för direktupphandling skall införas. Den restriktivitet som därigenom gäller kan enligt utredningens mening vara till fördel för småföretagen. Av slutsatserna i Nuteks rapport framgår att en del av de problem som finns när det gäller småföretag och offentlig upphandling hänför sig till tillämpningen av regelsystemet. Några av de svårigheter som förekommer kan komma att minska om Nuteks förslag om en nationell upphandlingspolicy genomförs.

## **7.12 Kommunal samverkan**

### **7.12.1 Inledning**

Enligt tilläggsdirektiven till utredningen bör i bedömningen av om en fastställd gräns för direktupphandling bör införas ingå en analys av möjligheten för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling.

Med administrativa stödfunktioner torde avses sådana funktioner som exempelvis löneadministration, fakturering av daghemsavgifter eller andra avgifter, bokföring och redovisning.

### **7.12.2 Olika former av samverkan**

Samverkan mellan kommuner och landsting (i fortsättningen används kommun för att beteckna kommuner och landsting) kan enligt kommunallagen (1991:900) ske i gemensamma nämnder och i kommunalförbund. Enligt 3 kap. 3 a § kommunallagen kan en gemensam nämnd tillsättas av två eller flera kommuner för att fullgöra uppgifter för vilka det enligt särskilda författningar skall finnas en eller flera nämnder i varje kommun. Den gemensamma nämnden tillsätts i någon av de samverkande kommunerna. Enligt 3 kap. 20 § samma lag får kommuner bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund. För kommunalförbund gäller i princip samma bestämmelser som för kommuner. Ett kommunalförbund skall ha en beslutande församling, en förbundsstyrelse och de organ utöver förbundsstyrelsen som skall fullgöra kommunalförbundets uppgifter.

De nu angivna samverkansformerna synes inte kräva någon särskild analys. De uppgifter som fullgörs av en gemensam nämnd

eller av ett kommunalförbund jämföras med uppgifter som fullgörs direkt av en kommun. Några särskilda överväganden krävs därför inte när det gäller upphandling som görs av en gemensam nämnd eller ett kommunalförbund.

Det är också tveksamt om gemensamma nämnder och kommunalförbund fullgör uppgifter som kan betecknas som administrativa stödfunktioner.

En kommun kan samarbeta med en eller flera andra kommuner om att driva viss verksamhet, t.ex. en sopförbränningsanläggning eller en fjärrvärmecentral. En sådan verksamhet kan bedrivas på olika sätt, t.ex. av en av kommunerna med de andra kommunerna som deltagare på självkostnadsbasis eller av en av kommunerna gemensamt ägd juridisk person. Oavsett hur verksamheten bedrivs kan den inte betecknas som en administrativ stödfunktion.

Samarbete mellan kommuner kan också ske i den formen att en kommun tillhandahåller varor och tjänster åt en annan kommun. Sådant samarbete kan avse administrativa stödfunktioner. Om en kommun skall utföra sådana uppgifter för en annan kommuns räkning krävs att förhållandet regleras i ett avtal och att ersättning utgår till den kommun som utför uppgifterna.

### 7.12.3 Avtal mellan kommuner

Kommuner är självständiga juridiska personer. En kommun som träffar avtal med en annan kommun om att denna skall mot ersättning utföra vissa administrativa stödfunktioner åt den förra kommunen måste anses ha slutit ett offentligt kontrakt som avser tillhandahållande av tjänster mot ersättning. Det är alltså fråga om en upphandling i upphandlingsdirektivens och upphandlingslagarnas mening. Om det är fråga om en upphandling vars värde uppgår till minst det gällande tröskelvärdet torde det inte finnas någon möjlighet att undanta upphandlingen från de bestämmelser som gäller för sådana upphandlingar. Det finns inte heller någon uppenbar anledning att medge ett sådant undantag. Administrativa stödfunktioner är typiskt sett sådana funktioner som inte hör till kommunernas kärnverksamhet och som därför kan fullgöras av externa leverantörer. En kommun som avser att uppdra åt någon annan att fullgöra sådana funktioner får därför genomföra en upphandling för att försäkra sig om de tjänster det är fråga om. Det är dock tveksamt om det ligger inom en annan kommuns kompetens att

lämna anbud i en sådan upphandling, jfr RÅ 2003 ref. 98<sup>4</sup>. Av domen kan möjligen den slutsatsen dras att en kommun inte får utöka sin organisation och sina resurser för att kunna avtala om och utföra tjänster åt andra kommuner och inte heller behålla en överkapacitet i detta syfte. Det får antas att en kommun som avser att utföra administrativa stödfunktioner åt andra kommuner måste bibehålla eller skapa större resurser än som krävs för den egna administrationen, vilket skulle innebära att en sådan aktivitet inte skulle vara kompetensenlig. Den av Regeringsrätten använda formuleringen ”redan av denna anledning” brukar användas i de fall det finns eller kan finnas andra skäl för avgörandet än det eller de skäl som uttryckligen lagts till grund för detta. Det framgår inte av domen vilka skäl det kan vara fråga om.

I det fall upphandlingen av administrativa stödfunktioner inte har ett värde som uppgår till tröskelvärdet och därför inte omfattas av upphandlingsdirektiven uppkommer frågan om annat då gäller än i fall då värdet av upphandlingen uppgår till tröskelvärdet. Det kan först noteras att grundläggande gemenskapsrättsliga principer skall tillämpas vid all upphandling, således även vid upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven, vilket framgår bl.a. av EG-domstolens dom i målet *Parking Brixen*<sup>5</sup>.

I målet *Parking Brixen* var fråga bl.a. om tillämpningen av vissa sådana principer vid tilldelningen av en tjänstekoncession avseende allmännyttiga tjänster. Tjänstekoncessionen hade tilldelats ett av en kommun ägt aktiebolag utan att några anbud infordrats. Domstolen konstaterade att tjänstekoncessioner inte omfattades av direktivet<sup>6</sup> (punkterna 42 och 46 i domen). Trots detta är enligt domstolen de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i

---

<sup>4</sup> I målet var fråga om en kommun överskridit sina befogenheter enligt 2 kap. 1 § kommunallagen när den beslutat att lämna anbud på utförande inom även andra kommuner av ambulanstransporter för vilka landstinget ansvarade. Av domen framgår bl.a. att kommunen skulle utföra en del av transporterna genom underentreprenörer. Regeringsrätten fann att en förutsättning för att en kommun skulle kunna engagera sig i anbudsgivning avseende utförande av ambulanstransporter var att kommunen disponerade eller avsåg att införskaffa erforderliga materiella och personella resurser för ändamålet. Att bibehålla eller tillskapa en sådan organisation för att kunna delta i en upphandling av en tjänst för vilken landstinget svarade utgjorde enligt Regeringsrättens mening inte en sådan angelägenhet av allmänt intresse som kommunen hade rätt att engagera sig i. Redan av denna anledning skulle överklagandet avslås. Underinstanserna hade med direkt hänvisning till den s.k. lokaliseringsprincipen i kommunallagen funnit att beslutet var kompetensöverskridande.

<sup>5</sup> Dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, ännu ej publicerad.

<sup>6</sup> Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

synnerhet (punkt 46). Domstolen hänvisade till principen om likabehandling och åberopade att domstolen i sin rättspraxis avseende gemenskapsdirektiv på området för offentlig upphandling närmare angett att principen om likabehandling av anbudsgivare syftar till att alla anbudsgivare skall ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet. Av detta följde enligt domstolen att principen om likabehandling av anbudsgivare skall tillämpas på koncessioner avseende allmännyttiga tjänster även då det inte skett någon diskriminering på grund av nationalitet (punkt 48). Domstolen uttalade vidare att det inte är förenligt med kraven i artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget (anm.: etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster) eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av den aktuella koncessionen (punkt 50).

I Parking Brixen var fråga om tilldelning av en tjänstekoncession, en åtgärd som inte omfattades av det då gällande tjänstedirektivet. Det finns knappast något stöd för att göra en annan bedömning än i det målet då det är fråga om upphandling som på annan grund faller utanför direktivets tillämpningsområde, t.ex. därför att värdet av upphandlingen inte uppgår till tröskelvärdet.

Tjänster som kan betecknas som administrativa stödfunktioner omfattas av bestämmelserna i upphandlingslagarna oavsett om de avser A- eller B-tjänster och oavsett upphandlingens värde. För att en kommun skall kunna uppdra åt en annan kommun att ombesörja administrativa stödfunktioner krävs därför att upphandlingen görs i enlighet med gällande bestämmelser i lagarna om upphandling.

#### **7.12.4 Samarbete i en gemensamt ägd juridisk person**

Ett samarbete mellan kommuner om administrativa stödfunktioner kan ske i en av kommunerna gemensamt ägd juridisk person. Det är inte alldeles klart i vilken utsträckning ett sådant samarbete kan anses som en av varje kommun bedriven intern verksamhet som inte omfattas av bestämmelserna om upphandling, dvs. som egenregiverksamhet.

Frågan om en upphandlande kommun kan anlita en gemensamt med annan ägd juridisk person som leverantör utan att behöva tillämpa bestämmelserna om upphandling har belysts av EG-dom-

stolen i målet *Teckal*<sup>7</sup>. Frågan i målet gällde bl.a. om en (italiensk) kommun hade rätt att anförtro en av kommunen tillsammans med andra kommuner bildad juridisk person bl.a. driften och underhållet av värmeinstallationer i kommunala byggnader utan någon föregående anbudsinfordran. Av domen framgår att tillämpningen av det i målet aktuella varuupphandlingsdirektivet<sup>8</sup> förutsatte att förhållandet mellan kommunen och den juridiska personen kunde klassificeras som ett upphandlingskontrakt (punkt 46 i domen). Detta förutsatte i sin tur bl.a. att det var fråga om en överenskommelse mellan två separata personer (punkt 49). Även kontrakt med en formellt fristående juridisk person kunde anses som en egenregiverksamhet. Domstolen ställde upp två förutsättningar för att detta skulle vara möjligt. Den upphandlande myndigheten skulle utöva samma kontroll över den juridiska personen som den utövade över sin egen förvaltning och den juridiska personen skulle bedriva den väsentliga delen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten (punkt 50). Direktivet är tillämpligt om den upphandlande myndigheten ingår en överenskommelse med en formellt sett fristående enhet som kan fatta egna beslut oberoende av den upphandlande myndigheten (punkt 51). Detta gäller oberoende av om den fristående enheten själv är en upphandlande myndighet.

Utredningen finner det rimligt att en enskild kommun inte kan utöva samma kontroll över en delägd juridisk person som den kan utöva över sin egen förvaltning.<sup>9</sup> Det är därför svårt att föreställa sig att den första av de förutsättningar som ställdes upp av EG-domstolen i *Teckal* kan ha varit uppfylld i målet. Om ett gemensamt ägande alltid skulle utesluta möjligheten till interna transaktioner mellan ägarna och den ägda juridiska personen kunde man kanske ha förväntat sig att EG-domstolen skulle ha uttalat detta. Det kan dock tänkas att domstolen, på samma sätt som den vanligen gör, inte uttalat sig om den uppställda förutsättningen var uppfylld eller inte utan låtit ansvaret för denna bedömning vila på

<sup>7</sup> EG-domstolens dom den 18 november 1999 i mål C-107/98, REG 1999 s. I-8121.

<sup>8</sup> Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

<sup>9</sup> EG-domstolens dom den 8 maj 2003 i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen, REG 2003 s. I-3851, kan nämnas. Målet gällde ogiltigförklaring av ett beslut av kommissionen avseende utgifter finansierade genom Europeiska utvecklings- och garantifonden för jordbruk. En fråga i målet var om visst arbete hade utförts av den spanska förvaltningen eller av en privat aktör. Domstolen uttalade att "[e]tt sådant organ, som trots sin finansiella och bokföringsmässiga självständighet är helt underordnat statens kontroll, måste anses som en av den spanska förvaltningens egna myndigheter" (punkt 187).

den nationella domstolen. Det förefaller därför berättigat att anta att transaktioner mellan ägarna och den ägda juridiska personen inte faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

I ett annat mål, *Stadt Halle*<sup>10</sup>, var fråga om tilldelning av kontrakt till en juridisk person som ägdes till 75,1 procent av den upphandlande myndigheten genom ett helägt bolag och till 24,9 procent av ett privat bolag. EG-domstolen fann att när myndigheten avser att ingå ett avtal avseende tjänster som täcks av direktiv 92/50/EEG med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall direktivets förfaranderegler tillämpas (punkt 52 i domen).

I målet kommissionen mot Österrike<sup>11</sup> hade en kommun bildat ett helägt aktiebolag (A) med ändamål att sköta avfallshantering inom kommunen. Bolaget anförtroddes denna uppgift mot ersättning. En kort tid senare överlät kommunen 49 procent av aktierna i bolaget till ett privat företag (S). Först därefter inledde A sin verksamhet. Samtliga dessa moment ägde rum inom en förhållandevis kort tid (cirka fem månader). EG-domstolen gjorde en ”genomsyn” och anförde bl.a. följande (punkt 42 i domen).

Det skulle skada den ändamålsenliga verkan av direktiv 92/50 att ... enbart bedöma tilldelningen av det offentliga kontraktet i fråga utifrån situationen den dag då detta kom till stånd, utan att beakta verkningarna av att 49 procent av aktierna i A en mycket kort tid senare överläts till S. Om det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag, skulle detta äventyra förverkligandet av direktivets syfte, det vill säga fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.

### 7.12.5 Överväganden

Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes<sup>12</sup> eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger

<sup>10</sup> EG-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, REG 2005 s. I-1.

<sup>11</sup> EG-domstolens dom den 10 november 2005 i mål C-29/04, ännu ej publicerad.

<sup>12</sup> Som framgått är det dock tveksamt om det ligger inom den kommunala kompetensen att lämna anbud i en annan kommuns upphandling.



tröskelvärdet. I den utsträckning det är möjligt att tillämpa bestämmelserna om direktupphandling gäller denna möjlighet även vid transaktioner som nu nämnts.

## 8 Upphandling under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna

### 8.1 Inledning

Som anges i kapitel 7 ingick enligt utredningens direktiv (dir. 2004:47) i den första delen av utredningens arbete att föreslå ändringar av sådana bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster (nuvarande 6 kap. LOU) som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena och där denna direktivregel har ändrats.

Utredningen har i delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) gjort en anpassning av nuvarande 6 kap. LOU (jfr 17 kap. den klassiska lagen och 19 kap. försörjningslagen) till de förslag utredningen lämnat när det gäller upphandling över tröskelvärdena.

### 8.2 Uppdraget

Enligt tilläggsdirektiv till utredningen (dir. 2005:39) skall utredningen i det fortsatta arbetet göra en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU i syfte att förenkla reglerna och, i den mån detta inte gjorts tidigare, göra en anpassning till bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena. I övrigt hänvisas beträffande tilläggsdirektiven till vad som sägs i kapitel 7.

Översynen av bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. när det gäller den klassiska sektorn redovisas i kapitel 7. De allmänna synpunkter som där anförs gäller även för försörjningssektorerna. Där finns också redovisat rapporter och synpunkter som till vissa delar även gäller för försörjningssektorerna.

### 8.3 Nuvarande bestämmelser i LOU

LOU innehåller dels allmänna bestämmelser i 1 kap., dels särskilda bestämmelser om olika slag av upphandlingar i 2–5 kap. Upphandling inom försörjningssektorerna behandlas i 4 kap. Bestämmelserna i 4 kap. gäller endast upphandling som uppgår till minst de tröskelvärden som anges i 4 kap. 8 § LOU. Annan upphandling inom försörjningssektorerna, liksom upphandling av s.k. B-tjänster (tjänster som anges i avdelning B i bilaga till LOU), omfattas av bestämmelserna i 6 kap.

#### 8.3.1 Upphandling som omfattas av 6 kap. LOU

I kapitel 7 finns en redogörelse för bestämmelserna om den upphandling som omfattas av 6 kap. inom den klassiska sektorn. Vad som där sägs gäller i huvudsak även vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Enligt 6 kap. 1 § fjärde stycket LOU gäller 4 kap. 4 a § vid upphandling enligt 6 kap. av tjänster för verksamhet som avses i 4 kap. (verksamhet inom försörjningssektorerna). Enligt 4 kap. 4 a § LOU gäller inte bestämmelserna i 4 kap. vid anskaffning av tjänster från ett anknutet företag eller som görs av ett samriskföretag (se 5 kap. försörjningslagen). Sådan upphandling omfattas alltså inte heller av bestämmelserna i 6 kap.

I 5 kap. 1 § första stycket LOU föreskrivs att vissa bestämmelser i 5 kap. skall tillämpas vid upphandling av tjänster för verksamheter som avses i 4 kap. Bland de bestämmelser som skall tillämpas finns de som föreskriver om undantag från tillämpningen (bl.a. för upphandling av fastigheter, skiljemanna- och förlikningsuppdrag och anställningsavtal samt tjänster som tillhandahålls med stöd av ensamrätt, 5 kap. 1 § andra stycket och 2 §).

Av 6 kap. 16 § första stycket framgår att vissa i paragrafen angivna bestämmelser i bl.a. 4 kap. skall tillämpas då en upphandling av B-tjänster överstiger gällande tröskelvärde. Till de bestämmelser i 4 kap. till vilka hänvisas hör 4 kap. 3 och 4 §§, som båda föreskriver att bestämmelserna i 4 kap. inte skall tillämpas på viss upphandling (upphandling för verksamhet som bedrivs utanför EES, konkurrensutsatt verksamhet som avser busstransporter, telekommunikation eller återförsäljning eller uthyrning). Någon uttrycklig bestämmelse om att sådan upphandling, som alltså är

undantagen enligt 4 kap., är undantagen också enligt 6 kap. finns inte. Någon uttrycklig bestämmelse om att undantagen inte skall tillämpas finns inte heller. Med motsvarande resonemang som förts i kapitel 7 beträffande den klassiska sektorn anser utredningen att dessa undantag skall gälla också vid upphandling under tröskelvärdena.

### 8.3.2 Tillämpliga bestämmelser vid upphandling som omfattas av 6 kap. LOU

I kapitel 7 har lämnats en redogörelse också för de bestämmelser som skall tillämpas vid upphandling som omfattas av 6 kap. LOU. Redogörelsen gäller i huvudsak även vid upphandling inom försörjningssektorerna. I stället för vad som där anges skall dock i fråga om B-tjänster som överstiger de tröskelvärden som anges i 4 kap. tillämpas bestämmelserna i 4 kap. 2–4 §§ (om upphandling som görs för projekt inom vattenbyggnad m.m. och vissa undantag som angetts ovan), 6 § (om beräkningen av värdet av en upphandling som omfattar både varor och tjänster), 8–10 §§ (om tröskelvärden och beräkning av tröskelvärden) och 13 § (om förbud mot att dela upp en upphandling i syfte att tröskelvärden skall underkridas).

Därutöver finns en bestämmelse i 5 kap. 1 § första stycket LOU som avser sådan upphandling av A-tjänster som görs för verksamheter som avses i 4 kap. 1 § första stycket, dvs. för de verksamheter inom försörjningssektorerna som omfattas av LOU. Bestämmelsen innebär att i detta fall endast vissa bestämmelser i 5 kap. skall tillämpas. Det är 1 § andra stycket och 2 § (om viss undantagen upphandling), 3 § andra stycket (om valet mellan tillämpning av bestämmelserna om A-tjänster och bestämmelserna om B-tjänster), 4 § tredje stycket (om hur värdet av en upphandling skall beräknas), 5 § första stycket (om beräkning av värdet av en uppdelad tjänsteupphandling), 7, 9 och 10 §§ (om beräkning av värdet av vissa upphandlingskontrakt) och 25 § (om intyg om standard för kvalitetssäkring).

Enligt 6 kap. 1 § första stycket 5 tillämpas 6 kap. på upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3. Sådana tjänster hör till tjänster som avser telekommunikation och ingår därför i avdelning A i bilagan till LOU. De har dock genom en särskild notering i

bilagan uteslutits ur den avdelningen och ingår då i stället i avdelning B i bilagan som övriga tjänster. De är inte undantagna och ingår därför i tillämpningsområdet för 6 kap.

När det gäller upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU och som överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall enligt 6 kap. 16 § första stycket LOU bestämmelserna i 1 kap. 12–16 §§, 4 kap. 2–4, 6, 8–10 och 13 §§ samt 5 kap. 1–10 §§ tillämpas. Hänvisningarna omfattar inte uttryckligen bestämmelserna i t.ex. 1 kap. 4 § om affärsmässighet skall iakttas vid upphandling eller definitionerna i 1 kap. 5 §. Bestämmelsen i 6 kap. 16 § första stycket kan dock inte ses som en uttömmande uppräkningslista av vilka bestämmelser i 1 kap. som skall tillämpas. I stället får antas att även de bestämmelser till vilka hänvisas i 6 kap. 1 § andra stycket (bl.a. 1 kap. 1–6 §§) skall tillämpas vid upphandling enligt 6 kap.

## 8.4 Gemenskapsrätten

Försörjningsdirektivet omfattar sådan upphandling inom försörjningssektorerna som uppgår till minst vissa i direktivet angivna tröskelvärden.

Även för upphandling som inte alls eller inte till fullo omfattas av direktivet gäller att grundläggande gemenskapsrättsliga principer, såsom förbudet mot diskriminering, skall iakttas (beaktandesats 9 andra stycket).

Enligt direktivet är viss upphandling över tröskelvärdena undantagen från direktivets tillämpningsområde. Det gäller upphandling som

1. avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner (artikel 18),
2. avser återförsäljning eller uthyrning (artikel 19),
3. tilldelas för något annat ändamål än för att utöva verksamhet som omfattas av direktivet eller för utövande av sådan verksamhet i tredje land (artikel 20),
4. omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder (artikel 21),
5. görs i enlighet med internationella avtal (artikel 22),
6. görs från ett anknutet företag eller som görs av ett samriskföretag (artikel 23),

7. avser fast egendom, skiljemanna- och förlikningstjänster, vissa finansiella tjänster, anställningsavtal eller forsknings- och utvecklingstjänster (artikel 24),
8. avser tjänster och görs från en myndighet som har ensamrätt att tillhandahålla sådana tjänster (artikel 25),
9. avser vatten som upphandlas för verksamhet som avser drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten vatten eller avser energi eller bränsle för energiproduktion för verksamhet som avser drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten gas, värme eller el eller för verksamhet som avser undersökning av förekomsten av olja m.fl. fasta bränslen eller utvinning av sådana bränslen (artikel 26), eller
10. avser s.k. B-tjänster, dvs. tjänster som förtecknats i bilaga XVII B (artikel 32; artiklarna 34 och 43 är dock tillämpliga).

De artiklar som skall tillämpas när det gäller B-tjänster innehåller bestämmelser om tekniska specifikationer (artikel 34) och om skyldigheten för en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt, ingått ett ramavtal eller tilldelat kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem att annonsera detta (artikel 43).

Vidare finns i artikel 30 bestämmelser om undantag för tilldelning av kontrakt som syftar till att medge att verksamhet som omfattas av direktivet utförs, om verksamheten på visst sätt har konstaterats vara konkurrensutsatt.

I artikel 28 finns bestämmelser om att kontrakt får reserveras för skyddade verkstäder eller skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.

## 8.5 Jämförelse mellan LOU och försörjningsdirektivet

Det undantag som angetts i artikel 18 (se ovan) saknar motsvarighet i LOU. Övriga undantag enligt artiklarna 19–26 motsvaras av undantag i 1 kap. 3 § andra stycket, 3 kap. 8 § andra stycket, 4 kap. 3 §, 4 § tredje stycket, 4 a §, 7 § samt 5 kap. 1 § andra stycket och 2 §. Samtliga dessa undantag finns intagna i 5 kap. försörjningslagen. Genom att bl.a. det kapitlet skall tillämpas vid tilldelning av kontrakt som inte omfattas av direktivet kommer undantagen att gälla också vid tilldelning av sådana kontrakt. Detsamma gäller det undantag som regleras i artikel 30 (5 kap. 14 § försörjningslagen)

och bestämmelsen om möjligheten att reservera kontrakt (1 kap. 11 § försörjningslagen).

Vissa teletjänster (telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster) utgör enligt LOU B-tjänster men det anges ändå uttryckligen i 5 kap. 1 § andra stycket 3 att 5 kap. inte skall tillämpas på upphandling av sådana tjänster. Däremot omfattas de enligt 6 kap. 1 § första stycket 5 av det kapitlet. I försörjningsdirektivet behandlas de som A-tjänster och omfattas inte av något undantag.

Försörjningsdirektivet innehåller inte heller något undantag för upphandling av försvarsprodukter. De har inte i försörjningslagen undantagits från tillämpning av bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena. Skälet till att sådan upphandling undantagits i det klassiska direktivet men inte i försörjningsdirektivet kan väl antas vara att upphandling av försvarsprodukter utan civil användning har liten omfattning hos de upphandlande enheter som är verksamma inom försörjningssektorerna.

## **8.6 Frågan om ett fast värde för direktupphandlingsförfarande skall införas**

Utredningen skall enligt tilläggsdirektiven analysera om en fastställd gräns för direktupphandling bör införas och, om så bedöms lämpligt, lämna förslag till en sådan gräns.

I kapitel 7 angående den klassiska sektorn diskuteras om en fast beloppsgräns för direktupphandlingsförfarande skall tillämpas. Utredningens slutsats beträffande den klassiska sektorn är att en sådan beloppsgräns bör införas. Någon anledning att göra ett annat ställningstagande när det gäller försörjningssektorerna finns inte. De beloppsgränser som föreslagits för den klassiska sektorn är 10 procent (eller 20 procent om det finns särskilda skäl) av tröskelvärdet 236 000 euro för varor och tjänster och 1 procent av tröskelvärdet 5 923 000 euro för byggentreprenader.

Tröskelvärdet för byggentreprenader är detsamma inom försörjningssektorerna som inom den klassiska sektorn och utredningen anser att gränsen för direktupphandlingsförfarande på 1 procent av detta belopp bör vara densamma inom försörjningssektorerna som inom den klassiska sektorn. När det gäller varor och tjänster är tröskelvärdet 473 000 euro. En gräns för direktupphandling på

10 procent av detta belopp skulle innebära att i princip formlös upphandling skulle vara tillåten upp till omkring 420 000 kr.

Ett sådant belopp framstår som relativt högt. Det förtjänar nämnas att det i beaktandesats 9 i försörjningsdirektivet framhålls att det genom en önskvärd samordning inom gemenskapen när det gäller kontrakt över tröskelvärdena som tilldelas inom försörjningssektorerna skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet. Bestämmelserna i försörjningsdirektivet är också mindre detaljerade och ger de upphandlande enheterna större frihet att utforma sina upphandlingar än det klassiska direktivet. Det finns enligt utredningens mening anledning att även vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster tillåta en större frihet vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling inom den klassiska sektorn. Till en sådan större frihet skulle en i absoluta tal högre gräns för direktupphandling bidra.

Enligt utredningens uppfattning kan det därför vara motiverat att tillåta direktupphandling upp till samma andel av tröskelvärdena som inom den klassiska sektorn. Det innebär att direktupphandling skulle vara tillåten när det gäller varor och tjänster upp till 10 procent eller, vid särskilt komplicerade upphandlingar, 20 procent av tröskelvärdet på 473 000 euro och när det gäller byggentreprenader upp till 1 procent av tröskelvärdet 5 923 000 euro.

Av motsvarande skäl som anförs i kapitel 7 avseende den klassiska sektorn bör en dokumentationsplikt införas som gäller också direktupphandlingsförfarande på grund av synnerliga skäl eller om värdet på kontraktet uppgår till 20 procent av de värden som i normalfallet föreslås gälla för direktupphandling.

## 8.7 Kvalificeringssystem

I artikel 53 i försörjningsdirektivet finns bestämmelser om kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i selektivt eller förhandlat förfarande och motsvarande bestämmelser har tagits in i 15 kap. försörjningslagen. Ett kvalificeringssystem får upprättas och förvaltas av en upphandlande enhet. Ett sådant system innebär bl.a. att endast leverantörer som ansetts kvalificerade får delta i upphandlingsförfarandet. Kvalificeringskriterierna får omfatta de utslutningskriterier som anges i artikel 45 i det klassiska direktivet och skall, när den upphandlande enheten är



en myndighet, omfatta de uteslutningskriterier som anges i artikel 45.1 i det direktivet.

I 4 kap. 23–25 §§ LOU finns bestämmelser om ett ”särskilt system för urval av deltagare” som får delta i selektiv eller förhandlad upphandling. Det framgår inte uttryckligen av bestämmelserna i LOU om ett sådant system får användas också vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. I försörjningslagen har frågan inte heller reglerats.

En upphandlande enhet kan naturligtvis göra såväl direktivstyrda som andra upphandlingar. Upphandlingarna kan avse samma typer av kontrakt. Det är därför en fördel om ett upprättat kvalificeringssystem kan användas oberoende av om värdet av ett kontrakt uppgår till tröskelvärdet eller inte eller om det avser A-tjänster eller B-tjänster. Den oklarhet som råder om bestämmelserna i LOU medger en sådan tillämpning bör därför undanröjas genom att en hänvisning görs till bestämmelserna om särskilt kvalificeringssystem i 15 kap. 1 §.

Som huvudregel gäller enligt LOU att förenklat förfarande eller urvalsförfarande skall användas vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. Motsvarande bestämmelse finns i den föreslagna 19 kap. 3 § försörjningslagen Urvalsförfarande motsvarar selektivt förfarande. Förenklat förfarande innebär att alla leverantörer har rätt att delta. Det motsvarar närmast öppet förfarande vid upphandling under tröskelvärdena och kan inte användas i samband med ett särskilt kvalificeringssystem.

Vad nu sagts innebär att möjligheten att använda ett särskilt kvalificeringssystem vid upphandling under tröskelvärdena eller av B-tjänster bör finnas endast när urvalsförfarande används.

## 8.8 Synnerliga skäl för direktupphandlingsförfarande

I kapitel 7 har utredningen beträffande den klassiska sektorn tagit ställning för att kravet på synnerliga skäl för direktupphandlingsförfarande skall kvarstå. Detta bör gälla även vid upphandling inom försörjningssektorerna.

## 8.9 Annonsering

Som framgår av kapitel 7 har utredningen i fråga om den klassiska sektorn funnit att annonseringskravet skall finnas kvar men att kravet på allmänt tillgänglig databas är uppfyllt om upphandlarprofiler skapas och annonsering sker på en sådan på den upphandlande myndighetens hemsida. Vidare förordas att en tillsynsfunktion inrättas för att kontrollera att annonseringen sker på ett ändamålsenligt sätt. Motsvarande bör gälla vid upphandling inom försörjningssektorerna.

## 8.10 Utvärdering av pris och andra kriterier ("viktning")

Utredningen anser på de skäl som anförs i kapitel 7 i fråga om den klassiska sektorn att utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall grundas på kriterier som anges i fallande prioritetsordning, om inte deras inbördes relativa betydelse anges.

## 9 Vissa bestämmelser om överprövning

### 9.1 Inledning

Två EG-direktiv reglerar möjligheterna till överprövning. Det ena avser upphandlingar inom den klassiska sektorn (första rättsmedelsdirektivet; rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten).<sup>1</sup> Det andra avser upphandlingar inom försörjningssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet; rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna).

Direktiven har i Sverige genomförts genom 7 kap. LOU. Bestämmelserna i 7 kap. har i stort sett oförändrade förts in i de i utredningens delbetänkande föreslagna lagarna om upphandling (den klassiska lagen och försörjningslagen, se s. 397 ff. och 585 ff. i delbetänkandet).

Inom kommissionen pågår för närvarande en översyn av rättsmedelsdirektiven. Medlemsstaterna medverkar i arbetet genom Rådgivande kommittén för offentlig upphandling. Ett förslag från kommissionen förväntas under år 2006.

### 9.2 Uppdraget

Enligt utredningens tilläggsdirektiv skall vissa bestämmelser om överprövning i 7 kap. LOU ses över. Det är fråga om bestämmelser beträffande vilka en översyn framstår som angelägen och bedöms

---

<sup>1</sup> Genom rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster gjordes första rättsmedelsdirektivet tillämpligt vid upphandlingsförfaranden som omfattas av detta direktiv (artikel 41 i direktiv 92/50/EEG).

som möjlig även i avvaktan på resultatet av arbetet med rättsmedelsdirektiven. Översynen skall inriktas på att finna möjligheter att förkorta tiden från det att ett upphandlingsförfarande inleds till det att upphandlingen är avslutad. Överprövningsprocessen skall göras mindre utdragen. En effektivisering av processen får dock inte leda till sämre möjligheter att få en fullgod prövning.

I direktiven konstateras att den s.k. tiodagarsregeln i 7 kap. 1 § LOU, som infördes den 1 juli 2002, har medfört att antalet överprövningar har ökat markant. Upphandlingar försenas och blir kostsammare. Försenade upphandlingar kan även leda till indirekta kostnader för att tillfälligt lösa ett anskaffningsbehov. Problemen har uppmärksammats av Ekonomistyrningsverket, NOU och Statskontoret i skrivelser till Finansdepartementet.

I direktiven sägs vidare att det framkommit att tiodagarsfristen har lett till problem vid tillämpningen.<sup>2</sup> När en ansökan om överprövning kommit in i nära anslutning till fristens utgång kan den tid som domstolen då har till sitt förfogande för att genomföra en överprövning bli för knapp. Tiodagarsregeln har även kopplingar till bestämmelserna om interimistiskt beslut i 7 kap. 2 § LOU. Regeringsrätten har i en dom den 4 februari 2005 (mål nr 5735-04)<sup>3</sup> tagit ställning i vissa frågor som rör tiodagarsregeln och även slagit fast vad en interimistisk prövning bör innefatta.

Utredningen skall analysera möjligheten att införa en s.k. preklusionsfrist inom vilken en ansökan om överprövning skall göras. Med preklusionsfrist avses här en tid inom vilken en leverantör får begära överprövning och återropa vissa felaktigheter. Efter fristens utgång är det inte längre möjligt att begära överprövning med avseende på de aktuella felaktigheterna. I utredningens direktiv sägs att en preklusionsfrist kan bidra till en mindre utdragen överprövningsprocess genom att vissa frågor kan prövas i ett tidigt skede av en upphandling. I sammanhanget hänvisas till EG-domstolens domar i målen *Universale-Bau m.fl.*<sup>4</sup>, *Santex*<sup>5</sup> och *Grossmann*.<sup>6</sup>

Utredningen skall vidare analysera om det även efter Regeringsrättens prövning i trängselskattemålet finns behov av att ändra bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut. Även andra möjligheter till effektivisering skall undersökas.

<sup>2</sup> Detta har bl.a. uppmärksammats av JO i ett beslut den 3 september 2003 (dnr 266-2003).

<sup>3</sup>RÅ 2005 ref. 17, "trängselskattedomen".

<sup>4</sup> Dom den 12 december 2002 i mål C-470/99, REG 2002 s. I-11617.

<sup>5</sup> Dom den 27 februari 2003 i mål C-327/00, REG 2003 s. I-1877.

<sup>6</sup> Dom den 12 februari 2004 i mål C-230/02, REG 2004 s. I-1829.

## 9.3 Rättsmedelsdirektiven

### 9.3.1 Huvudsakligt innehåll

Rättsmedelsdirektiven har antagits med stöd av artikel 95 (f.d. artikel 100 a) i EG-fördraget. Artikeln utgör den rättsliga grunden för att anta harmoniseringsregler i syfte att upprätta den inre marknaden. Även de nya upphandlingsdirektiven vilar på artikel 95 (och på artiklarna 47.2 och 55 som utgör den rättsliga grunden för att anta harmoniseringsregler i syfte att stimulera etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster). Av rättsmedelsdirektiven framgår att ett syfte med direktiven är att leverantörer från andra medlemsstater än den där den upphandlande enheten<sup>7</sup> är etablerad skall våga lämna anbud i denna stat (fjärde beaktandesatsen i det första rättsmedelsdirektivet och tredje beaktandesatsen i det andra rättsmedelsdirektivet).

Snabba och effektiva rättsmedel skall säkra efterlevnaden av upphandlingsdirektiven (första–tredje beaktandesatserna i båda direktiven). Av den andra beaktandesatsen i första rättsmedelsdirektivet framgår att detta är särskilt angeläget i ett skede när det alljämt är möjligt att rätta till felaktigheter. Artikel 1.1 i båda direktiven återspeglar dessa önskemål. Medlemsstaten åläggs att vidta åtgärder för att garantera att en upphandlande enhets beslut prövas effektivt och skyndsamt i situationer då det görs gällande att ett beslut strider mot de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna eller nationella regler som genomför gemenskapslagstiftningen.

Enligt artikel 1.3 i båda direktiven åläggs medlemsstaterna att tillhandahålla ett prövningsförfarande som kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få ett upphandlingskontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse. Det överlämnas till medlemsstaten att bestämma den närmare utformningen av prövningsförfarandet. Den övergripande tanken är dock att prövning skall ske medan det fortfarande är möjligt att rätta till eventuella överträdelser. Medlemsstaten har rätt att kräva av en leverantör att han, innan prövning begärs, meddelar den upphandlande enheten sin avsikt att begära prövning.

---

<sup>7</sup>När något annat inte anges avses i det följande med upphandlande enhet såväl en upphandlande myndighet som en upphandlande enhet som inte är en myndighet.

Av artikel 2 i båda direktiven framgår att vissa rättsmedel är obligatoriska. Interimistiska åtgärder skall kunna vidtas med anledning av den upphandlande enhetens beslut (artikel 2.1 a), olagliga beslut skall kunna undanröjas (artikel 2.1 b; i det klassiska direktivet används begreppet åsidosätta) och skadestånd skall kunna utgå till den som lidit skada av en överträdelse (artikel 2.1 c i första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.1 d i andra rättsmedelsdirektivet).

Av artikel 2 i båda direktiven framgår vidare att vissa moment i prövningsförfarandet är frivilliga för medlemsstaten. Ansvar för de obligatoriska rättsmedlen kan anförtros skilda prövningsorgan (artikel 2.2). Prövningsförfarandet i sig behöver inte innebära att upphandlingen automatiskt avbryts (artikel 2.3). Det finns en möjlighet till skadeavvägning inför fattandet av ett interimistiskt beslut (artikel 2.4). Rätten till skadestånd kan göras beroende av att det olagliga beslutet först undanröjts (artikel 2.5). Det överlämnas åt medlemsstaten att reglera vilken effekt en tillämpning av de obligatoriska rättsmedlen skall ha på ett redan slutet avtal om upphandling. För den situationen kan rättsmedlen begränsas till möjligheten att tillerkänna en leverantör skadestånd (artikel 2.6).

I artikel 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet finns bestämmelser som innebär bevislättnader för en leverantör som begär skadestånd motsvarande enbart nedlagda kostnader. Leverantören behöver endast visa, förutom att en överträdelse av de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna föreligger, att han "haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet." Leverantören behöver inte visa att just han skulle ha fått kontraktet om överträdelsen inte hade skett.

Enligt båda rättsmedelsdirektiven finns en möjlighet för kommissionen att, innan ett upphandlingskontrakt föreligger, ingripa mot klara och konkreta överträdelser av de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna (artikel 3 i första rättsmedelsdirektivet och artikel 8 i andra rättsmedelsdirektivet).

I andra rättsmedelsdirektivet finns därutöver bestämmelser som ålägger medlemsstaterna att tillhandahålla upphandlande enheter inom försörjningssektorerna en möjlighet att få sina upphandlingsförfaranden och rutiner granskade (artiklarna 3–7). I samma direktiv finns bestämmelser om möjligheter för en leverantör att genom kommissionens försorg få till stånd ett medlingsförfarande där den aktuella upphandlande enheten deltar (artiklarna 9–11).

### 9.3.2 EG-domstolens praxis – några centrala begrepp

En central fråga är vad som krävs för att en leverantör skall ha rätt att begära prövning av en upphandlande enhets beslut (talerätt). Enligt båda rättsmedelsdirektiven tillkommer talerätten var och en som har eller har haft intresse av att få ett upphandlingskontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.

Av domen i målet *Grossmann* framgår att det i princip kan krävas att leverantören lämnat anbud för att han skall anses ha talerätt. Enligt domstolens uppfattning kan den som inte har lämnat något anbud ”svårligen visa att han har intresse av att motsätta sig beslutet eller att han har skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen” (punkt 27). Detta gäller dock inte oinskränkt. Om leverantören anser att förfrågningsunderlaget eller kontraktshandlingarna innehåller specifikationer som är diskriminerande för honom och av den anledningen avstår från att delta i upphandlingen, kan han begära prövning direkt utan att dessförinnan ha lämnat anbud och utan att avvakta tilldelningsbeslutet (punkterna 28–30). Att för talerätt inte krävs en formell ställning som anbudsgivare eller anbudssökande framgår även av domen i målet *Stadt Halle*<sup>8</sup> (punkt 40).

Det prövningsförfarande som medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektiven är skyldiga att tillhandahålla leverantörerna syftar till att förhindra verkställighet av olagliga beslut och ytterst till att undanröja sådana beslut. Vad som skall förstås med begreppet beslut i rättsmedelsdirektivens mening är därför av grundläggande betydelse. EG-domstolen har i domen i målet *HI*<sup>9</sup> uttalat att begreppet skall tolkas extensivt (punkt 50) vilket också visat sig i den senare domen i målet *Stadt Halle*.

Av domen i målet *Alcatel m.fl.*<sup>10</sup> framgår att ett beslut inte behöver vara på något sätt kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för prövning (punkt 35). Domstolen anknöt till detta uttalande i domen i målet *HI*. Av den senare domen framgår att ett beslut att avbryta en upphandling, trots att de EG-rättsliga upphandlingsreglerna inte särskilt reglerar sådana beslut, måste kunna prövas eftersom en upphandlande enhet är skyldig att följa EG-fördragets grundläggande regler (däribland

<sup>8</sup> Dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, REG 2005 s. I-1.

<sup>9</sup> Dom den 18 juni 2002 i mål C-92/00, REG 2002 s. I-5553.

<sup>10</sup> Dom den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, REG 1999 s. I-7671.

principen om icke-diskriminering) när den avbryter en upphandling (punkterna 47–49 och 54).

Av domen i målet *Stadt Halle* framgår att överprövning skall vara möjlig fr.o.m. den tidpunkt då det finns en viljeyttring, med avseende på ett kontrakt, från den upphandlande enhetens sida och viljeyttringen kan ha rättslig verkan (punkt 39). Sådan verkan har dock inte en viljeyttring som ”endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande enhetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling” (punkt 35). EG-domstolen har inte närmare utvecklat vad som kan vara en relevant viljeyttring. En sådan viljeyttring kan antas vara en åtgärd från den upphandlande enhetens sida som getts offentlighet och som innebär att enhetens framtida handlingsutrymme inskränks. Domstolen nämner som exempel att den upphandlande enheten inleder förhandlingar med en leverantör (punkt 39). Rätten till överprövning får inte göras beroende av att upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium. Även beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, ”särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för [upphandlingsdirektivet] eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på” kan överprövas (punkt 41). Syftet med ett vidsträckt beslutsbegrepp torde vara att skapa förutsättningar för att prövning sker medan en felaktighet i ett pågående upphandlingsförfarande fortfarande kan rättas till.

En annan fråga av intresse i sammanhanget är vilka omständigheter som får beaktas vid en överprövning. Vad frågan gäller är om en omständighet måste ha åberopats av leverantören för att få beaktas eller om prövningsinstansen ex officio får fästa avseende vid andra, icke åberopade, omständigheter. EG-domstolen har i domen i målet *GAT*<sup>11</sup> konstaterat att det första rättsmedelsdirektivet endast innehåller de minimivillkor som de nationella prövningsförfarandena måste uppfylla (punkt 45). Det överlämnas till medlemsstaten att bestämma ”huruvida och på vilka villkor som prövningsorganet ex officio kan ta upp rättsstridigheter till prövning som inte har åberopats av parterna i den tvist som anhängiggjorts” (punkt 46). Prövningsförfarandet måste dock vara kontradiktoriskt, vilket emellertid endast innebär att parterna måste få

---

<sup>11</sup> Dom den 19 juni 2003 i mål C-315/01, REG 2003 s. I-6351.



yttra sig över en omständighet som prövningsinstansen självmant beaktar (punkt 49).<sup>12</sup>

## 9.4 7 kap. LOU

### 9.4.1 Allmänt

Rättsmedelsdirektiven genomförs genom reglerna i 7 kap. LOU om överprövning, skadestånd, tillsyn, granskning och medling. Reglerna om överprövning behandlas särskilt i följande avsnitt.

Av 7 kap. 5 § (18 kap. 4 § den klassiska lagen och 20 kap. 5 § försörjningslagen) framgår att ett beslut som kan överprövas enligt LOU inte får överklagas med stöd av reglerna om laglighetsprövning i 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Enligt 7 kap. 6 § (18 kap. 5 § den klassiska lagen och 20 kap. 6 § försörjningslagen) skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i lagen ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.<sup>13</sup> Bestämmelsen gäller även upphandling utanför det direktivstyrda området. I 7 kap. 7 § (20 kap. 7 § försörjningslagen) finns en bestämmelse om lättnader i leverantörens bevisbörda vid upphandling inom försörjningssektorerna. Om leverantören begär ersättning enbart för nedlagda kostnader, behöver han endast visa att åsidosättandet av LOU:s regler menligt påverkat hans möjligheter att få kontraktet.

---

<sup>12</sup> Generaladvokaten uttalade följande angående begreppet kontradiktoriskt. "Att ett förfarande är kontradiktoriskt innebär ju i själva verket att parterna har tillfälle att yttra sig över motpartens argument innan det behöriga organet fattar beslut och att parterna dessutom har rätt att yttra sig om nämnda organ ex officio för in visst processmaterial i utredningen." (punkt 37 i förslag till avgörande den 10 oktober 2002).

<sup>13</sup> Sverige har inte utnyttjat den möjlighet som rättsmedelsdirektiven ger att göra rätten till skadestånd beroende av att det först har prövats om ett beslut är olagligt. I rättsfallet NJA 1998 s. 873 tillerkändes leverantören ersättning motsvarande det s.k. positiva kontraktsintresset, dvs. ersättningen motsvarade inte endast nedlagda kostnader utan även utebliven vinst. HD:s majoritet motiverade sitt ställningstagande med att det låg nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktuellt förhållande uppkom mellan den upphandlande enheten (här en kommun) och den presumtiva anbudsgivaren i och med att upphandlingen inleddes. Ett justitieråd ville emellertid att motiveringen i denna del skulle ha bl.a. följande lydelse. "Kommunen har inte gjort gällande att [den förfördelade leverantören] inte sökt begränsa sin skada, till exempel genom att begära överprövning enligt 7 kap. 1 § LOU, eller att grund finns för jämkning av skadeståndet. [...]". Även om möjligheten att begära överprövning och möjligheten att väcka skadeståndstalan är frikopplade från varandra enligt LOU torde inte kunna uteslutas att underlåtenhet att begära överprövning kan få betydelse för skadeståndets storlek. Hentze och Sylvéns anför följande i kommentaren till LOU. "Allmänt inom skadeståndsrätten gäller skyldigheten att om möjligt och med rimliga insatser begränsa skador som uppkommit. [...] Om möjlighet till överprövning föreligger bör därför ... normalt krävas att leverantören hos länsrätten försöker få upphandlingen avbruten eller rättad." (Margareta Hentze och Hans Sylvéns, Offentlig upphandling, 1998, s. 364).

Enligt 7 kap. 8 § (18 kap. 6 § den klassiska lagen och 20 kap. 8 § försörjningslagen) skall talan om skadestånd väckas vid allmän domstol (dvs. tingsrätt) inom ett år från den tidpunkt då överprövning inte längre är möjlig.

I 7 kap. 9 och 10 §§ (18 kap. 7 och 8 §§ den klassiska lagen och 20 kap. 9 och 10 §§ försörjningslagen) finns bestämmelser som rör NOU:s uppgifter som tillsynsmyndighet.

I 7 kap. 11 § (20 kap. 11 § försörjningslagen) regleras möjligheten för en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna att få sina upphandlingsrutiner granskade av en oberoende granskare. Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (SWEDAC) ackrediterar granskare.

Även institutet medling enligt 7 kap. 12–14 §§ (20 kap. 12–14 §§ försörjningslagen) är reserverat för försörjningssektorerna. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande enhet under en pågående upphandling bryter mot LOU kan begära medling hos kommissionen, antingen direkt eller via NOU. Medling kan begäras utan hinder av en pågående överprövningsprocess. Överprövningsmålet får dock inte avgöras slutligt så länge medling pågår.

#### 9.4.2 Överprövning

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU (18 kap. 1 § första stycket den klassiska lagen och 20 kap. 1 § första stycket försörjningslagen) framgår vem som har talerätt. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada genom en överträdelse av LOU:s regler får ansöka om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol (dvs. hos länsrätt).

Leverantörsbegreppet i LOU är vidsträckt (1 kap. 5 § sjunde stycket). Alla som kan ingå ett upphandlingskontrakt täcks av begreppet. Förslagen till nya upphandlingslagar innebär inte någon ändring i detta hänseende (2 kap. 9 § första stycket den klassiska lagen och 2 kap. 8 § första stycket försörjningslagen).

Talerätsregeln har haft samma utformning ända sedan LOU infördes. Då uttalades bl.a. följande (prop. 1992/93:88 s. 101).

Den som är berättigad att påtala ett missförhållande är den som antingen lidit skada eller kan komma att lida skada. Det i praktiken vanligaste fallet kan förmodas bli att en ansökan om rättelse görs redan när man riskerar att lida skada. Avsikten bakom bestämmelsen är

nämligen att man skall angripa en feltillämpning på så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer.

Enligt 7 kap. 1 § andra stycket i dess tidigare lydelse gällde att överprövning inte fick ske efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. EG-domstolens dom i målet *Alcatel m.fl.* gav nya förutsättningar. Av domen följer att medlemsstaterna är skyldiga att ha ett system för överprövning som i praktiken gör det möjligt att överpröva en upphandlande enhets tilldelningsbeslut. Den tidigare regeln gäller numera enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU endast vid direktupphandling; vid sådan upphandling får överprövning inte ske efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts (18 kap. 1 § andra stycket den klassiska lagen och 20 kap. 1 § andra stycket försörjningslagen).

Domen i målet *Alcatel m.fl.* ledde till införandet av tiodagarsregeln i 7 kap. 1 § tredje stycket<sup>14</sup> (18 kap. 1 § tredje stycket den klassiska lagen och 20 kap. 1 § tredje stycket försörjningslagen). Den innebär att vid annan upphandling än direktupphandling överprövning alltid kan ske intill den tidpunkt då tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om sitt tilldelningsbeslut (punkt 1) eller domstolen upphävt ett tidigare interimistiskt beslut (punkt 2). I förarbetena anfördes att "[t]idsfristen i punkten 2 börjar löpa från den dag då den allmänna förvaltningsdomstolen upphävt ett tidigare interimistiskt beslut som innebär att upphandlingen inte får avslutas" (prop. 2001/01:142 s. 101). Prövning kan ske även om ett upphandlingskontrakt föreligger. Om det inte finns något kontrakt vid utgången av tiodagarsfristen, är domstolen oförhindrad att pröva ansökningen om överprövning fram till dess att ett kontrakt föreligger.<sup>15</sup> När tiodagarsregeln infördes förutsågs att antalet överprövningar skulle komma att öka (a. prop. s. 91).

En upphandling är avslutad i den meningen att överprövning inte längre är möjlig när ett upphandlingskontrakt föreligger och tiodagarsfristen löpt ut.

<sup>14</sup> Prop. 2001/02:142, bet. 2001/02:FiU12, rskr. 2001/02:324, SFS 2002:594.

<sup>15</sup> Ett exempel kan illustrera. Upplysningar om tilldelningsbeslut lämnas den 31 januari. Överprövningsfristen börjar löpa den 1 februari. Om något interimistiskt beslut inte meddelas, kan någon domstolsprövning inte ske efter den 10 februari förutsatt att ett upphandlingskontrakt föreligger. Om något kontrakt inte föreligger vid tiodagarsperiodens slut, kvarstår domstolens prövningsmöjlighet till dess att ett kontrakt skrivits under. Om ett kontrakt undertecknas den 15 februari, upphör domstolens prövningsmöjlighet alltså inte förrän då.

Tiodagarsregeln gäller inte upphandlingar som kräver sekretess eller särskilda säkerhetsåtgärder med hänsyn till rikets säkerhet, om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om det, och inte heller om av den upphandlande enheten oförutsedd eller oförvållad synnerlig brådska föreligger (7 kap. 1 § fjärde stycket LOU samt 18 kap. 1 § fjärde stycket den klassiska lagen och 20 kap. 1 § fjärde stycket försörjningslagen).<sup>16</sup>

I 7 kap. 2 § första stycket LOU anges vilka rättsmedel som domstolen har till sitt förfogande. Om en upphandlande enhet har brutit mot regelverket i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall domstolen ”besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts” (18 kap. 2 § första stycket den klassiska lagen och 20 kap. 2 § första stycket försörjningslagen). Domstolen kan alltså besluta att ett nytt upphandlingsförfarande krävs eller att en pågående upphandling inte får fortsätta i befintligt skick.

Ett ingripande från domstolens sida kräver att det kan konstateras att leverantören lidit eller riskerar att lida skada.<sup>17</sup> Här förefaller LOU skilja sig från rättsmedelsdirektiven som använder skaderekvisitet endast för att ange vem som har talerätt. Enligt direktiven skall prövningsinstansen undanröja (åsidosätta) ett olagligt beslut medan domstolen enligt LOU även skall besluta vilka åtgärder den upphandlande enheten skall vidta.

Enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU har domstolen möjlighet att omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (interimistiskt beslut). Domstolen kan avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om den bedömer att skadan eller olägenheten som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (skadeavvägning). Någon skyldighet att göra en skadeavvägning föreskrivs alltså inte.

Effekten av ett interimistiskt beslut är att något kontrakt inte får skrivas under. Om det interimistiska beslutet senare upphävs –

---

<sup>16</sup> Enligt den klassiska lagen är även upphandling inom försvarsområdet av varor och tjänster för annat än civil användning undantagen, 18 kap. 1 § fjärde stycket 1 den klassiska lagen.

<sup>17</sup> I en artikel konstateras ”att en domstol måste bestämma sig för när den skall pröva leverantörens skaderisk. Skall en förvaltningsdomstol pröva om sökanden är behörig att klaga då han förefaller riskera att lida skada eller skall domstolen efter en sakprövning av den upphandlande enhetens brott mot LOU på nytt pröva om en leverantör till följd av felet kan lida skada. [...] Domstolspraxis synes i stor utsträckning lägga bevisbördan för skadan på sökanden eller kändanden. Förvaltningsdomstolarna har sålunda i flera fall funnit att det sökande bolaget inte lidit skada samtidigt som de konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot en eller flera väsentliga bestämmelser i LOU.”, Michael Slavicek, Upphandlingens olika ansikten, ERT 2002 s. 31.

antingen av den domstol som fattat det interimistiska beslutet eller av högre instans efter överklagande – börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Det betyder att den leverantör som ansökt om överprövning har möjlighet att överklaga upphävandet av det interimistiska beslutet inom denna tid. Men det betyder också att möjligheten att begära överprövning på nytt står öppen för alla andra leverantörer. Talerätten är alltså inte begränsad till den leverantör som ursprungligen begärde överprövning.<sup>18</sup>

### 9.4.3 Problem med dagens regler

Som förutsågs i samband med tiodagarsregelns införande har antalet processer på upphandlingsområdet ökat sedan regelns tillkomst. Under år 2000 kom 108 mål om överprövning in till länsrätterna. Motsvarande siffra för år 2004 är 1 124. Antalet inkomna mål år 2005 är 1 280.<sup>19</sup>

Processbenägenheten torde delvis vara en följd av den komplicerade och detaljrika materiella lagstiftningen på området. Men också utformningen av systemet för överprövning spelar in.<sup>20</sup>

Ett beslut i ett sent skede av en upphandling som innebär att upphandlingen måste göras om medför regelmässigt större kostnader för den upphandlande enheten och för de konkurrerande leverantörerna än en rättelse av en felaktighet under en pågående upphandling. För konkurrenterna kan de kostnader de lagt ned på att utforma sina anbud bli onödiga när hela förfarandet senare måste göras om.

Tiodagarsregeln ger i många fall domstolen alltför litet tid att genomföra en överprövning. För att skaffa sig tid fattar domstolen därför ofta ett interimistiskt beslut. Detta har godtagits av Regeringsrätten (jfr RÅ 2003 ref. 64). Bruket av interimistiska beslut i kombination med den förnyade möjligheten att begära överpröv-

---

<sup>18</sup>Se även avsnitt 9.6.2.

<sup>19</sup> Uppgifterna kommer från NOU och bygger på Domstolsverkets statistik. Enligt Domstolsverkets statistik för år 2004 kom totalt 104 526 mål in till länsrätterna. Av dessa utgör alltså målen om överprövning enligt LOU endast drygt en procent.

<sup>20</sup> Ett exempel kan belysa. En leverantör anser att de tekniska specifikationerna är diskriminerande. Han väntar med att begära överprövning till dess att tilldelningsbeslut fattats. Utformningen av specifikationerna kommer då att prövas i ett sent skede trots att specifikationerna framgår redan av annonsen om upphandlingen. Finner domstolen att leverantören har fog för sin ståndpunkt skall upphandlingen göras om, dvs. ett nytt upphandlingsförfarande måste inledas. Om saken hade prövats tidigare, hade felet i stället kunnat åtgärdas genom t.ex. en rättelse av förfrågningsunderlaget.

ning, som ett upphävande av sådana beslut innebär, leder till utdragna överprövningsprocesser.

Risken för en utdragen överprövningsprocess kan göra att de upphandlande enheterna kräver att anbudet skall vara bindande för leverantörerna under lång tid, ibland över ett år. Så långa bindningstider är sällan rimliga. För leverantörerna innebär det olägenheter att sväva i ovisshet om upphandlingen blir av för deras del. Det är då inte förvånande om de kompenserar sig genom att begära ett högre pris. Högre priser innebär ökade kostnader för de upphandlande enheterna.

Svårigheter av nu nämnt slag lyfts fram i de inledningsvis nämnda skrivelserna från Ekonomistyrningsverket, NOU och Statskontoret. Samtliga föreslår att en preklusionsfrist skall införas för att möjliggöra rättelse på ett tidigt stadium av upphandlingsförfarandet. Problemen berörs även i remissyttranden över utredningens delbetänkande.

## **9.5 Frågan om en preklusionsfrist skall införas i lagarna om upphandling**

### **9.5.1 EG-domstolens praxis**

EG-domstolen tog i målet *Universale-Bau m.fl.* ställning till om första rättsmedelsdirektivet hindrade en nationell preklusionsfrist om två veckor.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att rättsmedelsdirektivet inte innehåller några bestämmelser som särskilt hänför sig till "fristerna" för den prövning som direktivet avser att införa och att "[d]essa frister" således "skall" fastställas av medlemsstaterna (punkt 71).

Senare i domskälen noterade domstolen att ändamålet med rättsmedelsdirektivet är att säkra att de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Det är av det skälet som medlemsstaterna åläggs att införa prövningsförfaranden som innebär att rättsstridiga beslut prövas snabbt och effektivt (punkt 74). Domstolen fortsatte på följande sätt.

75. Ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 skulle emellertid äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myn-

digheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna.

Domstolen ansåg det i princip förenligt med den effektivitetsprincip som följde av direktivet att fastställa skäligen tidsfrister för att väcka talan vid äventyr av preklusion (punkt 76). Domstolen anförde vidare.

78. Det finns ... inget tvivel om att sådana sanktionsåtgärder som preklusion kan säkerställa att upphandlande myndigheters rättsstridiga beslut påtalas och korrigeras så snart de berörda får kännedom om dem [...].

Uttalandena skulle kunna läsas som att EG-domstolen anser att medlemsstaterna är skyldiga att införa någon form av preklusionsfrist. En sådan tolkning förefaller dock alltför långtgående (frågan i målet var om rättsmedelsdirektivet hindrade en nationell preklusionsfrist och inte om direktivet krävde att en sådan frist skulle införas).<sup>21</sup>

Intresset av en effektiv och skyndsam överprövning har framhållits också i senare domar. I domen i målet *Santex* godtog EG-domstolen, med hänvisning till sina tidigare uttalanden i domen i målet *Universale-Bau* m.fl., en nationell preklusionsfrist om 60 dagar som skäligen (punkt 54). Den i *Santex* aktuella fristen löpte från dagen för delgivning av beslutet eller från det att leverantören fått fullständig kännedom om beslutet. I praktiken innebar fristen i sig därför inte att det blev omöjligt eller orimligt svårt för den enskilde att hävda sina rättigheter enligt gemenskapsrätten, vilket var en förutsättning för att fristen skulle godtas (punkt 55).<sup>22</sup>

I målet *Grossmann* var fråga om en leverantör som inte hade lämnat anbud. Leverantören ansåg att specifikationerna var anpassade till det företag som senare tilldelades kontraktet. Leverantören begärde emellertid inte prövning av specifikationerna utan väntade till efter det att tilldelningsbeslut hade fattats och ansökte då om prövning av det beslutet. Den nationella domstolen ogillade<sup>23</sup> ansökningen med hänvisning till att leverantören inte hade något intresse av att tilldelas kontraktet. EG-domstolen ansåg

<sup>21</sup> Henrik Leffler, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?* ERT 2005 s. 80.

<sup>22</sup> En nationell processuell regel kan emellertid inte betraktas isolerat utan måste bedömas även med hänsyn till hur den fungerar i det enskilda nationella förfarandet (punkt 56 i *Santex*).

<sup>23</sup> I den svenska språkversionen av domen står "ogillade" (punkt 16) medan i den danska versionen talas om "afviste", vilket tycks mer korrekt.

inte att detta stred mot artikel 1.3 och 2.1 b i första rättsmedelsdirektivet. Domstolen uttalade bl.a. följande.

37. Det skall konstateras att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiv 89/665 inte är uppfyllda när en person inte ansöker om prövning av den upphandlande myndighetens beslut att fastställa specifikationerna för upphandlingsförfarandet trots att han anser att specifikationerna är diskriminerande för honom, eftersom de hindrar honom från att avge ett godtagbart anbud i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet, utan i stället inväntar delgivningen av beslutet att tilldela upphandlingsavtalet innan han ansöker om att den behöriga myndigheten skall pröva detta beslut med motiveringen att specifikationerna är diskriminerande för honom.

38. Ett sådant förfarings sätt kan vara till skada för tillämpningen av gemenskapsdirektiven om förfarandet vid offentlig upphandling, eftersom det utan objektiva skäl kan försena inledningen av de prövningsförfaranden som ålagts medlemsstaterna genom direktiv 89/665.

### 9.5.2 Överväganden

**Utredningens förslag:** Nackdelarna med en preklusionsfrist väger något tyngre än fördelarna. Något förslag om att en sådan frist skall införas lämnas därför inte men utredningen har utformat ett förslag till lagreglering av en frist.

Det är uppenbart att det finns fördelar med en preklusionsfrist. Leverantören får en press på sig att agera snabbt för att få en viss fråga prövad.<sup>24</sup> Det kan förmodas vara lättare att rätta till ett fel om det uppmärksammas på ett tidigt stadium av upphandlingen. Detta är sådana omständigheter som EG-domstolen ansett bidra till den skyndsamma och effektiva prövning som rättsmedelsdirektiven syftar till att åstadkomma. Vidare torde en preklusionsfrist underlätta domstolens prövning av tilldelningsbeslutet eftersom domstolen inte behöver befatta sig med invändningar som avser tidigare led i förfarandet. Domstolens behov av att tillgripa interimistiskt beslut för att skaffa sig tid att genomföra överprövningen bör därmed minska.

<sup>24</sup> En jämförelse kan göras med t.ex. reglerna om jävsinvändning i 4 kap. 14 § rättegångsbalken som innebär att en sådan invändning måste göras så snart en part får kännedom om den omständighet som enligt hans uppfattning grundar jäv. Om parten underlåter det, förlorar han sin rätt att göra gällande jäv.



Det finns också nackdelar. Om en prövning sker redan före anbudstidens utgång kan den upphandlande enheten dra sig för att gå vidare med upphandlingen. Med en preklusionsfrist kan det också förekomma att domstolarna prövar olika beslut som den upphandlande enheten fattat på ett tidigt stadium av upphandlingen. Mer eller mindre parallella processer i olika instanser leder erfarenhetsmässigt till problem (alternativet att senare fattade beslut överprövas först sedan tidigare fattade beslut vunnit laga kraft torde göra den sammanlagda processtiden alltför utdragen). Om en felaktighet inte har åberopats i rätt tid, skall domstolen när den genomför en överprövning bortse från felaktigheten och inte ex officio lägga den till grund för sin bedömning. Bristfälliga förfaranden kan alltså fortgå utan möjligheter till korrigerande, vilket inte bidrar till en korrekt tillämpning av de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna.

Även vissa leverantörsaspekter kan anläggas. Det är inte otänkbart att en leverantör – framför allt kanske ett mindre företag – som anser sig ha en rimlig chans att få kontraktet avstår från att begära överprövning på ett så tidigt stadium som en preklusionsfrist kräver av rädsla för att framstå som ”besvärlig” inför sin potentiella avtalspart (den upphandlande enheten). En preklusionsfrist riskerar då att inte få den avsedda effekten, dvs. att tidiga överträdelser överprövas så snart som möjligt. Med den nu angivna utgångspunkten skulle en preklusionsfrist rentav kunna tänkas leda till att färre överträdelser kom under prövning jämfört med om fristen inte hade funnits. Detta skulle givetvis strida mot det övergripande syftet med rättsmedelsdirektiven.

Ett ytterligare argument mot en preklusionsfrist kan vara att en sådan frist i vissa fall kanske tvingar fram ansökningar om överprövning från leverantörer som inte, i en framtida skadeståndprocess, vill drabbas av motpartens invändning att leverantören inte sökt begränsa sin skada genom att begära överprövning.

En preklusionsfrist väcker även vissa sekretessfrågor. För uppgift som rör anbud eller anbudsansökningar gäller absolut sekretess till dess att samtliga anbud offentliggjorts eller tilldelningsbeslut fattats eller upphandlingen avbrutits (6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen).<sup>25</sup> Därefter gäller inte längre den absoluta sekre-

---

<sup>25</sup> Bestämmelser om handlingsoffentlighet och sekretess är tillämpliga hos upphandlande enheter som är myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting samt hos vissa statliga och kommunala bolag. Bestämmelserna gäller vidare hos institutioner som anges i en bilaga till sekretesslagen med avseende på viss verksamhet och hos statliga bolag

tessen utan uppgifterna är offentliga, förutsatt att någon annan sekretessbestämmelse (t.ex. 8 kap. 10 § sekretesslagen) inte är tillämplig. Det kan inte uteslutas att EG-domstolens generösa tolkning av begreppet beslut i rättsmedelsdirektiven innebär att uppgifter som träffas av den absoluta sekretessen skulle kunna utgöra beslut i EG-rättslig mening.

Vid en sammantagen bedömning väger, enligt utredningens uppfattning, nackdelarna med en preklusionsfrist något tyngre än de fördelar som en sådan frist kan anses ha. Utredningen avstår därför från att föreslå att en preklusionsfrist skall införas.

### 9.5.3 Ett alternativt förslag

Om regeringen bedömer att en preklusionsfrist bör införas, lämnas följande förslag till lagtext. Förslaget är utformat som en författningsskomentar och utgår från 18 kap. 1 § den klassiska lagen enligt förslaget i delbetänkandet.

1 § En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf (*ansökan om överprövning*).

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid *tilldelning av kontrakt genom ett annat upphandlingsförfarande* får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att *två veckor* gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar enligt 11 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

*Vid offentlig upphandling genom ett öppet eller selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, ett förenklat förfarande med föregående annonsering eller ett urvalsförfarande skall en ansökan om överprövning som avser beslut som den upphandlande myndigheten fattat före utgången av tiden för mottagande av anbud eller anbudsansökningar ha kommit in senast inom två veckor därefter. Vid domstolens prövning får inte beaktas andra omständigheter än sådana som leverantören har hänvisat till före utgången av tiden för att ansöka*

---

som räknas upp i förordningen (1994:1495) om överlämnande av allmänna handlingar till andra organ än myndigheter för förvaring (t.ex. Vattenfall AB och Telia AB).

*om överprövning. Om det finns synnerliga skäl, får även en ansökan som kommit in efter denna tid prövas.*

Vad som sägs i tredje stycket andra meningen och fjärde stycket gäller inte i fråga om offentlig upphandling som

1. avses i 3 kap. 2 § om regeringen föreskrivit om undantag från *bestämmelserna* eller om regeringen eller den upphandlande myndighet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från *bestämmelserna* i ett enskilt fall, eller

2. det är absolut nödvändigt att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

*Kommentar:* Uttrycket ansökan om överprövning i första stycket föreslås av tydlighets skull. Uttrycket återkommer i andra stycket.

Den nuvarande tiodagarsregeln i tredje stycket föreslås ersatt av en tvåveckorsregel i syfte att ge domstolen något längre tid för att genomföra en överprövning och för att tiden skall harmoniera med den preklusionsfrist som föreslås. I övrigt har tvåveckorsregeln samma konstruktion som tiodagarsregeln. Det är alltså alltjämt fråga om en prövningsfrist riktad till domstolen. Därutöver görs en redaktionell ändring.

Den nya regeln i fjärde stycket första meningen är riktad till leverantörerna och konstruerad som en ansökningsfrist. Den skall tillämpas på beslut som en upphandlande myndighet fattat före utgången av anbudstiden eller tiden för mottagande av anbudsansökningar. Regeln innebär att en leverantör som vill få ett tidigt beslut överprövat måste ansöka om överprövning inom den föreskrivna tiden.

Regeln i andra meningen innebär att leverantören inom den tid som anges i första meningen måste åberopa alla de omständigheter som han vill lägga till grund för sin ansökan. Om leverantören försummar det, avskärs han från möjligheten att åberopa omständigheterna; omständigheterna är prekluderade.<sup>26</sup>

Uttrycket "beslut som den upphandlande myndigheten fattat" skall ges den vida tolkning som framgår av bl.a. EG-domstolens dom i målet *Stadt Halle*. Som tidigare sagts innebär EG-domstolens praxis att beslut att avbryta en upphandling är ett beslut som kan överprövas. Regeringsrätten har i en dom den 23 december 2005

<sup>26</sup> Ett exempel kan illustrera. Leverantör A anser att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget är diskriminerande för honom. A väntar med att ansöka om överprövning till dess att den upphandlande myndigheten meddelat att leverantör B fått kontraktet. Om preklusionsfristen har löpt ut, kan A inte till grund för att tilldelningsbeslutet är olagligt åberopa att specifikationerna är diskriminerande.

(mål nr 5270-04) funnit att beslut av sådant slag kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol. Även tidiga avbrytandebeslut omfattas alltså av preklusionsfristen.

Preklusionsfristen bör bestämmas med hjälp av en tidpunkt som är enkel att fastställa. Eftersom en upphandlande enhets beslut kan angripas av alla leverantörer (och inte endast av en enstaka person som är fallet i fråga om t.ex. taxeringsbeslut) är det angeläget att domstolen kan utgå från att alla leverantörer känner till när fristen löper ut.

Vid öppet förfarande skall tiden för att lämna anbud (anbudstiden) framgå av annonsen. Detsamma gäller vid förenklat förfarande med föregående annonsering. Vid selektivt samt förhandlat förfarande med föregående annonsering skall tiden för att lämna anbudsansökningar (ansökningstiden) framgå av annonsen. Detsamma gäller vid urvalsförfarande. En annons måste antas komma till alla leverantörers kännedom. Mot den angivna bakgrunden föreslås att preklusionsfristen bestäms med hjälp av anbudstiden vid öppet förfarande och förenklat förfarande med föregående annonsering och med hjälp av ansökningstiden vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och urvalsförfarande.

Övriga förfaranden (förhandlad upphandling utan föregående annonsering, förenklat förfarande utan föregående annonsering samt direktupphandlingsförfarande) torde kunna lämnas utanför preklusionsfristens tillämpningsområde. Alternativet att bestämma fristen med hjälp av den tidpunkt då en enskild leverantör får kännedom om de omständigheter som han vill angripa innebär att mer eller mindre individuella frister löper för de enskilda leverantörerna. Ett sådant system riskerar att leda till bristande förutsebarhet för upphandlande enheter och leverantörer och att bli svårhanterligt för domstolarna.

Preklusionsfristen kan naturligtvis konstrueras så att den löper ut samtidigt med anbuds- eller ansökningstiden. Om den upphandlande enheten fattar ett beslut strax innan tiden går ut, blir emellertid tiden för att begära överprövning knapp. Därför bör preklusionsfristen löpa ut viss tid efter utgången av anbuds- eller ansökningstiden.

Tvåveckorsregeln i tredje stycket (motsvarigheten till den nuvarande tiodagarsregeln) avser primärt beslut som fattats under det senare skedet av ett upphandlingsförfarande (dvs. efter utgången av anbuds- eller ansökningstiden). Regeln gäller även i princip för

prövningen av beslut som omfattas av preklusionsfristen. Detta kan ses som en svaghet i systemet. Avsikten är dock att domstolen skall ha tid att behandla alla ansökningar som kommit in under preklusionstiden.<sup>27</sup> Det får dock förutsättas att handläggningen sker med skyndsamhet.

Regeln i *tredje meningen* är avsedd som en "ventil" för sådana situationer där effekterna av den upphandlande enhetens agerande inte visar sig förrän efter utgången av preklusionstiden. En sådan ventil torde krävas för att preklusionsfristen inte skall anses göra det omöjligt eller orimligt svårt för en enskild leverantör att göra gällande de rättigheter som EG-rätten ger honom.

Möjligheten att besluta om undantag med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen m.m. utsträcks i *femte stycket* till att omfatta även tillämpningen av preklusionsregeln.

## 9.6 Interimistiskt beslut

### 9.6.1 Trängselskattedomen (RÅ 2005 ref. 17)

Omständigheterna var i korthet följande. Efter att Vägverket fattat ett tilldelningsbeslut ansökte en konkurrerande leverantör om överprövning. Länsrätten meddelade ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte fick avslutas. När länsrätten senare dömde i målet beslutades att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten upphävde samtidigt sitt interimistiska beslut. Vägverket överklagade länsrättens dom. Hos kammarrätten anförde verket att ett upphandlingskontrakt numera förelåg. Kammarrätten, vars majori-

---

<sup>27</sup> Några exempel kan illustrera tillämpningen av preklusionsregeln. – 1. Anbudstiden vid ett öppet förfarande går ut den 31 januari. Leverantör A ansöker den 5 februari om överprövning med hänvisning till att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget är diskriminerande. Den 10 februari fattas tilldelningsbeslut och anbudsgivarna underrättas samma dag. Den 12 februari ansöker leverantör B om överprövning av tilldelningsbeslutet och åberopar samma omständigheter som A. Domstolen måste ta ställning till om specifikationerna är diskriminerande för såväl A som B. I båda fallen måste domstolen genomföra överprövning före utgången av tvåveckorsfristen, dvs. senast den 24 februari (domstolen kan givetvis skaffa sig mer tid genom att fatta ett interimistiskt beslut). I detta exempel har tilldelningsbeslut fattats före utgången av preklusionsfristen. Hade tilldelningsbeslutet fattats därefter, dvs. efter den 14 februari, hade det blivit för sent för B att i en ansökan om överprövning av detta beslut åberopa att specifikationerna är diskriminerande. 2. Ansökningstiden vid ett selektivt förfarande går ut den 31 januari. Leverantör A ansöker om överprövning den 7 februari och åberopar att urvalskriterierna är diskriminerande. Leverantör B väntar med att begära överprövning till dess att det står klart att han inte bjudits in att lämna anbud. Om detta sker efter preklusionsfristens utgång, dvs. efter den 14 februari, kan B inte till grund för sin begäran om överprövning av beslutet att inte bjuda in honom att lämna anbud åberopa att urvalskriterierna är diskriminerande.

tet ansåg att en tiodagarsfrist hade börjat löpa i och med att länsrätten upphävde sitt interimistiska beslut, fann att upphandlingen hade avslutats och avskrev målet.<sup>28</sup> Regeringsrätten undanröjde kammarrättens avskrivningsbeslut och visade målet åter till kammarrätten för prövning i sak.

Av Regeringsrättens dom framgår att ett interimistiskt beslut med stöd av LOU är ett sätt för domstolen att skaffa sig tid att över huvud taget kunna genomföra en överprövning.<sup>29</sup> Ett interimistiskt beslut enligt LOU skiljer sig därigenom från ett beslut om inhibition eller motsvarande med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) som normalt föregås av en viss sannolikhetsbedömning av den slutliga utgången i målet. En dom som innebär att upphandlingen skall göras om innefattar ett förbud mot att fortsätta upphandlingen. En sådan dom ersätter i alla delar det preliminära ställningstagande med motsvarande innebörd som ett interimistiskt beslut utgör. Den behöver därför inte kombineras med ett särskilt upphävande av ett sådant beslut och innebär inte att någon ny tiodagarsfrist börjar löpa. Vidare gäller en sådan dom omedelbart (om inte något annat förordnas eller överklagandinstansen förordnar om inhibition).<sup>30</sup> Att ett avtal föreligger hindrar inte en redan inledd överprövningsprocess när avtalet ingåtts trots att ett förbud mot att avsluta upphandlingen gäller (antingen i följd av ett interimistiskt beslut eller domstols dom).

---

<sup>28</sup> Tilldelningsbeslut fattades den 9 juli 2004. Länsrätten meddelade interimistiskt beslut den 16 juli och upphävde beslutet samt meddelade dom den 13 augusti. Domen överklagades hos kammarrätten den 17 augusti. I en skrivelse den 24 augusti yrkade Vägverket att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom och skriva av målet. Vägverket hänvisade till att ett bindande kontrakt förelåg eftersom numera tio dagar hade gått sedan länsrätten upphävde sitt interimistiska beslut. Verket anförde även att länsrättens dom inte hade vunnit laga kraft och att upphävandet av det interimistiska beslutet gällde omedelbart. Det i målet aktuella avtalet innehöll följande villkor. "Detta kontrakt träder i kraft vid den tidpunkt då upphandlingen får avslutas enligt LOU. Om avtalet inte trätt i kraft senast den 1 september 2004 eller den senare tidpunkt som parterna kommer överens om förfaller avtalet.". Villkoret hade förlängts till den 7 september. Verket angav hos kammarrätten att förlängningen inte var en bekräftelse på att ett avtal inte förelåg, utan var en säkerhetsåtgärd för det fall kammarrätten inte skulle anse att upphandlingen fick avslutas den 24 augusti. Kammarrätten meddelade beslut den 9 september 2004.

<sup>29</sup> RÅ 2003 ref. 64.

<sup>30</sup> Eftersom en "förbudsdom" endast går den upphandlande enheten emot är det endast enheten som har rätt att överklaga domen (en leverantör som vunnit upphandlingen har inte ansetts taleberättigad, RÅ 2002 ref. 5). Om förbudet mot att avsluta upphandlingen skulle gälla först sedan domen vunnit laga kraft, skulle den upphandlande enheten dessförinnan kunna skriva kontrakt.

Utredningen konstaterar följande.

En dom som innebär att en pågående upphandling skall göras om inbegriper naturligtvis ett förbud mot att avsluta upphandlingen. Av 7 kap. 2 § andra stycket LOU (18 kap. 2 § andra stycket den klassiska lagen och 20 kap. 2 § andra stycket försörjningslagen) framgår att ett interimistiskt beslut gäller ”innan något annat har beslutats”. Av lagtexten följer att ett senare beslut, t.ex. en dom, ersätter ett tidigare fattat interimistiskt beslut. Om det senare beslutet inte gäller omedelbart, gäller det tidigare interimistiska beslutet till dess att det senare beslutet har vunnit laga kraft. En förbudsdom av det slag som länsrätten meddelade i trängselskattemålet måste, som Regeringsrätten konstaterat, för att vara meningsfull anses gälla omedelbart. Eftersom det inte är fråga om upphävande av ett interimistiskt beslut utlöser domen inte någon ny tiodagarsfrist. Den omständigheten att ett avtal sluts trots att ett interimistiskt förbud mot att avsluta upphandlingen gäller berördes i förarbetena till tiodagarsregeln (prop. 2001/02:142 s. 77).

Frågan är om ett upphandlingskontrakt som ingås i strid mot ett interimistiskt beslut avslutar upphandlingen i den mening som avses i 7 kap. LOU. – Ett interimistiskt beslut innebär i detta sammanhang att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (jfr 7 kap. 2 § andra stycket LOU). Om länsrätten fattat ett interimistiskt beslut kan en upphandlande enhet således inte avsluta upphandlingen. Det har inte någon betydelse att tio dagar gått från det att upplysningarna om tilldelningsbeslutet lämnades.

Motsvarande synsätt kan givetvis tillämpas beträffande ett avtal som skrivs under i strid med en dom som innebär att upphandlingen skall göras om.

### 9.6.2 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** De klarlägganden som Regeringsrätten gjort i trängselskattedomen medför att några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut inte är nödvändiga.

Det är inte rimligt att upphävandet av ett interimistiskt beslut som fattats av förvaltningsdomstol i ett mål som anhängiggjorts av en viss leverantör medför att andra leverantörer kan göra egna ansökningar som kan prövas av förvaltningsdomstol inom tio dagar efter upphävandet av det interimistiska beslutet. Den möjligheten slopas. Vidare skall någon ny tiodagarsfrist inte börja löpa när Regeringsrätten upphävt ett interimistiskt beslut.

Med hänsyn till det ovan anförda bör de klarlägganden som Regeringsrätten gjort i trängselskattedomen medföra att några ändringar av bestämmelserna om överprövning och interimistiskt beslut inte är nödvändiga.

Som framgått är ett problem med tiodagarsregelns nuvarande utformning att en ny tiodagarsfrist börjar löpa när ett interimistiskt beslut upphävs.

Huvudregeln i 7 kap. 1 § andra och tredje styckena LOU (18 kap. 1 § andra och tredje styckena den klassiska lagen och 20 kap. 1 § andra och tredje styckena försörjningslagen) innebär att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts (direktupphandling) eller då ett upphandlingskontrakt föreligger (annan upphandling än direktupphandling).

Bestämmelserna avviker från vad som normalt gäller i förvaltningsärenden. Vissa förvaltningsbeslut får verkställas omedelbart, dvs. innan de har vunnit laga kraft, medan andra får verkställas först när de vunnit laga kraft. Den vanliga tiden för överklagande av förvaltningsbeslut är för en enskild klagande tre veckor från den dag klaganden fick del av beslutet.<sup>31</sup> Det anges inte heller i LOU att en leverantör kan överklaga upphandlingsbeslut; i stället kan, enligt första stycket i de nämnda paragraferna, en leverantör ”i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om [vissa] åtgärder”.

---

<sup>31</sup>6 a § förvaltningsprocesslagen(1971:291).



Skillnaden i förhållande till vanliga förvaltningsärenden beror sannolikt på att beslut i upphandlingsärenden inte är myndighetsutövning utan avser myndigheters anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som behövs för myndigheternas verksamhet. Det är alltså fråga om kommersiella förhållanden mellan en myndighet och en leverantör.

I stället för en frist för att ansöka om åtgärder innebär bestämmelsen i 7 kap. 1 § tredje stycket 1 LOU (18 kap. 1 § tredje stycket 1 den klassiska lagen och 20 kap. 1 § tredje stycket 1 försörjningslagen) att en ansökan om åtgärder alltid får prövas av förvaltningsdomstol till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet. Detta gäller alltså även om ett upphandlingskontrakt föreligger. Ansökningen får prövas även efter utgången av tiodagarsdagarsfristen så länge ett upphandlingskontrakt inte föreligger. Om förvaltningsdomstolen inte hinner pröva ansökningen inom fristen är den upphandlande enheten efter utgången av fristen oförhindrad att skriva under kontraktet med påföljd att domstolen inte längre kan pröva ansökningen.

Som redan framgått är skälet till att en tiodagarsfrist införts i LOU att det skall vara praktiskt möjligt att få till stånd en överprövning av tilldelningsbeslutet. I många fall saknar förvaltningsdomstolen möjlighet att göra en materiell prövning av en ansökan inom fristen. För att göra en prövning möjlig måste domstolen fatta ett interimistiskt beslut som innebär att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. När det interimistiska beslutet upphävs särskilt eller förlorar sin verkan genom att ansökningen prövas i sak, skulle något hinder inte längre föreligga att skriva under ett upphandlingskontrakt. För att göra en fortsatt prövning i högre instans möjlig har i 7 kap. 1 § tredje stycket 2 införts en bestämmelse som innebär att en ny tiodagarsdagarsfrist börjar löpa då det interimistiska beslutet upphävs. Följande uttalades i förarbetena när fristen infördes (prop. 2001/02:142 s. 77).

Först sedan en allmän förvaltningsdomstol upphävt det interimistiska beslutet kan enheten avsluta upphandlingen. För att leverantörerna skall ha en möjlighet att ta tillvara sin rätt att överklaga länsrättens avgörande bör en ny tidsfrist på tio dagar gälla. Den nya tidsfristen skall räknas från den dag då det interimistiska beslutet upphävdes.

Eftersom det inte finns någon i LOU angiven tid inom vilken en ansökan om åtgärder skall göras kan en sådan ansökan i princip

göras hur sent som helst. En ansökan kan prövas så länge en tiodagarsfrist löper, oavsett om den utgår från det att upplysningar om tilldelningsbeslut lämnades eller från upphävandet av ett interimistiskt beslut, och alltid fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Någon begränsning av rätten att utnyttja tiodagarsfristen efter det att ett interimistiskt beslut upphävts till den leverantör vars ansökan föranlett det interimistiska beslutet kan inte utläsas av bestämmelserna. Det är därför möjligt för varje berörd leverantör att ansöka om åtgärder inom tio dagar efter det att ett interimistiskt beslut upphävts trots att den ursprungliga tiodagarsfristen löpt ut.

Det är inte rimligt att upphävandet av ett interimistiskt beslut som fattats av förvaltningsdomstol i ett mål som anhängiggjorts av en viss leverantör medför att andra leverantörer kan göra egna ansökningar som kan prövas av förvaltningsdomstol inom tio dagar efter upphävandet av det interimistiska beslutet. Den möjligheten bör stå öppen endast för den leverantör som fört talan i målet.

Som framgått har medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektiven rätt att välja om de vill införa en möjlighet till skadeavvägning i samband med att interimistiska åtgärder övervägs. En sådan möjlighet finns enligt LOU (och har tills vidare behållits i utredningens förslag till upphandlingslagar). Någon ändring av innebörd att skadeavvägningen görs obligatorisk bör inte ske med hänsyn till det behov domstolarna många gånger har att skaffa sig tid att genomföra en överprövning. Möjligheten att fatta ett interimistiskt beslut bör dock inte utnyttjas slentrianmässigt.

Utredningen vill tillägga följande angående prövningen hos Regeringsrätten. Om Regeringsrätten interimistiskt beslutat att en upphandling inte får avslutas och senare upphäver det beslutet i samband med att domstolen beslutar att inte meddela prövningstillstånd, finns det inte något behov av att låta en ny tiodagarsfrist börja löpa. I och med Regeringsrättens avgörande är möjligheterna till överprövning uttömda.

Om Regeringsrätten i stället meddelar prövningstillstånd och i samband därmed fattar ett interimistiskt beslut blir effekterna av beslutet beroende av innehållet i Regeringsrättens efterföljande avgörande. Om avgörandet innebär att upphandlingen inte behöver rättas eller göras om förlorar det interimistiska beslutet sin verkan och något hinder mot att skriva under upphandlingskontraktet finns inte längre. Om avgörandet i stället innebär att upphandlingen skall rättas eller göras om utgör avgörandet i sig självt,

oberoende av det interimistiska beslutet, ett hinder mot att fullfölja upphandlingen genom att skriva under kontraktet.

Det kan förekomma att målet i Regeringsrätten avser enbart ett i lägre instans framställt yrkande om interimistiskt förordnande. Yrkandet kan ha bifallits eller avslagits. I det senare fallet får prövning av själva upphandlingen inte ske efter den tidpunkt då upphandlingskontrakt föreligger; dock får prövning alltid ske till dess tio dagar gått från den dag då upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnats. Har däremot ett interimistiskt beslut meddelats får upphandlingen tills vidare inte avslutas. Om Regeringsrätten inte meddelar prövningstillstånd kvarstår det interimistiska beslutet till dess den lägre instansen avgör själva upphandlingsmålet. Om Regeringsrätten meddelar prövningstillstånd gäller det interimistiska beslut som den lägre instansen meddelat. Regeringsrätten kan avgöra målet genom att låta det interimistiska beslutet gälla, vilket innebär att upphandlingen inte får avslutas eller upphäva det, vilket innebär att det inte längre finns något hinder mot att skriva under upphandlingskontraktet, förutsatt att tiodagarsfristen då gått ut.

Bestämmelserna i 18 kap. 1 § den klassiska lagen och 20 kap. 1 § försörjningslagen bör ändras i enlighet med det ovan anförda. Vidare bör, av redaktionella skäl, innehållet i respektive paragraf delas upp i två paragrafer.

## 9.7 Överprövning och ramavtal

### 9.7.1 Begreppet ramavtal i det klassiska direktivet

Beaktandesats 11 i det klassiska direktivet har följande lydelse (kursiveringar tillagda).

En gemenskapsdefinition av ramavtal bör fastställas, liksom särskilda regler för ramavtal som ingås för kontrakt som omfattas av detta direktiv. Enligt dessa regler får en upphandlande myndighet när den ingår ett ramavtal i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv om bland annat offentliggörande, tidsfrister och villkor för anbudsgivning, under ramavtalets löptid *ingå kontrakt* som grundas på sådana ramavtal antingen genom att tillämpa villkoren i ramavtalet eller, om inte samtliga villkor fastställts i förväg, genom att på nytt inbjuda parterna i ramavtalet att lämna anbud utan fastställda villkor. En ny inbjudan att lämna anbud bör genomföras enligt vissa regler som syftar till att garantera den nödvändiga flexibiliteten och iakttagandet av de allmänna principerna, bland annat principen om likabehandling. [...]

De engelska och franska språkversionerna har följande lydelse (kursiveringar tillagda).

A Community definition of framework agreements, together with specific rules on framework agreements concluded for contracts falling within the scope of this Directive, should be provided. Under these rules, when a contracting authority enters into a framework agreement in accordance with the provisions of this Directive relating, in particular, to advertising, time limits and conditions for the submission of tenders, it may *enter into contracts* based on such a framework agreement during its term of validity either by applying the terms set forth in the framework agreement or, if all terms have not been fixed in advance in the framework agreement, by reopening competition between the parties to the framework agreement in relation to those terms. The reopening of competition should comply with certain rules the aim of which is to guarantee the required flexibility and to guarantee respect for the general principles, in particular the principle of equal treatment. [...]

Il convient de prévoir une définition communautaire des accords-cadres ainsi que des règles spécifiques pour les accords-cadres passés pour des marchés tombant dans le champ d'application de la présente directive. Selon ces règles, lorsqu'un pouvoir adjudicateur conclut, conformément aux dispositions de la présente directive, un accord-cadre concernant notamment la publicité, les délais et les conditions de remise des offres, il peut *conclure* pendant la durée de cet accord-cadre *des marchés* basés sur cet accord-cadre soit en appliquant les termes fixés dans l'accord-cadre, soit, lorsque tous les termes n'ont pas été fixés à l'avance dans cet accord-cadre, après avoir remis en concurrence les partis à l'accord-cadre sur les termes non fixés. La remise en concurrence devrait répondre à certaines règles visant à garantir la flexibilité nécessaire et à garantir le respect des principes généraux, notamment le principe d'égalité de traitement. [...]

Den aviserade gemenskapsdefinitionen av ramavtal finns i artikel 1.5 i det klassiska direktivet. Ett ramavtal definieras som ett "avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet."<sup>32</sup>

<sup>32</sup> I den engelska språkversionen av artikel 1.5 definieras ramavtal som "an agreement between one or more contracting authorities and one or more economic operators, the purpose of which is to establish the terms governing contracts to be awarded during a given period, in particular with regard to price and, where appropriate, the quantity envisaged." I den franska lyder definitionen "un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées."

Definitionen av ramavtal i artikel 1.5 tyder visserligen närmast på att vad som avses är avtal som innehåller samtliga villkor för tilldelning av kontrakt som grundar sig på avtalet. De materiella bestämmelserna om ramavtal i artikel 32.3 och 32.4 avser dock uttryckligen både ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt och ramavtal som inte gör det. Det synes därför inte vara möjligt att begränsa betydelsen av begreppet ramavtal till de förstnämnda avtalen.

En jämförelse kan göras med begreppet upphandlingskontrakt. I artikel 1.2 a i det klassiska direktivet definieras "offentliga kontrakt" som "skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv". Definitionen i försörjningsdirektivet har motsvarande sakliga innebörd (artikel 1.2 a).

I den danska språkversionen av artikel 1.2 a i talas i direktivet om "gensidigt bebyrdande aftaler", i den engelska om "contracts for pecuniary interest", i den franska om "contrats à titre onéreux" och i den tyska om "entgeltliche Verträge". Ett upphandlingskontrakt är med andra ord ett ömsesidigt förpliktande avtal. Den upphandlande enheten förbinder sig i förhållande till sin medkontrahent (leverantören) att anskaffa en viss vara, tjänst eller byggtreprenad mot ett visst pris. Leverantören å sin sida förbinder sig att leverera en kontraktsenlig prestation. Definitionen av begreppet ramavtal innehåller inte något krav på att ett ramavtal skall vara ömsesidigt förpliktande i denna mening. Med hänsyn till definitionen av upphandlingskontrakt förefaller det mest sannolikt att ett ramavtal kan betraktas som ett upphandlingskontrakt endast om ramavtalet innebär att den upphandlande myndigheten förbundit sig att i en viss (minsta) utsträckning utnyttja ramavtalet och att leverantören eller, om ramavtalet träffats med mer än en leverantör, den leverantör som lämnat det bästa anbudet på ramavtalet åtagit sig viss bestämd leveransskyldighet. Denna situation kan jämföras med att avtal ingåtts om leverans av (minst) viss mängd produkter som skall levereras successivt efter avrop.

I enlighet med vad som nu anförts synes ramavtal kunna vara av tre slag, nämligen

- ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt i enlighet med ramavtalet och där den upphandlande myndigheten och leverantören är ömsesidigt förpliktade att beställa respektive att leverera och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt,
- ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt i enlighet med ramavtalet men som inte innebär någon ömsesidig förpliktelse att beställa respektive att leverera, och
- ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt i enlighet med ramavtalet.

### 9.7.2 Bestämmelserna om ramavtal i det klassiska direktivet

Artikel 32 innehåller materiella bestämmelser om ramavtal.

Inledningsvis anges att det överlämnas till medlemsstaterna att bestämma om direktivets bestämmelser om ramavtal skall genomföras i den nationella lagstiftningen (artikel 32.1). I utredningens delbetänkande föreslås att denna möjlighet skall utnyttjas (6 kap. den klassiska lagen).

Av artikel 32.2 första stycket framgår att en upphandlande myndighet skall följa direktivets förfaranderegler när den skall ingå ett ramavtal och valet av parter i ramavtalet skall ske på grundval av sedvanliga tilldelningskriterier, dvs. priset enbart eller det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Till de förfaranderegler som skall följas då en upphandlande myndighet avser att ingå ett ramavtal hör, som anges i beaktandesats 11, direktivets bestämmelser om offentliggörande, tidsfrister och villkor för anbudsgivning.

Artikel 32.2 andra stycket första meningen har följande lydelse i de svenska, engelska och franska språkversionerna (kursiveringar tillagda).

*Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4.*

*Contracts based on a framework agreement shall be awarded in accordance with the procedures laid down in paragraph 3 and 4.*

*Les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon les procédures prévues aux paragraphes 3 et 4.*

Av styckets andra mening framgår att förfarandena i punkterna 3 och 4 får tillämpas endast mellan de ursprungliga parterna i ramavtalet. Parterna får inte "väsentligen ändra" villkoren i ramavtalet när förfarandena tillämpas, "bland annat i det fall som avses i punkt 3" (artikel 32.2 tredje stycket). Ett ramavtal får i princip gälla högst fyra år (artikel 32.2 fjärde stycket). Den upphandlande myndigheten får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen, förhindras, begränsas eller snedvrids (artikel 32.2 femte stycket).

Förfarandet enligt punkten 3 skall tillämpas när ramavtal ingåtts med en enda leverantör. Förfarandet synes innebära att några nya villkor inte får tillkomma; i de engelska och franska språkversionerna talas om att kontrakt skall tilldelas "within the limits of the terms laid down in the framework agreement" respektive "dans les limites des termes fixés dans cet accord-cadre". Den upphandlande myndigheten får dock skriftligen "samråda" med leverantören och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud. Utredningen har i delbetänkandet konstaterat att bestämmelsen knappast medger att någon avvikelse sker från de villkor som ingår i ramavtalet och att det sannolikt kan vara fråga om att närmare ange vad t.ex. en konsulttjänst skall avse eller hur en sådan tjänst skall utföras (s. 275).

Förfarandet enligt punkten 4 skall tillämpas när ramavtal ingåtts med flera leverantörer. Två möjligheter finns. Den ena förutsätter att alla villkor är fastställda i ramavtalet och innebär att tilldelningen sker på grundval av de anbud som lämnats i samband med tilldelningen av ramavtalet (andra stycket första strecksatsen). Den andra möjligheten är aktuell när alla villkor inte är fastlagda i ramavtalet (villkoren måste dock framgå av förfrågningsunderlaget). I direktivet talas om dels villkor som, om det är nödvändigt, "skall preciseras", dels "andra villkor". Varje enskilt kontrakt tilldelas då på grundval av nya anbud; i Storbritannien talas om en "mini-competition" (andra stycket andra strecksatsen). Exempel på precisering av villkor i ramavtalet är prisreduktion vid inköp över en viss volym, uppgift om vilka konsulter som är tillgängliga vid ett visst givet tillfälle eller leveranstid vid en särskilt brådskande beställning. Exempel på ett villkor som inte framgår av ramavtalet är tidsåtgången för ett särskilt konsultuppdrag. Den upphandlande myndigheten skall bjuda in de leverantörer som är parter i ramavtalet eller, om avtalet avser olika slag av produkter, de leverantörer som tillhandahåller produkter av efterfrågat slag att lämna

anbud inom en viss tid och skriftligen samråda med de leverantörer som är i stånd att genomföra kontraktet. Kontraktet skall därefter tilldelas den leverantör som har lämnat "det bästa anbudet" på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

### 9.7.3 Ramavtal enligt försörjningsdirektivet

Definitionen av ramavtal i artikel 1.4 i direktivet är densamma som det klassiska direktivet. Någon motsvarighet till beaktandesats 11 i det klassiska direktivet finns inte i försörjningsdirektivet. Artikel 14 i försörjningsdirektivet innehåller materiella bestämmelser om ramavtal (kapitel 9 i försörjningslagen). Regleringen är mindre detaljerad än bestämmelserna i det klassiska direktivet. En upphandlande enhet får betrakta ett ramavtal som ett kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2, dvs. som ett upphandlingskontrakt, och tilldela det i enlighet med direktivets förfaranderegler (artikel 14.1). Om dessa regler tillämpats, får den upphandlande enheten tillämpa artikel 40.3 i när den "tilldelar kontrakt" på grundval av ramavtalet (artikel 14.2). En upphandlande enhet får inte använda ett ramavtal otillbörligt i syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen (artikel 14.4).

Enligt artikel 40.2 i direktivet får en upphandlande enhet välja något av de förfaranden som avses i artikel 1.9 a–c, förutsatt att upphandlingen har föregåtts av annonsering.<sup>33</sup> De förfaranden som avses är öppet, selektivt och förhandlat förfarande. Enligt artikel 40.3 får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering i vissa fall som räknas upp i punkterna a–l, däribland det fallet att tilldelningen sker på grundval av ett ramavtal som tilldelats enligt direktivets förfaranderegler (punkten i).

Försörjningsdirektivets definition av begreppet ramavtal motsvarar definitionen i det klassiska direktivet, dvs. den omfattar även ramavtal som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna och som alltså inte kan betraktas som upphandlingskontrakt. Denna uppfattning stöds av att regleringen i försörjningsdirektivet innebär att ett ramavtal får betraktas som ett upphandlingskontrakt och tilldelas i enlighet med direktivets förfaranderegler; en sådan reglering förefaller inte meningsfull om ett ramavtal definitionsmässigt skulle utgöra ett upphandlingskontrakt.

---

<sup>33</sup> Se delbetänkandet s. 462 angående den svenska språkversionen av artikel 40.2.



#### 9.7.4 Överväganden och förslag

**Utredningens förslag:** Med hänsyn till att möjligheten att använda ramavtal införs skall även förekomsten av ett sådant avtal, och av ett kontrakt som tilldelats på grundval av ett ramavtal och efter en förnyad konkurrensutsättning, skära av möjligheten till överprövning, givet att tiodagarsfristen löpt ut. Tilldelning av kontrakt på grundval av ett ramavtal utan en förnyad konkurrensutsättning skall inte kunna överprövas. Frågor om tilldelning av sådant slag gått rätt till kan förmodas primärt röra avtalsförhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören eller leverantörerna och får bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden.

Det kan först konstateras att medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektiven är skyldiga att se till att en upphandlande enhets beslut som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt och skyndsamt. Av artikel 81 i det klassiska direktivet och artikel 72 i försörjningsdirektivet följer att denna skyldighet gäller beslut vid förfaranden som omfattas av de nya direktiven. Beslut om att ingå ramavtal måste därför kunna överprövas. För en sådan överprövning talar även starka materiella skäl. För leverantörer är det ofta av stor betydelse att få delta som part i ett ramavtal både då det är fråga om ett ramavtal som kräver en förnyad konkurrensutsättning och, i än högre grad, då det gäller ramavtal som innehåller alla villkor för senare tilldelning av kontrakt. Detta måste gälla såväl inom den klassiska sektorn som inom försörjningssektorerna.

Enligt gällande bestämmelser i LOU upphör möjligheten till överprövning när ett upphandlingskontrakt föreligger och tiodagarsfristen löpt ut. Endast ett ramavtal som är ömsesidigt förpliktande för parterna på det sätt som angetts ovan torde bryta möjligheten till överprövning beträffande förfarandet för att tilldela ramavtalet. Andra ramavtal utgör inte upphandlingskontrakt och bryter inte möjligheten till överprövning. En sådan ordning är inte rationell och minskar förutsebarheten för avtalsparterna. Finns ett ramavtal bör därför, oberoende av om det är av det ena eller andra slaget, överprövning med avseende på förfarandet för att tilldela ramavtalet inte vara möjlig efter det att ett avtal föreligger och tiodagarsfristen löpt ut. Detta bör gälla såväl inom den klassiska sektorn som inom försörjningssektorerna.

Frågan om överprövning av beslut avseende de anskaffningar som sker på grundval av ett ramavtal behandlas i närmast följande avsnitt.

### **Anskaffningar på grundval av ett ramavtal som innehåller samtliga villkor**

Beträffande ramavtal med en leverantör och ramavtal som ingåtts med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor innebär det klassiska direktivet att någon förnyad konkurrensutsättning inte skall ske. Det som återstår är en tillämpning av villkoren i ramavtalet och, då avtalet ingåtts med endast en leverantör, ett sådant skriftligt samråd som talas om i artikel 32.3 andra stycket. I delbetänkandet har utredningen anfört bl.a. följande (s. 275).

De leverantörer som ingått avtalet har ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs med iakttagande av de principer som styr den offentliga upphandlingen, t.ex. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Även från mer allmänna utgångspunkter finns det ett intresse av att dessa principer iakttas vid tilldelningen av kontrakt. Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna. – Enligt utredningens mening krävs det, i det fall tilldelning av kontrakt görs utan att det i direktivet ställs upp krav på förnyad konkurrensutsättning, att en faktisk konkurrens mellan leverantörer utnyttjas så att beslut om tilldelning av kontrakt inte fattas godtyckligt. Det avgörande skall vara att den upphandlande myndigheten *i det enskilda fallet* måste välja den leverantör som lämnat det bästa anbudet. Detta resultat kan i vissa fall uppnås genom att någon form av rangordning sker eller genom utformningen av innehållet i ramavtalen.

I det klassiska direktivet talas om ”tilldelning av kontrakt” även när det är fråga om anskaffningar på grundval av ett ramavtal som innehåller samtliga villkor. I försörjningsdirektivet talas i artikel 14.2 allmänt om att den upphandlande enheten ”tilldelar kontrakt” på grundval av ett ramavtal. Enligt artikel 41.1 i det klassiska direktivet och artikel 49.1 i försörjningsdirektivet är den upphandlande myndigheten (enheten) skyldig att underrätta anbudssökande och anbudsgivare om ”tilldelningen av ett kontrakt” (11 kap. 9 § den klassiska lagen och 14 kap. 9 § försörjningslagen). De leverantörer som är parter i ett ramavtal av nu aktuellt slag är

inte anbudssökande. De är inte heller anbudsgivare eftersom den efterföljande "tilldelningen" skall ske utan någon förnyad inbjudan att lämna anbud. Följaktligen får en leverantör typiskt sett inte kännedom om en anskaffning från någon av medparterna i avtalet förrän efter det att anskaffningen gjorts. Som nyss konstaterats kan leverantören ha ett berättigat intresse av att få en viss anskaffning överprövad.

Av rättsfallet RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair-domen) framgår att ett avtal som en upphandlande enhet (i rättsfallet Nyköpings kommun) ingått utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU inte utgjort hinder för överprövning. Det aktuella avtalet gällde tjänster avseende annonsering som rätteligen skulle ha upphandlats enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU. Regeringsrätten replierade på punkt 41 i EG-domstolens dom i målet *Stadt Halle*<sup>34</sup> och uttalade följande.

Avtalet mellan Nyköpings kommun och Ryanair innefattar ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita Ryanair som leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU.

En tolkning kan vara att Regeringsrätten betraktat avtalet som ett ställningstagande från kommunens sida att inte tillämpa de upphandlingsregler som gäller inom det direktivstyrda området.

Enligt utredningens uppfattning skulle en anskaffning som görs i strid med villkoren i ett ramavtal kunna ses som ett ställningstagande att inte tillämpa villkoren i ramavtalet. I analogi med Ryanair-domen skulle anskaffningen inte bryta möjligheten till överprövning. En konsekvens av resonemanget är att överprövning blir möjlig utan tidsbegränsning.

En fråga är vad en överprövning av en sådan anskaffning skall utmynna i. Det kan inte bli fråga om att domstolen beslutar att "upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts" eftersom det inte är fråga om någon upphandling utan om en tillämpning av ramavtalets villkor. Med hänsyn därtill torde överprövningen endast kunna utmynna i ett konstaterande av att den upphandlande myndigheten använt ramavtalet på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindrats, begränsats eller snedvridits (6 kap. 5 § den klassiska lagen och 9 kap. 4 § försörjningslagen) och därigenom brutit mot en bestäm-

---

<sup>34</sup> Se avsnitt 9.3.2.

melse i lagen. Ett sådant konstaterande, som inte leder till några rättseffekter, förefaller inte meningsfullt.

Det ligger närmare till hands att sådana överväganden i stället görs inom ramen för en skadeståndstalan. En sådan talan kan dock förmodas primärt ha sin grund i avtalsförhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören (leverantörerna). Rätten till skadestånd i fall av nu aktuellt slag bör därför inte regleras i lagarna om upphandling utan bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden. Leverantörernas intresse av att ramavtalet tillämpas korrekt och det övergripande intresset av att konkurrensen inte påverkas på ett otillbörligt sätt får anses tillräckligt tillgodosett därigenom.

### **Anskaffningar på grundval av ramavtal som inte innehåller samtliga villkor**

Vad gäller anskaffningar som sker först efter en förnyad konkurrensutsättning måste beslut i samband med denna konkurrensutsättning – inklusive varje enskilt tilldelningsbeslut – kunna överprövas. Detta bör gälla såväl inom den klassiska sektorn som inom försörjningssektorerna.

Som nyss nämnts är enligt artikel 41.1 i det klassiska direktivet och artikel 49.1 i försörjningsdirektivet den upphandlande myndigheten (enheten) skyldig att underrätta anbudssökande och anbudsgivare om bl.a. de beslut som fattas om "tilldelningen av ett kontrakt". Formuleringarna i 11 kap. 9 § den klassiska lagen och 14 kap. 9 § försörjningslagen är likalydande. Uttrycket "tilldelningen av ett kontrakt" täcker tilldelning av ett kontrakt som sker vid en förnyad konkurrensutsättning.

### **Förslag**

Mot bakgrund av de överväganden som här gjorts föreslås vissa ändringar i 18 kap. 1 § tredje stycket den klassiska lagen och 20 kap. 1 § tredje stycket försörjningslagen.

## 9.8 Avslutande synpunkter

En fråga är om överprövningen i ett första skede skulle kunna göras hos de upphandlande enheterna.<sup>35</sup> Rättsmedelsdirektiven ger medlemsstaten rätt att kräva att leverantören meddelar den upphandlande enheten att han anser att en överträdelse skett och avser att begära överprövning.<sup>36</sup> Den upphandlande enheten skulle – även om den inte har en myndighetsfunktion – kunna åläggas att ompröva sina beslut. En fördel är att det då kommer finnas ett uttryckligt beslut som, om det går den missnöjde leverantören emot, kan bli föremål för överprövning hos förvaltningsdomstol. Om den upphandlande enheten däremot ändrar sitt beslut måste detta ske på ett sådant sätt att likabehandling och insyn garanteras. En möjlighet kan vidare vara att till en begäran om omprövning koppla ett automatiskt förbud under en kortare tid (t.ex. fem dagar) mot att avsluta upphandlingen.

Som tidigare nämnts har Regeringsrätten i en dom den 23 december 2005 funnit att beslut att avbryta en upphandling kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol. LOU (och de föreslagna upphandlingslagarna) innehåller inte några bestämmelser om avbrytande av en upphandling. Regeringsrätten konstaterar i sin dom att tiodagarsfristen inte tar sikte på en upphandling som avbryts. Av rättssäkerhetsskäl är det inte godtagbart att möjligheten att begära överprövning av ett sådant beslut är i princip obegränsad i tiden. Överprövningsreglerna bör därför snarast kompletteras med en regel som begränsar denna möjlighet till viss tid efter det att den upphandlande enheten underrättat leverantörerna om att upphandlingen avbrutits. Utredningen har i detta sena skede inte utrymme att överväga de övriga ändringar av upphandlingsreglerna som Regeringsrättens dom kan komma att aktualisera. En bestämmelse av nyss nämnt slag skulle kunna tas in som 1 b § i 18 kap. den klassiska lagen och i 20 kap. försörjningslagen och ges följande lydelse:

1 b § Om en upphandlande myndighet (i försörjningslagen enhet) har beslutat att inte tilldela ett kontrakt, ingå ett ramavtal eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem efter det att inbjudan att ansöka om att få lämna anbud eller att lämna anbud utgått får en begäran om överprövning av beslutet inte göras senare än tre veckor från den dag

<sup>35</sup> Inom skatteområdet och socialförsäkringsområdet kommer länsrätten in i bilden först sedan den första beslutsinstansen (Skatteverket eller Försäkringskassan) omprövat sitt beslut.

<sup>36</sup> Se avsnitt 9.3.1.

då underrättelse enligt 11 kap. 9 § (i försörjningslagen 14 kap. 9 §) skickats till anbudssökandena eller anbudsgivarna.

Till skillnad från de nuvarande reglerna i 7 kap. 1 § LOU (18 kap. 1 § den klassiska lagen och 20 kap. 1 § försörjningslagen) är regeln inte konstruerad som en prövningsfrist för domstolen utan som en ansökningsfrist för leverantörerna eftersom det i fall av nu aktuellt slag inte är fråga om att en viss tid bestämd tid måste förflyta innan en upphandling får avslutas.

Frågan om överprövning av beslut att avbryta en upphandling aktualiserar den mer principiella frågan om vad en överprövning skall utmyнна i. Som anförts tidigare förefaller dagens regler om överprövning gå längre än vad rättsmedelsdirektiven kräver genom att domstolen skall ange hur den upphandlande enheten skall agera (göra om upphandlingen eller rätta felet). Direktiven hindrar visserligen inte sådana regler; den närmare utformningen av prövningsförfarandet överlämnas ju till medlemsstaterna. Emellertid kan det, enligt utredningens mening, övervägas om inte domstolens prövning borde begränsas till ett konstaterande av huruvida det överprövade beslutet strider mot upphandlingslagstiftningen eller inte. Därmed skulle det tydligt framgå att det endast är den upphandlande enheten som, precis som vilken annan köpare som helst, bestämmer om en upphandling skall ske. Samtidigt kan överprövningen möjligen bli något enklare att genomföra för domstolen som inte behöver ta ställning till hur den upphandlande enheten skall förfara. För leverantören skulle en sådan ändring inte innebära någon rättsförlust eftersom det inte heller med dagens regler går att tvinga fram en upphandling.

I det fall överprövning begärs av ett beslut att avbryta en påbörjad upphandling är det än mer osäkert vad prövningen kan leda till. Det kan hävdas att en upphandlande enhet, som ju har en obestridd rätt att bestämma om ett upphandlingsförfarande skall inledas, bör ha en lika klar rätt att avgöra om en påbörjad upphandling skall avbrytas.

Det är å ena sidan så att det kan finnas godtagbara skäl att avbryta en upphandling, t.ex. på den grunden att oförutsedda händelser har inträffat som helt förändrar förutsättningarna för upphandlingen. I ett sådant fall kan naturligtvis den upphandlande enheten inte åläggas att genomföra upphandlingen. Det kan å andra sidan också tänkas att upphandlingen avbryts därför att en deltagare från en annan medlemsstat skulle behöva tilldelas kontrak-

tet, varefter den avbrutna upphandlingen ersätts av en direktupphandling från en inhemsk leverantör eller av egenproduktion. I det fallet att en direktupphandling genomförs kan denna naturligtvis vara otillåten eller felaktigt genomförd i vilket fall den kan angripas på samma sätt som andra sådana upphandlingar. Detta synes dock inte innebära att den upphandlande enheten kan tvingas att återuppta och genomföra den avbrutna upphandlingen. Detsamma gäller om upphandlingen ersätts av egenproduktion.

Vad som kan komma i fråga skulle möjligen vara att tillerkänna deltagande leverantörer skadestånd i vart fall för att de lagt ner kostnader på ansökningar eller anbud.

De nu gällande reglerna innebär att en ansökan om överprövning kan bifallas endast om den leverantör som begär överprövning har skadats eller riskerar att skadas av en överträdelse. Effekten blir att domstolen mycket väl kan konstatera att en överträdelse har skett men ändå avslå ansökningen eftersom leverantören inte skadats av överträdelsen. En bättre ordning kunde vara att låta frågan om skada eller risk för skada för en viss leverantör vara avgörande enbart för dennes talerätt. För bifall till en ansökan om överprövning skulle då endast behöva konstateras att en överträdelse skett (och inte därutöver att leverantören lidit eller kan komma att lida skada). Det övergripande syftet med rättsmedelsdirektiven, nämligen att slå vakt om en korrekt tillämpning av de EG-rättsliga upphandlingsreglerna, torde därigenom tillgodoses på ett mer systematiskt sätt. Däremot är det tänkbart att leverantörens möjlighet att begära skadestånd försvåras något eftersom han i en skadeståndsprocess inte skulle kunna åberopa förvaltningsdomstols bedömning att just han lidit skada.

Vidare skulle möjligheterna att värna om en korrekt tillämpning av upphandlingsreglerna stärkas om det fanns ett sätt att så långt det är möjligt säkra att samtliga felaktigheter under ett upphandlingsförfarande överprövades. I dagsläget kan domstolen, trots att leverantören åberopar att överträdelser av olika slag förekommit, finna att en upphandling redan med hänsyn till en viss överträdelse inte får fortsätta i sitt nuvarande skick. Ett sådant ställningstagande har emellertid inte stort värde om samtidigt andra, av domstolen inte bedömda, felaktigheter får passera. Det kan även vara så att leverantören, trots att flera felaktigheter förekommit, nöjer sig med att åberopa endast den felaktighet som närmast berör honom själv. Fullt möjligt (och naturligt) är också att leverantören över huvud taget inte uppmärksammar samtliga överträdelser. Domstolen kan

visserligen tänkas vara oförhindrad att lägga även en felaktighet som den själv upptäckt till grund för sin bedömning, förutsatt att parterna haft möjlighet att yttra sig över omständigheten i fråga. Ett sätt att i vart fall fästa domstolens uppmärksamhet på så många felaktigheter som möjligt kan vara att, i likhet med vad som gäller i mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen, införa en regel med den innebörden att endast de omständigheter som leverantören åberopat före utgången av domstolens prövningsfrist får beaktas vid överprövningen. En fördel med en sådan regel kan vara, för det fall att domstolen beslutar att en upphandling skall göras om, att omständigheter som inte åberopats vid överprövning av den ursprungliga upphandlingen inte kan göras gällande vid en eventuell överprövning av den nya upphandlingen.

Vilka åtgärder som det nu anförda bör föranleda kräver överväganden som utredningen varken haft mandat eller tid att göra. Några förslag lämnas därför inte i dessa delar.

En annan fråga som kunde vara förtjänt av närmare överväganden än de som utredningen kunnat göra är den om en mer radikal ändring av ordningen för överprövning av upphandlingsärenden. Enligt den nuvarande ordningen överprövas upphandlingsärenden av varje länsrätt, vars avgöranden kan överklagas hos kammarrätt och därifrån till Regeringsrätten. Med tanke på de omfattande, komplicerade och delvis svårtillämpade bestämmelser som gäller på området krävs stor kunskap och erfarenhet för att snabbt, effektivt och korrekt handlägga upphandlingsmål. Eftersom de nya upphandlingsbestämmelserna inte kommer att vara mindre omfattande, komplicerade och svårtillämpade än de nuvarande kan de inte förväntas leda till någon förbättring av möjligheterna att handlägga upphandlingsmål.

Genom att koncentrera handläggningen till ett fåtal länsrätter skulle dessa lättare kunna vinna den erfarenhet och kunskap som behövs för att avgöra målen snabbt, effektivt och korrekt. Samma effekter skulle i än högre grad uppnås om handläggningen koncentrerades ytterligare, t.ex. till en länsrätt eller till en särskild instans för överprövning, eventuellt med begränsad rätt till överklagande till högre instans. I jämförelse med dagens system, som bl.a. innebär att kammarrätt och Regeringsrätten tar upp upphandlingsmål till prövning endast efter att ha meddelat prövningstillstånd, skulle den sistnämnda ordningen kunna skapa gynnsammare förutsättningar för en enhetlig och stabil rättspraxis på upphandlingsområdet.



## 10 ILO:s konvention nr 94 och upphandlingsdirektiven

### 10.1 Uppdraget

Utredningen skall enligt tilläggsdirektiven utreda om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya upphandlingsdirektiven. ”Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part” (se bilaga 3) antogs av ILO:s allmänna konferens den 29 juni 1949. Samtidigt med konventionen antogs en rekommendation ”Rekommendation (nr 84) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part” (se bilaga 4). Sverige har inte ratificerat konventionen.

Syftet med utredningens uppdrag i denna del får, trots att uppdraget uttryckligen omfattar endast frågan om konventionen är förenlig med upphandlingsdirektiven, antas avse frågan om det finns några rättsliga hinder mot att Sverige ratificerar och tillämpar konventionen.

### 10.2 Allmän bakgrund m.m.

Konventionens syfte är att motverka social dumpning vid offentlig upphandling, dvs. att arbetsvillkor försämras till följd av konkurrens vid anbudsgivning. I konventionen föreskrivs att vissa arbetsvillkor (t.ex. lönevillkor) skall följa vad som gäller enligt nationella regler (bl.a. kollektivavtal). Konventionen kom till i ett speciellt historiskt sammanhang; ”it was the need for ’fair labour practices’ in funding the gigantic effort of rebuilding devastated countries and restructuring ruined economies at the end of the Second World War that led to the adoption of Convention No. 94”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> International labour standards, A global approach, 75<sup>th</sup> Anniversary of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendation (betecknas i det följande som *A global approach*), s. 282; angående ILO:s expertkommitté se avsnitt 10.3.3.

Dess huvudsakliga innehåll är följande.

Konventionen kräver att arbete som utförs enligt ett offentligt upphandlingskontrakt skall ske på de villkor som gäller där arbetet utförs (artikel 2 i konventionen). Lön och andra arbetsvillkor får inte vara mindre gynnsamma än vad som följer av representativa kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet. Konventionen hänvisar även till skiljedom och nationell lagstiftning. Om villkoren inte regleras på något av de angivna sätten, hänvisas till förekommande branschstandard. Det åligger den upphandlande myndigheten att se till att upphandlingskontraktet innehåller klausuler som tillförsäkrar berörda arbetstagare de arbetsvillkor som konventionen kräver. Vidare skall den upphandlande myndigheten, för det fall att tillämpliga regler ”om arbetarskydd och välfärdsåtgärder” saknas, vidta åtgärder för att tillförsäkra arbetstagarna ”rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden” (artikel 3 i konventionen).

Konventionen har ratificerats av 60 stater.<sup>2</sup> Av dessa är nio medlemmar i EU, nämligen (årtalen inom parentes avser ratifikationsår) Belgien (1952), Cypern (1960), Danmark (1955), Finland (1951), Frankrike (1951), Italien (1952), Nederländerna (1952), Spanien (1971) och Österrike (1951).<sup>3</sup> Ratifikationerna är alltså av gammalt datum och har skett under tid då resp. stat inte var medlem i EG/EU. Norge, som är part i EES-avtalet, ratificerade konventionen år 1996.

Frågan om en svensk ratifikation av konventionen aktualiserades första gången i samband med att konventionen och rekommendationen hade antagits och i enlighet med ILO:s procedurregler anmäldes för den svenska riksdagen. Det sakliga innehållet i konventionen och rekommendationen ansågs då sakna intresse för Sveriges del eftersom ”däri angivna villkor och bestämmelser i regel i vårt land reglerades genom kollektivavtal” (prop. 1950:188 s. 9).

---

<sup>2</sup> Uppgiften är hämtad från ILO:s hemsida ([www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

<sup>3</sup> Storbritannien ratificerade konventionen år 1950 men sade upp den år 1982 av följande skäl. ”As a general principle the United Kingdom Government believes that terms and conditions of employment are best settled by voluntary agreement between the parties concerned, without state intervention. Convention No. 94 requires ratifying governments to impose certain terms and conditions and ensure their effective enforcement. In the light of developments in economic conditions and in relationships between employers and employees since the United Kingdom Government ratified Convention No. 94 in 1950, the Government considers that its provisions are now inappropriate for the United Kingdom.” (ILO Official Bulletin, Vol. LXV, 1982, Series A, No. 3).

Därtill ansågs att vissa formella föreskrifter i konventionen tedde sig främmande för svenska förhållanden.<sup>4</sup>

Hösten 1993 aktualiserades frågan på nytt inom ramen för den svenska ILO-kommitténs<sup>5</sup> arbete; bakgrunden var bl.a. det svensk-danska samarbetet kring byggandet av Öresundsbron. Social dumpning befarades såväl inom den vida kretsen av ILO-medlemmar som inom den mindre gruppen EU-medlemmar. På uppdrag av kommittén gjordes en undersökning av vilka förutsättningar Sverige hade att ratificera konventionen. Resultatet redovisades i en rapport i april 1996.<sup>6</sup> Något förslag lämnades inte.

I rapporten lyftes tre frågor fram som oklara. En fråga gällde i vad mån Sverige som medlem i EU hade kompetens att ratificera konventionen. En annan avsåg förhållandet mellan konventionen och Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet).<sup>7</sup> En tredje fråga var konventionens tillämpning på gränsöverskridande upphandlingar av varor.

I det följande behandlas först de grundläggande dragen i ILO:s organisation och arbetsmetoder (avsnitt 10.3). Konventionen anvisar vilka bestämmelser som skall vara normerande för arbetsvillkoren när prestationer enligt ett s.k. offentligt kontrakt utförs. Om prestationerna är gränsöverskridande får bestämmelserna i konventionen karaktär av lagvalsregler. De krav som konventionen ställer bryts mot principer för att hantera kollisioner mellan olika länders regelsystem som utvecklats av EG-domstolen och som uttryckts i internationella instrument som Romkonventionen<sup>8</sup> och i gemenskapsrättsliga instrument som utstationeringsdirektivet (avsnitt 10.4). Mot bl.a. denna bakgrund redovisas

---

<sup>4</sup> Särskilt artikel 4 i konventionen (som behandlar vissa informations- och inspektionsåtgärder) åsyftades.

<sup>5</sup> ILO-kommittén är en myndighet under Näringsdepartementet och har bl.a. att ”med lämpliga tidsmellanrum behandla frågor om tillämpningen av icke ratificerade konventioner och av rekommendationer, som ännu inte har börjat tillämpas, i syfte att överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att främja deras genomförande och i förekommande fall deras ratificering.”, se 2 § c förordningen (1977:987) med instruktion för ILO-kommittén. En central uppgift för kommittén är vidare att svara för Sveriges rapportering till ILO om tillämpningen av konventioner och rekommendationer.

<sup>6</sup> MariAnne Olsson, ILO-konvention nr 94, Rapport om ratifikationsförutsättningar den 4 april 1996.

<sup>7</sup> Som framgår hade utstationeringsdirektivet ännu inte trätt i kraft vid rapportens färdigställande; direktivet genomfördes sedermera i Sverige genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

<sup>8</sup> 1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser (konsoliderad version i EGT nr C 27, 26.1.98, s. 34).

konventionens innehåll och innehållet jämförs med upphandlingsdirektiven (avsnitt 10.5). Därefter behandlas den grundläggande frågan om Sveriges behörighet som EG-medlem att ratificera konventionen (avsnitt 10.6). Efter en länderöversikt (avsnitt 10.7) följer utredningens överväganden (avsnitt 10.8).

### 10.3 Kort om ILO<sup>9</sup>

#### 10.3.1 Allmänt

ILO är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor. Endast stater kan vara medlemmar. Det totala antalet medlemmar är för närvarande 178, däribland samtliga EU-medlemsstater.

ILO:s verksamhet bedrivs huvudsakligen genom tre organ. Internationella arbetskonferensen, styrelsen och Internationella arbetsbyrån har alla en trepartsstruktur som innebär att en medlemsstat företräds av sin regering och av representanter från arbetsgivar- och arbetstagersidan.

Internationella arbetskonferensen är den beslutande församlingen som arbetar fram och antar internationella standarder för arbetslivet i form av bl.a. konventioner och rekommendationer.<sup>10</sup> Styrelsen är det verkställande organet. Styrelsen utser organisationens generaldirektör. Internationella arbetsbyrån är ILO:s permanenta sekretariat. Det är underställt styrelsen och leds av generaldirektören.

#### 10.3.2 Konventioner m.m.

ILO:s verksamhet regleras bl.a. av dess stadga. När arbetskonferensen antagit en konvention eller rekommendation skall en viss procedur följas enligt artikel 19 i stadgan. Senast arton månader efter det att konferensens session avslutats skall varje medlem lägga fram konventionen eller rekommendation för sin lagstiftande församling för lagstiftning eller andra åtgärder.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Utförlig information om ILO finns på hemsidan (se not 2) som ger tillgång till bl.a. ILO:s stadga och Handbook of procedures relating to International labour Conventions and Recommendations (betecknas i det följande som *Handbook of procedures*).

<sup>10</sup> Arbetskonferensen sammanträder i juni varje år i Genève.

<sup>11</sup> Medlemsstaten är inte skyldig att föreslå den lagstiftande församlingen att en konvention skall ratificeras eller att en rekommendation skall tillämpas utan är fri att t.ex. föreslå att någon åtgärd inte skall vidtas.

Om en medlems lagstiftande församling godkänt en konvention, skall ratifikationsinstrumentet sändas till Internationella arbetsbyråns generaldirektör för registrering. En konvention blir gällande för en enskild medlem tolv månader efter registreringen.

När medlemmen ratificerat en konvention gäller allmänt att medlemmen skall "take such action as may be necessary to make effective the provisions of such Convention" (artikel 19.5 d i stadgan). Medlemmen skall se till att konventionens bestämmelser införlivas i nationell rätt och tillämpas. Befintliga nationella regler som ger berörda arbetstagare en mer förmånlig behandling än vad som följer av en konvention eller rekommendation skall dock inte påverkas (artikel 19.8 i stadgan).

Internationella domstolen i Haag ansvarar för tolkningen av stadgan och av konventioner som antagits i enlighet med stadgans procedurregler (artikel 37 i stadgan).<sup>12</sup> En medlemsstats regering har möjlighet att vända sig till Internationella arbetsbyrån för att få en "informal opinion" angående innebörden av en viss bestämmelse i en konvention eller rekommendation.<sup>13</sup>

En konvention kan sägas upp av en enskild medlem enligt vad som anges i den aktuella konventionen. I regel gäller att uppsägning kan ske sedan tio år förflutit från det att konventionen först trädde i kraft.<sup>14</sup> Om medlemmen inte utnyttjar möjligheten till uppsägning, är medlemmen bunden under därpå följande tioårsperiod. Efter utgången av en tioårsperiod är en uppsägning på nytt möjlig. En uppsägning skall registreras hos generaldirektören. Uppsägningstiden är ett år.

### 10.3.3 Kontrollsystem

En medlem som ratificerat en konvention är skyldig att till Internationella arbetsbyrån rapportera de åtgärder som medlemmen vidtagit för att konventionen skall få genomslag internt

---

<sup>12</sup> I betänkandet (SOU 2005:11) Valfärdsverksamhet för sjömän sägs följande (kurs. här). "En medlem som överväger att tillträda en ILO-konvention kan dock inte avvakta tolkningsbesked från domstolen, som i praktiken hittills *aldrig* tolkat en konvention. I stället får medlemmen oftast lita till sin egen tolkning av konventionens bestämmelser och krav." (s. 45).

<sup>13</sup> Handbook of procedures, Section VIII, punkt 64.

<sup>14</sup> Så är fallet beträffande konvention nr 94 (artikel 14.1 i konventionen).

(artikel 22 i stadgan).<sup>15</sup> Medlemmen kan vidare åläggas en rapporteringskyldighet av ILO:s styrelse beträffande icke-ratificerade konventioner samt rekommendationer (artiklarna 19.5 e och 19.6 d i stadgan).

Medlemmens rapporter granskas av ILO:s oberoende expertkommitté för tillämpning av konventioner och rekommendationer. Expertkommittén utarbetar varje år en rapport där bl.a. iakttagelser (observations) angående tillämpningen av de enskilda konventionerna redovisas.<sup>16</sup> I anslutning till dessa iakttagelser kan expertkommittén genom ILO:s generaldirektör rikta ”direct requests” till regeringen i den aktuella medlemsstaten. Svar skall då i regel ske vid nästa rapporteringstillfälle.

Expertkommitténs rapport föreläggs Internationella arbetskonferensen och diskuteras i plenum. Rapporten publiceras i konferensens s.k. Record of Proceedings och tillställs medlemsstaternas regeringar som uppmärksammas på ”any particular points raised by the Committee for their consideration, as well as to the discussions of individual cases, so that due account may be taken in the preparation of subsequent reports.”<sup>17</sup>

Vidare finns olika förfaranden för klagomål. Ett förfarande innebär att en arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation som anser att en medlem inte uppfyllt sina åtaganden avseende en konvention som medlemmen ratificerat kan ge in en erinran till Internationella arbetsbyrån (artikel 24 i stadgan). Erinran prövas av styrelsen sedan regeringen i den aktuella medlemsstaten fått tillfälle att yttra sig. Om regeringen inte svarar eller svaret är otillfredsställande, har styrelsen rätt att publicera erinran och eventuellt svar (artikel 25 i stadgan).

Enligt ett annat förfarande kan en medlem hos Internationella arbetsbyrån rikta klagomål mot en annan medlem för att denna inte iakttagit sina förpliktelser enligt en konvention som de båda ratificerat (artikel 26.1 i stadgan).<sup>18</sup> Styrelsen har då rätt att tillsätta en undersökningskommission (artikel 26.2).<sup>19</sup> Ett sådant klagomål

---

<sup>15</sup> Enligt artikel 22 skall rapportering ske årligen. Enligt SOU 2005:11 tillämpas i praktiken rapporteringsperioder om två år beträffande ILO:s grundläggande konventioner och om fem år beträffande övriga konventioner (s. 46 f.). Konvention nr 94 tillhör sist nämnda kategori.

<sup>16</sup> ”Observations are generally used in more serious or long-standing cases of failure to fulfil obligations.” (Handbook of procedures, Section VI, punkt 54 k tredje stycket, fotnot 8).

<sup>17</sup> Handbook of procedures, Section VI, punkt 58 d.

<sup>18</sup> I SOU 2005:11 konstateras att klagomål enligt artikel 26 är relativt sällsynta och att förfarandet i praktiken ofta leder till någon form av uppgörelse (s. 48).

<sup>19</sup> Styrelsen kan även tillsätta en undersökningskommission på eget initiativ (artikel 26.4).

kan – även om det aldrig har skett – slutligt komma att behandlas av Internationella domstolen i Haag (artikel 29.2).

Bristande respekt för ett konventionsåtagande kan alltså inte föra med sig annan sanktion än klander.

## 10.4 En sammansatt bakgrund

### 10.4.1 EG-fördraget

Enligt artikel 12 i EG-fördraget är all diskriminering på grund av nationalitet förbjuden (likabehandlingsprincipen). Artikel 49 förbjuder inskränkningar i friheten för medborgare i en medlemsstat (ursprungslandet) att tillhandahålla tjänster åt mottagare i en annan medlemsstat (värdlandet). Bolag etablerade inom gemenskapen likställs med medborgare; i det följande används för enkelhetens skull begreppet tjänsteföretag.

Det huvudsakliga syftet med artikel 50 tredje stycket i EG-fördraget är att göra det möjligt för ett tjänsteföretag att utöva sin verksamhet i värdlandet utan att diskrimineras i förhållande till nationella företag.<sup>20</sup> Enligt EG-domstolen innebär detta ”dock inte att hela den nationella lagstiftning som gäller för denna stats egna medborgare och som i allmänhet är tillämplig på permanent verksamhet som utförs av företag som är etablerade i den staten, kan tillämpas i dess helhet på samma sätt på verksamhet som är av tillfällig karaktär och som utövas av företag som är etablerade i andra medlemsstater.”<sup>21</sup> Verksamhetens karaktär av tillfällig eller permanent har alltså betydelse för om dess bedrivande i värdlandet rör friheten att tillhandahålla tjänster eller etableringsfriheten.<sup>22</sup>

En inskränkning i den mening som avses i artikel 49 föreligger redan om en tillämpning av värdlandets regler innebär att ett utländskt tjänsteföretag förbjuds, hindras eller avskräcks från att tillhandahålla en tjänst av samma slag som företaget lagligen tillhandahåller i ursprungslandet. Att märka är att detta gäller även om de inhemska reglerna tillämpas utan åtskillnad mellan nationella tjänsteföretag och tjänsteföretag som är etablerade i en annan medlemsstat.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> EG-domstolens dom den 17 december 1981 i mål 279/80, *Webb*, REG 1981 s. 3305; svensk specialutgåva s. 265, punkt 16.

<sup>21</sup> *Webb* punkt 16.

<sup>22</sup> Regler om etableringsrätt finns i artiklarna 43–48 i EG-fördraget.

<sup>23</sup> T.ex. EG-domstolens dom den 25 juli 1991 i mål C-76/90, *Säger*, REG 1991 s. I-4221, punkt 12, den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, *Vander Elst*, REG 1994 s. I-3803; svensk

Vissa inskränkningar godtas. En grundläggande förutsättning för att en inskränkning skall accepteras är att den motiveras av tvingande hänsyn av allmänt intresse (t.ex. intresset av socialt skydd för arbetstagare). Att ett sådant motiv föreligger räcker emellertid inte. Världlandets regler måste täcka alla som utövar verksamhet inom världlandets territorium (likabehandlingsprincipen). Vidare skall det allmänna intresset inte redan tillgodoses genom regler i ursprungslandet (principen om ömsesidigt erkännande). Slutligen får tillämpningen av de inskränkande nationella reglerna inte föra längre än vad som krävs för att tillgodose detta intresse (proportionalitetsprincipen).<sup>24</sup> Detta gäller även om det aktuella området inte är harmoniserat.

De angivna kriterierna används för att bedöma om en inskränkning av den fria rörligheten skall anses berättigad.<sup>25</sup> Principen om ömsesidigt erkännande utgör inte en formell lagvalsregel som generellt utesluter en rättsordning till förmån för en annan utan används för att hantera en kollision mellan ursprungslandets regler och världlandets regler med beaktande av den fria rörligheten.<sup>26</sup>

---

specialutgåva, volym 16, s. 59, punkt 14, den 28 mars 1996 i mål C-272/94, *Guiot*, REG 1996 s. I-1905, punkt 10, den 23 november 1999 i de förenade målen C-369/96 och C-376/96, *Arblade m.fl.*, REG 1999 s. I-8453, punkt 33, och den 19 januari 2006 i mål C-244/04, *Kommissionen mot Tyskland*, ännu ej publicerad, punkt 30. Denna praxis har EG-domstolen utvecklat vid sidan av artikel 46 i EG-fördraget, som innebär att nationella regler som uttryckligen särbehandlar utländska medborgare med avseende på etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster (jfr artikel 55) godtas om de grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Eftersom det är fråga om undantag från grundläggande principer om fri rörlighet skall undantagen tolkas restriktivt. Beträffande hänsyn till allmän ordning har EG-domstolen uttalat att det skall vara fråga om "ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse", dom den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, *Omega Spielhallen*, REG 2004 s.I-9609, punkt 30.

<sup>24</sup> T.ex. *Webb* punkt 17, *Säger* punkt 15, *Vander Elst* punkt 16, *Guiot* punkt 11 och *Arblade m.fl.* punkt 34. – EG-domstolen har i vissa fall visat återhållsamhet när ifrågasatta nationella regler ansetts grundade på bl.a. moraliska överväganden och helt eller delvis överlämnat åt medlemsstaten att göra proportionalitetsbedömningen, dom den 24 mars 1994 i mål C-275/92, *Schindler*, REG 1994 s. I-1039; svensk specialutgåva, s. 119, punkterna 60 och 61 och dom den 21 september 1999 i mål C-124/97, *Läärä m.fl.*, REG 1999 s. I-6067, punkterna 35 och 39–42. Frågan diskuteras av Síofra O'Leary och José M. Fernández-Martin, *Judicially-created Exceptions to the Free Provision of Services*, *European Business Law Review* (2000) s. 347–362.

<sup>25</sup> Kriterierna introducerades ursprungligen på varuområdet genom EG-domstolens dom i det s.k. *Cassis de Dijon*-målet, dvs. dom den 20 februari 1979 i mål 120/78, *Rewe-Zentral*, REG 1979 s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377, punkterna 13 och 14.

<sup>26</sup> Ulf Öberg, Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten, Rapport till Nordiska Ministerrådet, TemaNord 2003:534 (i det följande betecknad som *Öberg*), s. 51 och 61, och Lena Maier Utstationering av arbetstagare och det svenska kollektivavtalssystemet, En rättslig analys, SACO, juni 2005 (betecknas i det följande som *Maiers analys*), s. 13. Öberg konstaterar att principen om ömsesidigt erkännande "utvecklats som ett moment i EG-domstolens proportionalitetsbedömning om huruvida en handelshindrande åtgärd är berättigad eller ej i förhållande till tvingande hänsyn av allmänintresse." (s. 60).



Socialt skydd för arbetstagare (särskilt inom byggbranschen) har accepterats som allmänt intresse.<sup>27</sup> Det är de gästande arbetstagarna som skall skyddas och inte inhemska företag.<sup>28</sup> Världlandets regler skall objektivt sett främja det sociala skyddet av arbetstagarna.<sup>29</sup> Innebörden är att den avsikt lagstiftaren i världlandet sagt sig ha med bestämmelserna inte kan ges avgörande betydelse utan världlandets regler måste i praktiken ge arbetstagarna ett verkligt tillägsskydd jämfört med vad som redan gäller för dem enligt ursprungslandets regler.<sup>30</sup> Även skydd av den nationella arbetsmarknaden mot illojal konkurrens från företag som betalar lön under miniminivå har godtagits som allmänt intresse.<sup>31</sup>

De nationella regler som EG-domstolen tagit ställning till har funnits i lag eller i s.k. allmängiltigförklarade kollektivavtal.<sup>32</sup> En medlemsstat har i princip rätt att låta sådana regler täcka alla som

<sup>27</sup> T.ex. EG-domstolens dom den 3 februari 1982 i de förenade målen 62 och 63/81, *Seco*, REG 1982 s. 223; svensk specialutgåva, volym 6, s. 299, punkt 10, *Guiot* punkt 16 och *Arblade m.fl.* punkt 51.

<sup>28</sup> EG-domstolens dom den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 och C-68/98–C-71/98, *Finalarte m.fl.*, REG 2001 s. I-7831, punkterna 39 och 41, och den 24 januari 2002 i mål C-164/99, *Portugaia Construções*, REG 2002 s. I-787, punkterna 26 och 28. I *Portugaia Construções* var fråga om tillämpning av minimilöneregler i ett allmängiltigförklarat kollektivavtal inom byggbranschen enligt tysk lag som genomförde utstationeringsdirektivet (domstolens prövning gjordes dock endast mot fördragets regler om fri rörlighet för tjänster).

<sup>29</sup> *Finalarte m.fl.*, punkt 41 och *Portugaia Construções*, punkt 28.

<sup>30</sup> *Finalarte m.fl.* punkterna 40 och 42–45. I Maiers analys konstateras. ”I den mån prövningen gäller administrativa villkor som rör exempelvis tillstånd att utföra en tjänst är en tillämpning av principen relativt klar och parallelliteten till varuområdet tydlig. När det däremot gäller villkor eller åtgärder som inte direkt rör tillåtligheten att utföra en tjänst, utan i stället rör själva utförandet av tjänsten i världlandet får dock principen egentligen en något annan innebörd. Det blir extra tydligt om det allmänintresse som åberopas avser skyddet av anställda hos tjänsteutövaren. Då handlar principen om ömsesidigt erkännande snarare om att det åberopade allmänintresset redan *skyddas* i hemlandet, än om en prövning av om den tjänst som tillhandahålls i världlandet lagligen får utföras i hemlandet. Detta visar sig i EG-domstolens praxis genom att det ska handla om ett tillägsskydd för arbetstagaren.” (s. 13).

<sup>31</sup> EG-domstolens dom den 12 oktober 2004 i mål C-60/03, *Wolff & Müller*, REG 2004 s. I-9553, punkterna 38 och 41.

<sup>32</sup> System med allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns i flertalet ”gamla” EU-medlemsstater (Belgien, Finland, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Portugal, Spanien och Tyskland), se Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun, *Kollektivavtal i EU*, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Skriftserien nr 52, (betecknas i det följande som *Ahlberg och Bruun*). Systemet finns även i Österrike. Ahlberg och Bruun ger följande schematiska beskrivning. ”[K]ollektivavtal ges bindande verkan för en betydligt vidare krets än medlemmarna i de avtalslutande organisationerna. Avtalets normativa bestämmelser görs bindande också för oorganiserade arbetsgivare och arbetstagare samt för arbetstagare som tillhör andra fackföreningar än de avtalsbärande. Härigenom åstadkommer lagstiftaren vad som kallas en allmängiltighets- eller *erga-omnes*verkan. Vanligtvis sker detta genom att landets arbetsmarknadsminister beslutar att allmängiltigförklara ett visst avtal på förslag av någon av parterna. I ett par av länderna har dock arbetsmarknadsparterna själva avgörandet i sin hand. Förutsatt att avtalet förhandlas fram i en i lagen bestämd ordning, blir det allmängiltigt utan något särskilt administrativt beslut.” (s. 14).

utför avlönat arbete inom dess territorium oberoende av i vilket land arbetsgivaren är etablerad och även om arbetet endast är tillfälligt.<sup>33</sup> Medlemsstaten har även rätt att på lämpligt sätt säkerställa att reglerna iakttas. Om reglerna innebär en inskränkning av den fria rörligheten, måste prövas om inskränkningen enligt de ovan nämnda kriterierna ändå kan anses berättigad. Kollektivavtalsreglerade villkor som EG-domstolen prövat har gällt t.ex. minimilön<sup>34</sup>, arbetsgivaravgifter till en social trygghetsfond<sup>35</sup> och arbetstagares semesterrättigheter<sup>36</sup>.

Tillämpning av villkor i ett allmängiltigförklarat kollektivavtal kan dock utgöra en oberättigad inskränkning i den fria rörligheten. Så har t.ex. ansetts vara fallet när en inhemsk arbetsgivare, till skillnad från en arbetsgivare som var etablerad i en annan medlemsstat, hade möjlighet att betala löner som var lägre än vad som följde av ett allmängiltigförklarat kollektivavtal genom att ingå ett kollektivavtal på företagsnivå.<sup>37</sup>

Värdlandsregler som innebär att ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, för att få sända arbetstagare för byggnadsarbeten i värdlandet, i viss utsträckning måste omfattas av värdlandets kollektivavtal har inte godtagits. Detta förutsatte nämligen enligt de nationella reglerna att företaget hade ett driftställe i värdlandet, vilket ansågs som en icke berättigad inskränkning i den fria rörligheten.<sup>38</sup>

#### 10.4.2 Romkonventionen<sup>39</sup>

Romkonventionen innehåller lagvalsregler för avtalsförpliktelser (artikel 1.1). Romkonventionen är öppen för undertecknande endast av EU-medlemsstater (artikel 28). Även lagen i ett land

---

<sup>33</sup> *Seco* punkt 14 och *Guiot* punkt 12. Se även dom den 27 mars 1990 i mål C-113/89, *Rush Portuguesa*, REG 1990 s. I-1417; svensk specialutgåva, volym 10, s. 389, punkt 18.

<sup>34</sup> *Arblade m.fl.* punkterna 3 sjunde strecksatsen, 40 och 41.

<sup>35</sup> *Guiot* punkterna 3, 4, 8 andra strecksatsen, 13 och 14 och *Arblade m.fl.* punkterna 3 femte strecksatsen, 48 och 53.

<sup>36</sup> *Finalarte* punkterna 3 och 18.

<sup>37</sup> *Portugaia Construções* punkt 35.

<sup>38</sup> EG-domstolens dom den 25 oktober 2001 i mål C-493/99, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2001 s. I-8163, punkterna 4 f., 15–17 och 22 f. Av generaladvokatens förslag till avgörande framgår att den tyska regeringen hade lagt ner mycket arbete på att argumentera för att den aktuella lagstiftningen var berättigad med hänsyn till skyddet för byggarbetarnas rättigheter (punkt 25).

<sup>39</sup> Konventionen gäller som svensk lag enligt lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

utanför EU kan bli tillämplig (artikel 2). Konventionen gäller bl.a. för individuella anställningsavtal (artikel 6).

Huvudregeln är att parterna står för lagvalet (artikel 3).<sup>40</sup> Om något lagval inte gjorts, är den allmänna utgångspunkten att lagen i det land till vilket avtalet har närmast anknytning skall tillämpas (artikel 4).<sup>41</sup> För anställningsavtal presumeras den lagen vara antingen lagen i det land där arbetstagaren vanligtvis utför sitt arbete eller lagen i det land där det verksamhetsställe (t.ex. en filial) genom vilket arbetstagaren anställdes är beläget (artikel 6.2). En tillämpning av konventionen leder ofta till att ursprungslandets lag skall tillämpas.<sup>42</sup> Visar omständigheterna att anknytningen till ett annat land är starkare bryts presumptionen och lagen i det landet blir tillämplig.<sup>43</sup>

En viktig inskränkning finns i artikel 7. Den artikeln gör det möjligt att beakta tvingande bestämmelser i ett lands lag (under vissa förutsättningar även lagen i ett land utanför EU) oberoende av om ett annat lands lag är tillämplig; artikeln talar om ”internationellt tvingande regler”. Att en regel är tvingande på ett nationellt plan (indispositiv; dvs. inte kan avtalas bort) betyder inte att regeln också är tvingande på internationell nivå. Romkonventionen överlämnar till den nationella domstolen att utifrån sin rättsordning avgöra om en indispositiv regel skall anses internationellt tvingande.<sup>44</sup> Krüger m.fl.<sup>45</sup> utesluter inte att nationella regler som syftar till att uppfylla ILO-konventionens krav kan utgöra internationellt tvingande regler i artikelns mening (s. 214).

---

<sup>40</sup> Parterna kan dock inte genom sitt lagval avtala bort tvingande regler till skydd för en arbetstagare (artikel 6.1).

<sup>41</sup> Kommissionen talar i sin grönbok om omvandling av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed, KOM (2002) 654 slutlig, s. 10, om principen om partsautonomi och om närhetsprincipen och tillägger. ”Sedan ett tjugotal år tillbaka har en tredje princip fått genomslag, nämligen den om skydd för den typiskt sett svagare parten. [...] Utan begränsningar av partsautonomi löper konsumenten risken att tvingas på en lag som är oförmånlig för honom och att därmed berövas det skydd som han har rätt att förvänta sig när han köper en vara. Samma argumentation är giltig för förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.”

<sup>42</sup> Lena Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, Akademisk avhandling för juris doktorsexamen vid Stockholms universitet år 2000 (betecknas i det följande som *Maier*), s. 392 och Maiers analys s. 16.

<sup>43</sup> Om arbetsgivaren t.ex. anställer personer i sitt etableringsland för att utföra arbete i Sverige eller anställer arbetskraft på plats i Sverige, torde anställningsavtalet ha starkast anknytning till Sverige.

<sup>44</sup> KOM (2002) 654 slutlig s. 33.

<sup>45</sup> Kai Krüger, Ruth Nielsen och Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJÖF Publishing, 1998 (betecknas i det följande som *Krüger m.fl.*).

Konventionen är ett internationellt avtal och utgör inte EG-rättslig lagstiftning grundad på en bestämmelse i EG-fördraget.<sup>46</sup> Romkonventionen ger dock särskilda EG-rättsliga lagvalsregler företräde (artikel 20). Exempel på sådana regler finns i utstationeringsdirektivet. Även lagvalsregler i andra internationella avtal som en medlemsstat är ansluten till eller ansluter sig till efter det att Romkonventionen trätt i kraft har företräde (artikel 21).<sup>47</sup>

### 10.4.3 Utstationeringsdirektivet

Den rättsliga grunden för utstationeringsdirektivet är artiklarna 47.2 (f.d. 57.2) och 55 (f.d. 66) i EG-fördraget. Av artikel 47.2 (etableringsrätt) framgår att rådet skall utfärda direktiv om samordning av medlemsstaternas nationella lagstiftning om inledande och utövande av verksamhet som egenföretagare. Artikel 55 avser den fria rörligheten för tjänster och hänvisar till artikel 47.2. Den fria rörligheten för personer i form av etableringsrätt och den fria rörligheten för tjänster skall alltså främjas genom direktivet.

Utstationeringsdirektivet anger vilka arbets- och anställningsvillkor som skall gälla när ett tjänsteföretag som är etablerat i en medlemsstat (hemlandet) i samband med att företaget tillhandahåller tjänster tillfälligt utstationerar arbetstagare inom en annan medlemsstats territorium (värdlandet). Tillhandahållande av tjänster inom ramen för offentlig upphandling omfattas (beaktadesats 4).

Tre fall av gränsöverskridande definieras som utstationering (artikel 1.3). Gemensamt är att ett anställningsförhållande föreligger mellan det utstationerande företaget och den utstationerade arbetstagaren. Arbetstagaren kan vara anställd hos ett fristående företag (fall 1), ett koncernföretag (fall 2) eller ett personaluthyrningsföretag eller liknande (fall 3).

Värdlandets nationella arbetstagarbegrepp skall tillämpas (artikel 2.2).

---

<sup>46</sup> KOM (2002) 654 slutlig s. 13.

<sup>47</sup> Om anslutningen sker efter Romkonventionens ikraftträdande, gäller i vissa fall ett särskilt förfarande enligt artikel 23 i konventionen.

Direktivet syftar även till att motverka social dumpning<sup>48</sup> och till att skydda utstationerade arbetstagares rättigheter (beaktandesats 5). Det erinras om att en medlemsstat enligt EG-domstolens praxis har rätt att utsträcka tillämpningsområdet för sin nationella lagstiftning och för sina kollektivavtal till att omfatta arbetstagare som endast tillfälligt utför arbete inom dess territorium även om arbetsgivaren är etablerad i en annan medlemsstat samt säkerställa att reglerna efterlevs (beaktandesats 12).

Ett utstationerande företag skall följa en ”hård kärna” av skyddsregler oberoende av hur länge utstationeringen varar (beaktandesats 14). Skyddsreglerna anger en miniminivå (beaktandesats 17).

Den hårda kärnan består av regler om längsta arbetstid och kortaste vilotid, minsta antal betalda semesterdagar per år, minimilön inbegripet övertidsersättning (yrkesanknutna tilläggs pensions-system är undantagna), villkor för att ställa arbetstagare till förfogande (särskilt genom uthyrningsföretag), säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen, skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga och av bestämmelser om icke-diskriminerande behandling (artikel 3.1 första stycket a–g). Direktivet hindrar inte att arbetsgivaren tillämpar arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagaren (artikel 3.7 första stycket)<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Lena Maier anför angående begreppet social dumpning bl.a. följande. ”Alla former av lönekonkurrens brukar inte alltid betecknas som social dumpning. Ofta lägger man in ett mått av otillbörligt utnyttjande av billig arbetskraft i begreppet. När man talar om social dumpning på den inre marknaden är det dock inte alltid så att det är frågan om ett otillbörligt utnyttjande från det utstationerande företags sida. Begreppet rymmer både den utländska arbetskraftens skydd och skyddet av den inhemska arbetskraften mot försämrade arbets- och anställningsvillkor och mot försämrade möjligheter till sysselsättning. Ofta används begreppet social dumpning i situationer när det främst handlar om skyddet av den inhemska arbetskraften, i och med att värdlandets nivåer för löner eller arbets- och anställningsvillkor underskrids.” (Tjänstedirektivet, social dumpning och de nationella arbetsmarknadssystemen, ERT 2005, s. 736).

<sup>49</sup> Bestämmelsen kommenteras i Maiers analys på bl.a. följande sätt. ”En tanke bakom bestämmelsen var att det ska vara möjligt att tillämpa villkor i hemlandets lag, om dessa ger ett bättre skydd än värdlandets lag. Denna tanke kom också till uttryck i kommissionens textförslag, genom en hänvisning till ’tillämplig’. Tillämplig lag på anställningskontraktet är normalt hemlandets lag. Någon sådan precisering återfinns dock inte i direktivets slutliga text. Den närmare innebörden av det är måhända inte helt klar och tydlig, men det antyder under alla förhållanden att medlemsstaterna önskar en mer vidsträckt tillämpning av bestämmelsen. – Som direktivet nu är utformat ställer det upp en skyldighet för medlemsstaterna att garantera en ’lägsta’ nivå, ett golv, samtidigt som förmånligare villkor kan tillämpas. På så sätt är utstationeringsdirektivet utformat som ett minimidirektiv, även om det inte i sig innehåller någon harmoniserad EU-nivå för arbets- och anställningsvillkor.” (s. 20 med hänvisning). I analysen konstateras vidare att artikel 3.7 reglerar frågan om skyddsnivå men

Det är *världlandets* regler som skall tillämpas oberoende av vilket lands lag som gäller för anställningsförhållandet (artikel 3.1 första stycket). Tre nationella regelsystem nämns; lag, allmängiltigförklarade kollektivavtal och allmängiltigförklarade skiljedomar (i det följande behandlas endast kollektivavtal). Enligt direktivets definition skall ett allmängiltigförklarat kollektivavtal följas av alla företag inom samma bransch eller yrke och inom samma geografiska område (artikel 3.8 första stycket).

Sverige – liksom Danmark och Storbritannien – saknar system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Direktivet ger möjlighet att som standard i stället använda kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella branschen eller det aktuella yrket och inom det aktuella geografiska området (artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen). Även kollektivavtal som ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet kan tillämpas (artikel 3.8 andra stycket andra strecksatsen).

Sigeman konstaterar att förfarandet, även om det varken formellt eller i praktiken är samma sak, har stora likheter med allmängiltigförklaring; han betecknar förfarandet som en *partiell extensionsreglering*.<sup>50</sup> En skillnad i förhållande till allmängiltigförklaring är att nationella företag som inte är bundna av kollektivavtal faller utanför.

En förutsättning för att ett icke allmängiltigförklarat kollektivavtal skall få tillämpas är att ett utstationerande företag inte missgynnas i förhållande till ett nationellt företag som befinner sig i en likartad situation (krav på likabehandling). Jämförelsen skall avse möjliga konkurrenter (prop. 1998/99:90 s. 25 f. med hänvisning).

Endast allmängiltigförklarade kollektivavtal inom byggbranschen utgör en obligatorisk normkälla enligt direktivet; som synes en återkoppling till EG-domstolens praxis. Det överlämnas åt medlemsstaten att avgöra om även andra branschers kollektivavtal (allmängiltigförklarade eller andra) skall tillämpas (artikel 3.10 andra strecksatsen). Vidare har medlemsstaten rätt att tillämpa nationella arbetsrättsliga regler inom andra områden än de som

---

att det utifrån denna bestämmelse inte går att dra några slutsatser om direktivets materiella omfattning. Frågan diskuteras i analysen på s. 20 f.

<sup>50</sup> Tore Sigeman, Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt, ERT 2005 (betecknas i det följande som *Sigeman*), s. 477.

direktivet räknar upp förutsatt att nationella och utstationerande företag behandlas lika och att reglerna är av ordre public-karaktär (artikel 3.10 första strecksatsen). Direktivet påverkar inte rätten att vidta fackliga stridsåtgärder (beaktandesats 22). Varje medlemsstat skall utse ett eller flera s.k. förbindelsekontor (eller andra behöriga instanser) i syfte att genomföra direktivet. Vidare åläggs medlemsstaterna att samarbeta i fråga om tillsyn, information och problem vid tillämpningen av kollektivavtal inom andra branscher än byggbranschen (artikel 4).

Medlemsstaten är skyldig att vidta lämpliga åtgärder om direktivet inte efterlevs. Arbetstagarna (eller deras företrädare) måste ha tillgång till lämpliga förfaranden för att ta till vara de rättigheter som direktivet ger (artikel 5). Arbetstagaren har alltid rätt, såvitt gäller de områden som täcks av direktivet, att väcka talan mot arbetsgivaren i den medlemsstat där utstationeringen ägde rum (artikel 6).

Direktivet innehåller vissa bestämmelser om undantag. För arbete med en första montering eller installation som ingår i leveranskontraktet för en vara gäller direktivets bestämmelser om minsta antal betalda semesterdagar per år och om minimilön endast om utstationeringen varar längre än åtta dagar (den s.k. åttadagarsregeln, artikel 3.2). Undantaget täcker inte byggverksamhet. Därutöver ges medlemsstaten vissa undantagsmöjligheter beträffande kortvariga utstationeringar (högst en månad) och arbeten av ”ringa omfattning” (artikel 3.3–5).

#### 10.4.4 Utstationeringslagen

Utstationeringsdirektivet har genomförts i svensk rätt genom utstationeringslagen (1999:678). Delar av den svenska arbetsrättsliga lagstiftningen är därmed tvingande för utstationerande företag (5 § utstationeringslagen).<sup>51</sup> Arbetsmiljöverket har utsetts

<sup>51</sup> Det är fråga om bestämmelser i semesterlagen (1977:480), föräldradighetslagen (1995:584), jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning och lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning och, i förekommande fall, bestämmelser i lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Arbetstidslagen (1982:673), lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, arbetsmiljölagen (1977:1160) och lagen (2005:426) om arbetstid m.m. för flygpersonal inom civilflyget är i sin helhet tillämpliga.

till förbindelsekontor med skyldighet att informera om tillämpliga villkor vid utstationering och att, i förekommande fall, hänvisa till berörda kollektivavtalsparter (9 §). Möjlighet att väcka talan i Sverige finns (10 §).

Enligt direktivet är nationella författningsregler om minimilön och bestämmelser om minimilön i allmängiltigförklarade kollektivavtal inom byggbranschen tvingande. Den svenska lagen säger inget om minimilön. I Sverige finns inte heller någon författningsreglerad minimilön. Sverige har vidare avstått från att utnyttja möjligheten enligt artikel 3.8 andra stycket i utstationeringsdirektivet att göra icke allmängiltigförklarade kollektivavtal tillämpliga.<sup>52</sup> I förarbetena till utstationeringslagen uttalades bl.a. följande (prop. 1998/99:90 s. 26 ff.).

Kollektivavtalen har hög täckningsgrad på den svenska arbetsmarknaden. I normalfallet är såväl svenska som utländska företag beredda att teckna kollektivavtal med berörd facklig arbetstagarorganisation. De påtryckningsmedel organisationerna förfogar över – stridsåtgärder i form av strejk eller blockad – används sällan. Redan möjligheten därtill innebär dock en inte oväsentlig förutsättning för att kollektivavtalssystemet skall upprätthållas. – Arbetstagarorganisationerna uppger sig ha god kontroll över de utländska företag som bedriver verksamhet i Sverige och ser till att kollektivavtal träffas och följs. Inställningen från arbetsmarknadens parter är också att det svenska kollektivavtalssystemet inte bör förändras och att det ligger i båda sidors intresse att även utländska företag tillämpar svenska avtalsvillkor. – – Visserligen följer av medbestämmandelagen [...] att en enskild arbetstagare som inte är medlem i den avtalslutande arbetstagarorganisationen inte kan kräva att arbetsgivaren tillämpar kollektivavtalsvillkoren. En utstationerad arbetstagare befinner sig emellertid därvidlag i samma situation som en svensk arbetstagare. En arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal begår avtalsbrott gentemot arbetstagarorganisationen om arbetsgivaren inte tillämpar avtalsvillkoren på alla anställda, såvitt inte annat framgår av avtalet. En enskild arbetstagare har också möjlighet att gå in som medlem i en svensk arbetstagarorganisation och därigenom göra sin rätt gällande

<sup>52</sup> Kommissionen har i ett meddelande angående genomförandet av utstationeringsdirektivet uttalat bl.a. följande. "Om någon sådan hänvisning inte finns i lagstiftningen om införlivande, kan medlemsstaterna inte kräva att de kollektivavtal som avses i artikel 3.8 andra stycket skall följas av företag i en annan medlemsstat som utstationerar sina arbetstagare på den aktuella medlemsstatens territorium. – Eftersom inget land i sin lagstiftning om införlivande hänvisar till alternativen i det andra stycket i artikel 3.8, drar kommissionen slutsatsen att de medlemsstater som inte har några kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 [första] stycket inte tillämpar arbets- och anställningsvillkor som fastställts i kollektivavtal på arbetstagare som utstationeras på deras territorium. Följaktligen är det i dessa länder endast de arbets- och anställningsvillkor som fastställts i lag som skall tillämpas på utstationerade arbetstagare." (KOM [2003] 458 slutlig, s. 12).



[...] [Det medför] också praktiska svårigheter om lagregleringen skulle föreskriva direkt tillämpning av svenska kollektivavtal. Om man skulle lagstifta om att utstationerande arbetsgivare skall följa tillämpligt kollektivavtal utan att de diskrimineras i förhållande till svenska arbetsgivare som inte enligt lag måste följa avtalen, finns egentligen bara ett sätt att undvika en allmängiltigförklaring av kollektivavtalen. Det är att lagtexten har ungefär samma lydelse som direktivet, nämligen att utstationerande arbetsgivare skall följa kollektivavtal i den mån svenska företag som befinner sig i en likartad situation gör det. Detta innebär att man alltid skulle behöva göra en jämförelse i varje enskilt fall. En sådan lösning skulle uppenbarligen te sig främmande för svensk tradition. – Mot denna bakgrund anser regeringen att det knappast behövs andra medel än de, som parterna i dag använder, för att hindra social dumpning på den svenska arbetsmarknaden. De mekanismer och förfaranden som står till de olika aktörernas förfogande och garanteras i dag leder på ett tillfredsställande sätt till att i kollektivavtal fastställda minimikrav förverkligas.

Reglerna i medbestämmandelagen (1976:580), MBL, om föreningsfrihet, förhandlingsrätt, fredsplikt mellan parter som är bundna av kollektivavtal i förhållande till varandra och om skadestånd vid brott mot dessa bestämmelser är tillämpliga vid utstationering (7 §). MBL-reglerna ansågs vara av ordre public-karaktär och gjordes tillämpliga på utstationeringsfallen med stöd av artikel 3.10 i direktivet (prop. 1998/99:90 s. 29 f.). Syftet var att garantera både svenska organisationers handlingsfrihet gentemot ett utstationerande företag och en utstationerad arbetstagares möjlighet att utöva fackligt arbete. I sammanhanget anfördes följande (a. prop. s. 29 f.).

Genom att föra in en uttrycklig lagbestämmelse om att dessa regler i medbestämmandelagen gäller vid utstationeringar slår man fast att reglerna är tvingande. I och med att Sverige nu klart anger att det svenska kollektivavtalssystemet står till utländska aktörers förfogande kan parternas nuvarande system för att upprätthålla kollektivavtalsenlig standard på anställningsvillkoren anses ändamålsenligt och tillräckligt till de delar där i direktivet angivna minimivillkor inte kan förverkligas genom direkt hänvisning till svenska lagregler. – Att vissa regler i medbestämmandelagen görs tillämpliga vid en utstationering innebär inte att arbetstagar- eller arbetsgivarorganisationernas rätt att vidta stridsåtgärder påverkas. I 42 § tredje stycket medbestämmandelagen anges att bestämmelserna om förbud mot olovliga stridsåtgärder endast gäller när medbestämmandelagen är direkt tillämplig på arbetsförhållandet. – – – Det är en helhetsbedömning av det aktuella arbetsförhållandets anknytning till Sverige som bestämmer om lagen skall anses direkt tillämplig, varvid sådana faktorer som arbetsplatsens

geografiska belägenhet, parternas nationalitet och om arbetet mera stadigvarande är förlagt till Sverige har betydelse [...].

Sigeman konstaterar (s. 476).

Av lagförarbetena framgår otvetydigt att meningen är att minimilöneregleringar skall i praktiken införas för gästande företags anställda genom kollektivavtal som vid behov skall kunna framtvingas medelst stridsåtgärder. Här möter kärnan i den *avtalsmodell* som ovan redan nämnts. Denna – som inte har något uttryckligt stöd i direktivet – innebär kort sagt att medlemsstaten överläter till privata rättssubjekt, nämligen fackföreningar, att sätta spärr mot låglönekonkurrens och att därmed också ge skydd åt gästande företags anställda medelst krav på kollektivavtal understött av fackliga stridsåtgärder. I lagmotiven tas utan vidare för givet att avtalsmodellen är förenlig med direktivet, och det förutsätts att svenska regler om fackliga stridsåtgärder får fullt ut tillämpas mot gästande tjänsteföretag.

De återgivna uttalandena leder till den s.k. *lex Britannia*<sup>53</sup> och *Vaxholmskonflikten*.<sup>54</sup>

#### 10.4.5 Lex Britannia

Svenska kollektivavtal är direkt bindande för medlemmarna i de avtalslutande arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna men inte för någon annan (alltså inte för t.ex. ett utländskt företag som utför arbete i Sverige och som inte är medlem i en svensk arbetsgivarorganisation). Ett kollektivavtal är normerande också för det enskilda anställningsavtalet (27 § MBL). Ett svenskt kollektivavtal kan aldrig binda ett utländskt företag av enbart den anledningen att arbetstagare hos företaget utför arbete i Sverige som är av sådant slag att det i och för sig täcks av avtalet. För bundenhet krävs att det utländska företaget är medlem i en svensk arbetsgivarorganisation som är part i kollektivavtalet. Ett alternativ är att arbetsgivaren genom att ingå ett s.k. hängavtal med en arbetstagarorganisation förbinder sig att tillämpa de anställningsvillkor som gäller enligt branschens riksavtal.

---

<sup>53</sup> Namnet syftar på fartyget *Britannia* som anlöpte svensk hamn med en besättning som arbetade på villkor enligt ett filippinskt kollektivavtal. I *Britannia*-domen (AD 1989 nr 120) ansågs fackliga stridsåtgärder, som vidtogs i Sverige i syfte att ersätta det filippinska avtalet med ett s.k. ITF-avtal, otillättna. *Lex Britannia* kom till mot denna bakgrund.

<sup>54</sup> Konflikten resulterade i Arbetsdomstolens mål nr A 268/04. *Laval un Partneri Ltd* ./ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, dess avdelning 1 och Svenska Elektrikerförbundet.

Lex Britannia består av tre bestämmelser i MBL (25 a §, 31 a § och 42 § tredje stycket). Enligt 42 § första och andra styckena MBL är stridsåtgärder och sympatiåtgärder i strid med fredsplikten förbjudna. Av paragrafens tredje stycke följer att förbudet däremot inte gäller om åtgärderna vidtas med anledning av arbetsförhållanden som MBL inte är direkt tillämplig på (t.ex. om ett utländskt företag tillfälligt bedriver verksamhet här och en helhetsbedömning inte utvisar att MBL är tillämplig). En sådan stridsåtgärd är alltså tillåten. Ett kollektivavtal som träffats efter en sådan tillåten stridsåtgärd är giltigt här oberoende av om det skulle vara ogiltigt enligt utländsk rätt på den grunden att det tillkommit efter en stridsåtgärd (25 a § MBL). Vidare har ett sådant kollektivavtal företräde framför ett redan träffat kollektivavtal som MBL inte är direkt tillämplig på (31 a §).

I förarbetena till lex Britannia uttalades bl.a. följande (prop. 1990/91:162 s. 5).

Mycket talar för att Sverige inom de närmaste åren kommer att utgöra en del av en gemensam europeisk arbetsmarknad. Det är då av yttersta vikt att vi skapar förutsättningar för de fackliga organisationerna att även på en sådan marknad kunna tillvarata arbetstagarnas rätt. --- Regleringen i medbestämmandelagen innebär att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder när kollektivavtal föreligger mellan parterna är ytterligt begränsad. I många länder i Europa innebär förekomsten av ett kollektivavtal inte någon fredsplikt i sig. Den omständigheten att fredspliktsreglerna i medbestämmandelagen i princip även skyddar kollektivavtal som huvudsakligen avser att reglera förhållandena utanför Sverige innebär därför särskilda problem för oss när det gäller att motverka social dumpning. – Mot bakgrund av det sagda anser jag det nödvändigt att föreslå sådana förändringar i medbestämmandelagen att de fackliga organisationerna ges möjlighet att verka för att alla arbetsgivare som är verksamma på den svenska arbetsmarknaden tillämpar sådana löner och andra anställningsvillkor för sina anställda som motsvarar vad som är brukligt här i landet. Genom sådana regler skapas också förutsättningar för en sund konkurrens på lika villkor här i landet mellan svenska företag och näringsidkare från andra länder.

#### 10.4.6 Lavalmålet

Ett lettiskt bolag (L) utstationerade i maj 2004 arbetskraft från Lettland i Sverige för att delta i en byggentreprenad avseende en skola i Vaxholm. Entreprenaden bedrevs av ett svenskt bolag (B). L var inte bundet av kollektivavtal i förhållande till Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads), dess avdelning 1 eller Svenska

Elektrikerförbundet. Ingen arbetstagare hos L var medlem i förbunden. Den 14 september respektive den 20 oktober 2004 tecknade L två kollektivavtal med det lettiska byggnadsarbetareförbundet.

Enligt protokoll den 15 september 2004 över förhandling mellan L och Byggnads avdelning 1 krävde avdelningen bl.a. att L skulle teckna kollektivavtal med Byggnads och betala en timlön om 145 kr till de yrkesarbetare som utförde arbete inom avdelningens avtalsområde samt att stridsåtgärder omedelbart skulle vidtas om något avtal inte tecknades. Parterna slöt inte kollektivavtal.

Den 2 november 2004 inleddes stridsåtgärder i form av blockad mot allt bygg- och anläggningsarbete på L:s arbetsplatser. Den 3 december inledde Elektrikerförbundet sympatiåtgärder i form av blockad mot alla elektriska installationer på L:s arbetsplatser.

Några dagar senare väckte L talan hos Arbetsdomstolen (AD) mot Byggnads, dess avdelning 1 och Elektrikerförbundet och yrkade att stridsåtgärderna och sympatiåtgärderna skulle förklaras olovliga och hävas. L yrkade även skadestånd samt att AD skulle begära förhandsavgörande från EG-domstolen.

I begäran om förhandsavgörande den 15 september 2005 har AD ställt två frågor till EG-domstolen.<sup>55</sup> Den ena är om det är förenligt med EG-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster (artikel 49) och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet (artikel 12) samt utstationeringsdirektivet att fackliga organisationer genom fackliga stridsåtgärder i form av blockad försöker förmå ett gästande tjänsteföretag att teckna kollektivavtal i värdlandet avseende vissa arbets- och anställningsvillkor, när värdlandets lagstiftning som genomför utstationeringsdirektivet saknar uttryckliga bestämmelser om tillämpning av arbets- och anställningsvillkor i kollektivavtal. Den andra är om samma gemenskapsrättsliga regler utgör hinder mot att tillämpa den del av lex Britannia, som innebär att förbudet mot fackliga stridsåtgärder i syfte att undantränga ett mellan andra parter träffat kollektivavtal inte gäller vid stridsåtgärder mot utländska företag som är tillfälligt verksamma här i landet och har med sig egen arbetskraft, på stridsåtgärder i form av blockad som vidtas av svenska fackliga organisationer mot ett gästande tjänsteföretag.

---

<sup>55</sup> Mål C-341/05, Laval un Partneri.

Enligt uppgift har den lettiska regeringen i december 2004 hos kommissionen väckt frågan om lex Britannias förenlighet med EG-fördraget.<sup>56</sup>

#### 10.4.7 Svenskt Näringslivs och LO:s rekommendation

Svenskt Näringsliv och LO rekommenderade i en överenskommelse den 30 augusti 2005 sina medlemsförbund att senast den 31 oktober 2005 slutföra överläggningar om anpassning av förbundsavtalen till företag som blir tillfälliga medlemmar (under högst 12 månader) i ett arbetsgivareförbund inom Svenskt Näringsliv. I rekommendationens ingress anges att syftet är ”att skapa ökade möjligheter för rörlighet för tjänster till Sverige samt en likvärdig behandling av arbetstagare och företag på svensk arbetsmarknad.”

Anpassningarna skall omfatta arbetsgivare som är etablerade i ett annat land än Sverige och arbetstagare som är utstationerade till Sverige. Förbunden skall bl.a. komma överens om vilka bestämmelser om lön som skall tillämpas för företag som tillfälligt bedriver verksamhet inom respektive avtalsområde. När lönenivån för ett visst uppdrag bestäms skall förbundsavtalens lönepolitiska principer tillämpas och lönestrukturen i det utländska företaget beaktas. Parterna har vidare kommit överens om vissa ändringar i de gemensamma villkoren för avtalsförsäkringar och pensioner (AFA-försäkringar och Avtalspension SAF-LO). Ändringarna innebär i korthet bl.a. att en utländsk arbetsgivare inte skall debiteras premier för vissa försäkringar om arbetstagaren omfattas av skyddssystem i ett annat medlemsland.

Allmänt gäller att ett företag som blir medlem i en kollektivavtalsbunden arbetsgivarorganisation binds av avtalet inom dess tillämpningsområde oberoende av om företaget blev medlem före eller efter avtalets tillkomst (26 § MBL). Med bundenheten följer fredsplikt enligt 41 § MBL. Stridsåtgärder kan därför inte vidtas mot företaget. Bundnheten enligt 26 § gäller dock inte om företaget redan är bundet av annat kollektivavtal. Av en till rekommendationen fogad PM framgår att parterna inte är ense om de rättsliga effekterna av att ett utländskt företag redan är bundet av ett kollektivavtal i hemlandet som är tillämpligt på arbetet i Sverige (punkt 1 i PM:n).

---

<sup>56</sup> Maiers analys s. 46.

Den 1 september 2005 träffades en motsvarande överenskommelse mellan Svenskt Näringsliv och PTK.

#### 10.4.8 Förslaget till tjänstedirektiv

I januari 2004 presenterade kommissionen ett förslag till direktiv om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet).<sup>57</sup> Förslaget är ett led i Lissabonstrategin och baseras på bl.a. artiklarna 47.2 och 55 i EG-fördraget, på vilka även utstationeringsdirektivet vilar. Ett syfte är att avskaffa hinder för etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster. Det är fråga om ett s.k. ramdirektiv; avsikten är inte att detaljreglera tjänsteverksamhet eller åstadkomma en fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning på området.

Direktivet är horisontellt och är tillämpligt på alla tjänster av ekonomisk karaktär som erbjuds eller tillhandahålls av en juridisk person som är etablerad i en medlemsstat (artiklarna 2.1 och 4 punkt 5).<sup>58</sup> Vissa verksamheter är undantagna (finansiella tjänster, elektronisk kommunikation och transporttjänster). Vidare omfattas inte s.k. icke-ekonomiska tjänster i allmänhetens intresse. Sådana tjänster beskrivs på följande sätt. "[V]erksamhet som inte är av ekonomisk art eller där betalning inte förekommer, när det gäller den verksamhet som staten bedriver utan ekonomisk ersättning inom ramen för sitt uppdrag på de sociala och kulturella områdena samt inom utbildnings- och rättsväsende." (sammanfattningen s. 21).

I syfte att underlätta den fria rörligheten för tjänster (dvs. tillfälligt gränsöverskridande tjänsteverksamhet) utgår direktivförslaget från en ursprungslandsprincip som innebär att ett tjänsteföretag omfattas endast av nationella bestämmelser i det land där företaget är etablerat (ursprungssmedlemsstaten). Principen gäller inom det s.k. samordnade området, i direktivet definierat som "alla krav som skall tillämpas på rätten att starta eller utöva tjänsteverksamhet" (artikel 4.9).<sup>59</sup> Det åligger medlemsstaterna att se till att ursprungslandsprincipen respekteras; särskilt beträffande

---

<sup>57</sup> KOM (2004) 2 slutlig.

<sup>58</sup> Direktivet omfattar även tjänster som tillhandahålls av fysiska personer som är medborgare i en medlemsstat.

<sup>59</sup> Av beaktandesats 21 framgår att alla krav omfattas oberoende av om de rör ett område som är harmoniserat på gemenskapsnivå eller ej och oberoende av till vilket rättsområde de hör enligt nationell lagstiftning.

nationella bestämmelser om bl.a. tjänsteföretagets beteende och ansvar (artikel 16.1).

En rad undantag från ursprungslandsprincipen finns, bl.a. för det område som täcks av utstationeringsdirektivet (artikel 17 punkt 5).<sup>60</sup> Det huvudsakliga ansvaret för tillsynen av att utstationeringsdirektivets krav respekteras vilar på värdlandet (artikel 24). Dock får inte krävas av det utstationerande företaget eller av en utstationerad arbetstagare att anställningsrelaterade handlingar förvaras inom värdlandets territorium eller enligt de villkor som gäller där. Ursprungsmedlemsstaten har en viss upplysnings-skyldighet gentemot värdlandet om exakta uppgifter om oegentligheter beträffande anställnings- eller arbetsvillkoren föreligger och en skyldighet att se till att uppgifter om sådana villkor bevaras upp till två år efter utstationeringens slut.

Direktivförslagets ingress är motsägelsefull; det uppges att syftet inte är att behandla rena arbetsrättsliga frågor (beaktandesats 58) samtidigt som det sägs att värdlandet inte bör få vidta åtgärder som begränsar den fria rörligheten beträffande andra anställnings- och arbetsvillkor än de som anges i utstationeringsdirektivet (beaktandesats 59).

Ursprungslandsprincipen har kritiserats hårt; på arbetsrättens område har talats om att en tillämpning av principen kan leda till en kapplöpning till en minimistandard (ett s.k. race to the bottom).<sup>61</sup> Direktivförslaget behandlades i en plenaromröstning i Europaparlamentet den 16 februari 2006.

Omröstningen resulterade i att kommissionens förslag antogs, dock i ett grundligt ändrat skick. Den kontroversiella artikel 16 om ursprungslandsprincipen har ändrats och har nu rubriken "Frihet att tillhandahålla tjänster". Vidare har parlamentet bl.a. gjort ett tillägg som innebär att direktivets bestämmelser inte hindrar medlemsstaterna från att, i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen, tillämpa egna regler om anställningsvillkor, inklusive regler i kollektivavtal, på tjänsteleverantörer från andra medlemsstater. Direktivet skall inte heller "påverka arbetslagstiftningen, såsom de bestämmelser som avser förbindelserna mellan arbetsmarknadens parter, inbegripet rätten att vidta fackliga åtgärder och teckna kollektivavtal".<sup>62</sup> Arbetet med förslaget fortsätter nu.

<sup>60</sup> Ursprungslandsprincipen kan även avtalas bort genom parternas lagval (artikel 17 punkt 20).

<sup>61</sup> Maiers analys s. 28.

<sup>62</sup> Detta citat, liksom den övriga ovan återgivna informationen om utfallet av plenaromröstningen, har hämtats från Europaparlamentets hemsida. Någon fylligare information om

### 10.4.9 Sammanfattning

ILO-konventionen innebär att de villkor (t.ex. lönevillkor) som gäller där arbetet utförs skall vara normerande i samband med offentlig upphandling. Konventionen kan alltså sägas ge uttryck för en värdlandsprincip i situationer som innebär att ett val måste göras angående tillämpliga villkor. Om konventionen ratificeras av en stat som är medlem i EU, uppkommer frågan hur denna värdlandsprincip står sig mot EG-domstolens praxis om godtagbara inskränkningar i den fria rörligheten och de gemenskapsrättsliga principerna för lagval.

Konventionen syftar till att skydda arbetstagares rättigheter, dvs. till att tillgodose ett sådant allmänt intresse som i princip godtagits i EG-domstolens praxis. Samma praxis innebär emellertid att ett sådant syfte inte med automatik rättfärdigar inskränkningar i den fria rörligheten. En tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande kan visa att det allmänna intresset tillgodoses genom ursprungslandets lagstiftning. Romkonventionen leder ofta till en tillämpning av ursprungslandets regler. Utstationeringsdirektivet bygger på en värdlandsprincip medan det ursprungliga förslaget till tjänstedirektiv uttryckte en ursprungslandsprincip. Områden som omfattas av utstationeringsdirektivet var dock undantagna från ursprungslandsprincipen enligt det ursprungliga direktivförslaget. Till bilden hör också de reaktioner som förslaget till tjänstedirektiv mött, särskilt beträffande arbetsrättsliga frågor, och utvecklingen inom EU mot ett allt större socialt hänsynstagande vid uppbyggandet av den inre marknaden (se avsnitt 6.4 ovan om möjligheten att ställa sociala krav vid upphandling).

Mot den angivna bakgrunden är av särskilt intresse att se om det av upphandlingsdirektiven går att läsa ut någon särskild lösning för det fall att olika regelsystem kolliderar.

---

direktivförslagets aktuella innehåll har i detta sena skede av utredningsarbetet inte kunnat inhämtas. – Det kan tilläggas att föredraganden i det ansvariga utskottet (utskottet för den inre marknaden) förespråkade en värdlandsprincip på arbetsrättens område. Nationella regelsystem som avsågs var lag och (troligtvis allmängiltigförklarade) kollektivavtal. I Maiers analys s. 32 diskuteras osäkerheten om vilket slag av kollektivavtal som kan ha avsetts.



## 10.5 ILO-konventionen<sup>63</sup> och upphandlingsdirektiven

### 10.5.1 Offentligt kontrakt

ILO-konventionen är primärt avsedd att tillämpas på förhållanden inom ett land men är även tillämplig på gränsöverskridande situationer.<sup>64</sup>

En grundläggande förutsättning för att konventionen skall vara tillämplig är att ett kontraktuellt (dvs. civilrättsligt) förhållande föreligger. Förhållandet skall vara på visst sätt kvalificerat; det skall vara fråga om ett offentligt kontrakt (artikel 1). Partsställningen och prestationerna avgör om ett sådant kontrakt föreligger. Definitionen av begreppet offentligt kontrakt indikerar att konventionen är avsedd att tillämpas på kontrakt om offentlig upphandling (Krüger m.fl. s. 219).

I det följande betecknas en stat som ratificerat konventionen som en konventionsstat.

### 10.5.2 Offentlig myndighet

Åtminstone en av parterna i kontraktet skall vara en *offentlig myndighet* (artikel 1.1 a). Tillämpningen av konventionen är obligatorisk beträffande *centrala myndigheter* (artikel 1.1 d). Vad gäller *andra myndigheter* än centrala överlämnas åt konventionsstaten att bestämma om och i vilken utsträckning konventionen skall tillämpas (artikel 1.2).

Några definitioner av de olika myndighetsbegreppen ges inte i konventionen. Internationella arbetsbyrån har inom ramen för systemet med ”informal opinion” (se avsnitt 10.3.2) tagit ställning till den närmare innebörden. Följande har uttalats..

Consequently, it appears to have been the intent of the Conference to provide a certain margin to national legal systems in defining the term ”public authority” and in determining the extent to which different types of public and semi-public corporations, such as companies which are publicly owned, but organized on a basis of private law, shall be treated as public authorities in the application of the Convention.<sup>65</sup>

Thus, while the Convention has to be applied to departments and agencies under the direct control of the central government, its application to local authorities and to autonomous public bodies and

<sup>63</sup> Redovisningen är baserad på Krüger m.fl. Övriga källor anges löpande i fotnoter.

<sup>64</sup> A global approach s. 282 och Maier s. 396.

<sup>65</sup> Uttalandet gjordes av arbetsbyrån i ett brevsvår till Danmark år 1990.

institutions would be a matter for determination by the Government under the discretion granted by Article 1, paragraph 2.<sup>66</sup>

Thus, the term "other authorities" was introduced with "local authorities" in mind [...].<sup>67</sup>

The term "local authority" may mean the authority of a province, a department, a region, a municipality, a port, etc., according to the country concerned.<sup>68</sup>

En medlemsstat får anses ha ett relativt stort mått av frihet att definiera de olika myndighetsbegreppen på ett sätt som passar dess interna rättsordning. Krüger m.fl. konstaterar (s. 217).

The fact that a large margin of discretion regarding the definition of the terms central and public authority has been left to the Member States, may explain why the terms have not caused any severe difficulties within the framework of the supervisory procedure.

Avgörande för konventionens obligatoriska tillämpning torde vara graden av statligt inflytande på beställarsidan.

Myndigheten skall vara beställare. Myndighetens medkontrahent (leverantören) kan däremot vara vem som helst (t.ex. även en myndighet eller ett offentligt kontrollerat subjekt).

Följande *skillnader i förhållande till upphandlingsdirektiven* kan noteras. Konventionen är tvingande endast beträffande centrala myndigheter medan direktiven täcker även upphandlingar som görs av regionala och lokala myndigheter (artikel 1.9 första stycket i det klassiska direktivet och artikel 2.1 a första stycket i försörjningsdirektivet)<sup>69</sup>; försörjningsdirektivet skall vidare tillämpas på upphandlingar som görs av företag som saknar varje inslag av offentligt inflytande men bedriver verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt (artikel 2.2 b i försörjningsdirektivet). Vidare undantas upphandlingar mellan upphandlande myndigheter eller mellan en upphandlande enhet och ett s.k. anknutet företag under vissa förutsättningar från direktivens tillämpningsområde

---

<sup>66</sup> Uttalandet gjordes av arbetsbyrån i ett brevsvår till Fidji år 1978.

<sup>67</sup> Brevsvaret till Danmark.

<sup>68</sup> Brevsvaret till Danmark. Uttalandena i svaret till Danmark upprepades huvudsakligen i ett senare svar till Sverige i samband med att ratifikationsfrågan senast var aktuell här (arbetsbyråns brevsvår till MariAnne Olsson den 22 mars 1996).

<sup>69</sup> Krüger m.fl. anmärker. "Furthermore, the development in the public sector and the privatisation of entities working in the water, energy, transport and telecommunications sectors have brought these areas outside the application of the ILO Convention 94. – – – Also, the fact that a state has the option to restrict the application of the ILO Convention to central authorities only, is a very limiting factor. Most important public contracts nowadays can be said to be made by local or regional authorities. In this respect the ILO Convention has become partly outdated." (s. 219).

(artikel 18 i det klassiska direktivet och artikel 23 i försörjningsdirektivet).

En svensk ratifikation av konventionen kräver ett ställningstagande till vilka offentliga organ som skall omfattas av dess krav.<sup>70</sup> En möjlighet kan vara att göra konventionens krav tillämpliga på sådana subjekt som täcks av upphandlingsdirektivens definition av begreppet myndighet.

### 10.5.3 Prestationerna

Ett offentligt kontrakt innebär att prestationer växlas.<sup>71</sup> Den beställande myndighetens prestation består av att ge leverantören någon form av vederlag. Konventionen talar om "ianspråktagande av allmänna medel". Hur uttrycket skall tolkas framgår inte av konventionen.<sup>72</sup>

På leverantörssidan skall kontraktet avse uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning, framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd och utrustning eller utförande eller tillhandahållande av tjänster (artikel 1.1 c). Vilka slags kontrakt konventionen täcker berördes inte när konventionstexten arbetades fram. Frågan ställs heller inte på sin spets förrän konventionen bryts mot ett annat regelsystem (t.ex. upphandlingsdirektiven). Krüger m.fl. konstaterar dock följande (s. 219).

When we study the types of contract listed within the Convention No 94 and compare that list with the scope of application of the EC Directives we note that Article 1(1)(c) in principle seems to cover all four important Directives; 93/37 (Public Works contracts), 93/36/EEC (Public Supply contracts), 93/38/EEC (Utilities) and 92/50/EEC (Public Service). The classification of the contract (as Public Work or Service etc.) is therefore of no relevance when the rules of the Convention 94 apply.

---

<sup>70</sup> Konventionen skulle med all sannolikhet bli tvingande för Regeringskansliet och myndigheter under regeringen. Kommunala och landstingskommunala myndigheter torde falla utanför det obligatoriska tillämpningsområdet.

<sup>71</sup> Av upphandlingsdirektiven framgår att ett upphandlingskontrakt är ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor, dvs. att tillhandahållandet enligt kontraktet skall ske mot ersättning (artikel 1.2 a i det klassiska direktivet och artikel 1.2 a i försörjningsdirektivet).

<sup>72</sup> Enligt punkt 1 i ILO-rekommendationen är det önskvärt att villkor som i allt väsentligt motsvarar vad konventionen kräver tillämpas även i samband med beviljande av statsbidrag eller när tillstånd att driva allmännyttig verksamhet ges. Sådant tillstånd kan bl.a. ges i form av koncession. Upphandlingsdirektiven undantar vissa koncessioner (artiklarna 17 och 57 i det klassiska direktivet och artikel 18 i försörjningsdirektivet).

Uttalandet är relevant även med avseende på de nya upphandlingsdirektiven.

Om leverantörens prestation fordrar ”anlitande av arbetskraft”, är konventionen tillämplig (artikel 1.1 b ii). Krüger m.fl. fortsätter (s. 219).

On the other hand it is obvious that the Works and Services Directives in practice will be the most important. In these cases the contractor typically fulfils his/her contractual duties by using a work force.

Konventionen är tillämplig även på arbete som utförs av en underentreprenör (underleverantör) eller av den på vilken ett kontrakt överlåtits (artikel 1.3). Konventionens krav skall inte kunna kringgå genom att leverantören sätter någon annan i sitt ställe. Vad som skall förstås med underleverantör respektive den på vilken kontraktet överlåtits lämnas till konventionsstaten att avgöra. Den beställande myndigheten skall vidta lämpliga åtgärder för att trygga konventionens tillämpning i de aktuella fallen. Innebörden anses vara att villkoren måste göras direkt tillämpliga på underleverantören respektive den som övertagit kontraktet trots att det aktuella företaget inte står i något direkt avtalsförhållande till myndigheten.<sup>73</sup>

Enligt *upphandlingsdirektiven* får en upphandlande myndighet begära att leverantören i sitt anbud anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underleverantörer och vilka underleverantörer som föreslås (artikel 25 i det klassiska direktivet och artikel 37 i försörjningsdirektivet). Det ankommer på medlemsstaten att avgöra om leverantören skall vara skyldig att lämna sådana uppgifter. Utredningen har avstått från att föreslå att en sådan skyldighet skall införas (delbetänkandet s. 298 och 493).<sup>74</sup>

Leverantören har rätt att hänvisa till andra företags ekonomiska och tekniska kapacitet (artiklarna 47.2 och 48.2 i i det klassiska direktivet och 54.5 och 6 i försörjningsdirektivet).<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> A global approach s. 284.

<sup>74</sup> En leverantör kan aldrig befria sig från sitt kontraktuella ansvar gentemot myndigheten genom att lägga ut arbete på en underleverantör. Detta framgår uttryckligen av direktiven (artikel 25 i det klassiska direktivet och artikel 37 i försörjningsdirektivet) och gäller även enligt svensk rätt. I regel torde därför myndigheten inte ha anledning att särskilt kontrollera underleverantören eftersom ansvaret fullt ut vilar på myndighetens medkontrahent. En annan sak är att en leverantör kan uteslutas om underleverantören brister i ekonomisk eller teknisk kapacitet. Däremot torde inte en leverantör kunna uteslutas på den grunden att leverantören anlitar en underleverantör med dåligt renommé, Krüger m.fl. s. 221 och Branschsaneringsutredningens huvudbetänkande (SOU 1997:111) s. 512.

<sup>75</sup> Även en grupp av leverantörer kan, oberoende av juridisk form, lämna anbud (artikel 4.2 i det klassiska direktivet och 11.2 i försörjningsdirektivet).

#### 10.5.4 Obligatoriskt kontraktinnehåll

ILO-konventionen fokuserar på den del av leverantörens prestation som innebär att arbetskraft anlitas (i det följande talas om arbetstagare). Konventionen kräver att en leverantör som är part i ett offentligt kontrakt åtar sig att erbjuda sina arbetstagare ”lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor” som inte understiger en viss nivå (artikel 2.1). Inom dessa områden råder inte avtalsfrihet vare sig mellan den beställande myndigheten och leverantören eller mellan leverantören och arbetstagaren (eller mellan leverantören och en eventuell underleverantör och, i sin tur, mellan underleverantören och dennes arbetstagare).

Villkoren skall formuleras av den upphandlande myndigheten i samråd med berörda arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer (artikel 2.3).<sup>76</sup> Det överlämnas åt varje konventionsstat att bestämma det närmare tillvägagångssättet. Villkoren måste utgöra kontraktinnehåll även om nationella arbetsrättsliga regler skulle vara tillämpliga på arbetet.<sup>77</sup> En hänvisning i kontraktet till relevanta nationella regler kan dock räcka (punkt 2 i ILO-rekommendationen).

Konventionen definierar inte begreppet lön. I ILO-rekommendationen talas om ”normallönesatser och övertidsersättningar (inklusive olika slags tillägg)” (punkt 2 a). Krüger m.fl. argumenterar för en vid tolkning och utesluter inte att ”[d]ifferent kinds of allowances, fringe benefits, even occupational pension schemes” skulle kunna täckas (s. 228).<sup>78</sup>

Rekommendationen talar i övrigt beträffande villkor om ”sättet för arbetstidens reglering [...] semester och sjukledighet” (punkt 2 b och c).<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Krüger m.fl. konstaterar. “From the preparatory work it follows that it is only when the labour clause is drafted or in connection with any substantial amendment of the clause, i.e. not in connection with the drafting of the clause on each occasion that a contract is awarded, that a consultation procedure is required.” (s. 239).

<sup>77</sup> A global approach s. 286.

<sup>78</sup> Jfr artikel 3.1 första stycket c i utstationeringsdirektivet som uttryckligen undantar yrkesanknutna tilläggs-pensionssystem.

<sup>79</sup> Enligt 5 § utstationeringslagen är arbetstidslagen (1982:673) och arbetsmiljölagen (1977:1160) samt vissa bestämmelser i semesterlagen (1997:480) tillämpliga på en utstationerad arbetstagare. Semesterlagen är tvingande till arbetstagarens förmån och ger viss möjlighet till avvikelse genom kollektivavtal på central nivå. Även arbetstidslagen ger en sådan möjlighet; dock med en s.k. EG-spärr som innebär att minst det skydd som föreskrivs i direktiv 2003/88/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden måste upprätthållas (3 §). – Enligt lagen (1991:1047) om sjuklön har en arbetstagare rätt att behålla lön och andra anställningsförmåner vid sjukdom (1 §). Sjuklönelagen är tvingande till arbetstagarens

Konventionen hänvisar till olika nationella regelsystem. Ett system är givetvis intern lag (artikel 2.1 c). Därtill kommer kollektivavtal, andra godtagna förhandlingssystem eller skiljedom (artikel 2.1 a och b; i det följande talas endast om kollektivavtal). Om nationella regler saknas, hänvisar konventionen till förekommande branschstandard (artikel 2.2 b). Konventionen vilar alltså (i likhet med utstationeringsdirektivet) på världsprincipen.

Konventionen kräver att villkoren ”icke äro mindre gynnsamma” än vad som gäller enligt de angivna regelsystemen. Den närmare innebörden av detta krav är inte helt klar. Konventionen utgår från att kollektivavtalsreglerade villkor i regel är de för arbetstagarna mest gynnsamma.<sup>80</sup> Att märka är att konventionen inte kräver att leverantören själv skall vara bunden av kollektivavtal.

Ett kollektivavtal måste, för att fungera som standard enligt konventionen, uppfylla vissa kriterier med avseende på avtalsparter, geografiskt tillämpningsområde och innehåll (artikel 2.1 a). Avtalet skall gälla mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som är representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna respektive arbetstagarna inom det aktuella yrket eller den aktuella branschen. Det skall gälla i det område där arbetet utförs eller, i förekommande fall, närmast jämförbara område.<sup>81</sup> Slutligen skall avtalet avse arbete av samma art inom det aktuella yrket eller den aktuella branschen som det arbete som kontraktet aktualiserar. Konventionen kräver inte att kollektivavtalet skall vara allmängiltigförklarat.

---

förmån och ger möjlighet att avvika från vissa bestämmelser genom kollektivavtal på central nivå.

<sup>80</sup> A global approach s. 285 och Krüger m.fl. s. 227.

<sup>81</sup> Krüger m.fl. frågar sig följande. “If the contract party has agreed with the public authority to send out workers to perform work on the territory of another state one could ask whether Convention No 94 provides that the minimum standard of that region should apply. From the perspective of the internationalised and integrated economic market and the approach adopted in the Posting of workers Directive [utstationeringsdirektivet] such an interpretation would seem quite natural and there is nothing in the text of the Convention excluding such an interpretation. Therefore there are good grounds to give the Convention this large territorial application, although at the time for the drafting of the Convention this idea was hardly in the minds of the architects of the Convention.” (s. 232 f.).

### 10.5.5 Närmare om förhållandet till upphandlingsdirektiven m.m.

I sammanhanget bör nämnas att EU-medlemsstaterna är bundna – förutom av upphandlingsdirektiven – av bestämmelserna i Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA).<sup>82</sup>

Enligt GPA får en produkt, tjänst eller leverantör från en stat som är part i avtalet inte behandlas mindre förmånligt än en inhemsk produkt, tjänst eller leverantör (artikel III.1 a). Vidare får en produkt, tjänst eller leverantör från en avtalsslutande part inte behandlas mindre förmånligt än en produkt, tjänst eller leverantör från en annan avtalsslutande stat (artikel III.1 b).<sup>83</sup> Urvalskriterier skall begränsas till vad som krävs för att fullgöra det aktuella kontraktet (artikel VIII b). Som tilldelningskriterier gäller antingen lägst pris enbart eller vad som är mest fördelaktigt (artikel XIII.4 b).<sup>84</sup>

I beaktandesats 7 i det klassiska direktivet och i beaktandesats 14 i försörjningsdirektivet konstateras att GPA inte har direkt effekt och att medlemsstaterna bör följa GPA. I artikel 5 i det klassiska direktivet och i artikel 12 i försörjningsdirektivet åläggs medlems-

---

<sup>82</sup> Endast vissa av WTO:s medlemmar är parter i GPA, nämligen – förutom EG och dess medlemsstater – Hong Kong, Island, Israel, Japan, Kanada, Kina, Lichtenstein, Nederländerna beträffande Aruba, Norge, Schweiz, Singapore, Sydkorea och USA (av dessa har Israel, Norge och Singapore ratificerat konventionen). I likhet med upphandlingsdirektiven täcker GPA upphandlingar vars värde överstiger vissa tröskelvärden; för statliga myndigheters upphandling av varor och tjänster är tröskelvärdet 130 000 SDR (ca 1,4 milj. SEK), inom försörjningssektorerna är värdet 400 000 SDR (ca 4,5 milj. SEK) och för byggentreprenader 5 milj. SDR (ca 56,8 milj. SEK).

<sup>83</sup> Arrowsmith konstaterar att "[o]ne of the most controversial and important questions under the GPA is the extent to which these rules affect states' ability to pursue social, political and environmental policies in public procurement." (s. 1331).

<sup>84</sup> En jämförelse kan göras med artikel 53.1 a i det klassiska direktivet och artikel 55.1 a i försörjningsdirektivet som talar om det *ekonomiskt* mest fördelaktiga anbudet. Krüger m.fl. konstaterar att "[t]he word *economically* does not appear in the GPA whose wording would appear to allow for a broad scope of criteria including employment related and non-commercial ones to be taken into account when determining which tender is the most advantageous. The question as to whether the GPA presupposes that only economic and not political criteria may be taken into account is, however, a matter of discussion" (s. 31). – Det kan tilläggas att EG inom ramen för WTO:s system för tvistlösning riktat klagomål mot USA med anledning av lagstiftning inom en delstat som innebar att en myndighet inte fick anlita leverantörer som hade affärsförbindelser med Burma (WT/DS88/3). EU gjorde gällande att den aktuella lagstiftningen stred mot artiklarna VIII b och XIII.4 b i GPA eftersom lagstiftningen innebar att politiska, snarare än ekonomiska, kriterier tillämpades vid offentliga upphandling. Tvistlösningen fullföljdes inte av formella skäl.

staterna att sinsemellan tillämpa lika förmånliga villkor som de villkor som gäller för leverantörer från tredje land enligt GPA.<sup>85</sup>

*Upphandlingsdirektiven* reglerar förfarandet fr.o.m. offentliggörandet av att en viss upphandling skall genomföras t.o.m. tidpunkten då ett tilldelningsbeslut föreligger. Visar sig prestationen därefter inte vara kontraktsenlig står vanliga kontraktuella påföljder till buds (hävning, skadestånd osv.).

Upphandlingsdirektiven vilar, liksom utstationeringsdirektivet och förslaget till tjänstedirektiv, på artiklarna 47.2 och 55 i EG-fördraget.<sup>86</sup> Syftet är alltså att undanröja hinder för den fria rörligheten. Som framgått bygger upphandlingsdirektiven på ett ekonomiskt ratio (se avsnitt 6.4.1). Detta visar sig också i att det slutliga valet av leverantör styrs av antingen lägst pris enbart eller av vad som – med beaktande av även andra kriterier – är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (artikel 53.1 i det klassiska direktivet och artikel 55.1 i försörjningsdirektivet). Priset påverkas i hög grad av kostnaden för arbetskraften som i sin tur beror av vilka anställnings- och arbetsvillkor som tillämpas.

Allmänt gäller att de krav som en upphandlande myndighet ställer på leverantören inte får strida mot EG-rätten (se avsnitt 10.4.1). Som exempel på ett godtagbart krav på hur ett upphandlingskontrakt skall fullgöras nämns i beaktandesats 33 i det klassiska direktivet och i beaktandesats 44 i försörjningsdirektivet en skyldighet att följa bestämmelserna i ”grundläggande ILO-konventioner” som inte har införlivats i medlemsstatens nationella lagstiftning. Uttrycket torde avse de konventioner som gäller föreningsfrihet (nr 87 och 98), tvångsarbete (nr 29 och 105), diskriminering (nr 100 och 111) och barnarbete (nr 138 och 182).<sup>87</sup>

Som redovisats har EG-domstolen öppnat för ett ökat socialt hänsynstagande i samband med offentlig upphandling (jfr beaktandesats 1 i båda direktiven (se avsnitt 6.5).

---

<sup>85</sup> Utredningen har ansett att det inte finns något behov av att införa bestämmelser motsvarande artiklarna 5 och 12 i de nya upphandlingslagarna, delbetänkandet s. 203 f. och 403.

<sup>86</sup> Upphandlingsdirektiven har även artikel 95 som grund och utgör därmed ett led i uppbyggandet av den inre marknaden.

<sup>87</sup> ILO betecknar för egen del dessa konventioner som grundläggande på sin hemsida. Se även KOM (2001) 566 slutlig, avsnitt 3.1. Brian Bercusson och Niklas Bruun, *Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU*, Nielsen och Treumer (ed.), *The New Public Procurement Directives*, Djöf Publishing, 2005, konstaterar att det förslag till klassiskt direktiv som arbetades fram under lagstiftningsprocessen godtog ”that ‘contract performance conditions’ include ‘basic ILO Conventions’, but did not specify which Conventions. So the scope of the labour standards that could be specified as contract performance conditions was not clear.” (s. 99).



Beaktandesats 34 i det klassiska direktivet har följande lydelse (beaktandesats 45 i försörjningsdirektivet är i allt väsentligt likalydande).

Gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd<sup>88</sup> på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapsrätten. För gränsöverskridande verksamhet, när arbetstagare i en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat i samband med fullgörandet av ett offentligt kontrakt, fastställs i [utstationeringsdirektivet] de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarna. Om det i nationell rätt ingår bestämmelser i detta avseende, kan det om dessa förpliktelser inte uppfylls betraktas som ett allvarligt fel eller som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik, som kan medföra att den ekonomiska aktören utesluts från det offentliga upphandlingsförfarandet.

Beaktandesatserna fångas upp av artikel 27 i det klassiska direktivet och artikel 39 i försörjningsdirektivet. Artiklarna har, såvitt nu är av intresse, rubriken ”Skyldigheter avseende bestämmelser om ... anställningsskydd (i försörjningsdirektivet 'arbetarskydd') och arbetsvillkor”.<sup>89</sup> Enligt artiklarna överlämnas till varje medlemsstat att avgöra om en upphandlande myndighet eller enhet skall åläggas att i förfrågningsunderlaget upplysa om var en leverantör kan få information om nationella bestämmelser om bl.a. ”arbetarskydd och arbetsvillkor”<sup>90</sup> som gäller vid utförandet av sådant arbete som omfattas av upphandlingskontraktet. Om sådan information lämnas, skall myndigheten eller enheten kräva att leverantören bekräftar att bestämmelserna beaktats när anbudet utformats. Regleringen i direktivet avser upphandling av byggentreprenader och tjänster men inte varor. Utredningen har avstått från att föreslå att en upplysningsskyldighet av aktuellt slag skall införas (delbetänkandet s. 298 f. och 493 f.).

I beaktandesatserna talas, förutom om författningsregler, om ”kollektivavtal” (collective agreements, conventions collectives, Tarifverträge). I artiklarna 27 respektive 37 talas om ”bestämmelser

<sup>88</sup> I de engelska och franska språkversionerna talas i båda direktiven om ”employment conditions and safety at work” resp. ”conditions de travail et de sécurité de travail”.

<sup>89</sup> I de engelska och franska språkversionerna talas om ”Obligations relating to ... employment protection provisions and working conditions” resp. ”Obligations relatives ... aux dispositions [en matière] de protection [du travail] et aux conditions de travail”.

<sup>90</sup> I de engelska och franska språkversionerna talas om “[employment] protection conditions and ... working conditions” resp. ”dispositions [en matière] de protection [du travail] et ... conditions de travail”.

om arbetarskydd och arbetsvillkor” (employment protection provisions and working conditions, dispositions de protection et conditions de travail, Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen).

Under arbetet med att ta fram upphandlingsdirektiven föreslog Europaparlamentet att en beaktandesats med huvudsakligen samma innehåll som beaktandesats 34 skulle införas i det klassiska direktivet och att artikel 27 i samma direktiv skulle ha bl.a. följande innehåll (kursiveringar tillagda).<sup>91</sup>

Entreprenörer skall vara skyldiga att följa de bestämmelser om anställningsskydd, arbetsvillkor och arbetsrätt, inklusive såväl kollektiva som individuella rättigheter, som följer av tillämpliga arbetstidslagar, domstolsbeslut och *allmänt tillämpliga* kollektivavtal under förutsättning att dessa är förenliga med befintlig gemenskapslagstiftning och allmänna regler och principer i gemenskapsrätten [...]. Om situationen rör flera länder skall det emellertid säkerställas att samma villkor som de som återfinns i [utstationeringsdirektivet] tillämpas. [...] Bestämmelserna får inte hindra en tillämpning av bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor som är gynnsammare för arbetstagarna, under förutsättning att bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten.

Av motiveringen till förslaget om ändring av artikel 27 framgår att syftet var att bestämma ramen för regler om anställningsskydd och arbetsvillkor. Vidare sägs att man ”[v]id formuleringen var ... noga med att reglerna skulle vara i enlighet med ILO-konventionen 94 och [utstationeringsdirektivet]”.<sup>92</sup> Av de föreslagna ändringarna blev beaktandesats 34. Kommissionen ansåg att hänvisningen till utstationeringsdirektivet låg i linje med vad kommissionen själv anfört i sitt tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling<sup>93</sup> och anförde vidare.<sup>94</sup>

Vid offentlig upphandling skall naturligtvis det anbudsgivande företaget följa arbets- och sociallagstiftningen i det land där det är etablerat och, i förekommande fall, i det land där tillhandahållandet görs (jfr [tolkningsmeddelandet]). Påminnelse om detta kan ingå i ett skäl. Den bör dock inte figurera i huvudtexten eftersom syftet med

<sup>91</sup> Betänkande av utskottet för rättsliga frågor och den inre marknaden (JURI-utskottet), A5-378/2001 Par1 slutlig (första läsningen), ändringsförslag 11 och 51.– Ekonomiska och sociala kommittén (numera Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén) hade i sitt yttrande över kommissionens förslag anfört att det av direktivet borde framgå att ILO:s konvention nr 94 måste respekteras, EGT nr C 193, 10.7.2001, s. 8.

<sup>92</sup> JURI-utskottet gjorde i sak motsvarande uttalande beträffande förslaget till försörjningsdirektiv, A5-245/2003 slutlig (andra läsningen), ändringsförslag 34.

<sup>93</sup> KOM (2001) 566 slutlig, EGT nr C 333, 28.11.2001, s. 27.

<sup>94</sup> EGT nr C 203 E, 27.8.2002, s. 219.

direktiven om offentlig upphandling är att samordna upphandlingsförfarandena och inte att införa särskilda krav för företagen när det gäller arbets- och sociallagstiftningen eller andra bestämmelser.

I tolkningsmeddelandet sägs bl.a. följande (s. 34 ff.).

Frågor har vid upprepade tillfällen ställts om hur man i samband med offentlig upphandling skall tolka och tillämpa vissa lagar och bestämmelser som gäller på det sociala området, något som tycks vara svårt att få grepp om i detta sammanhang, särskilt när det rör kontraktets utförande. Ofta ställs t.ex. frågor om hur arbetsrätten och bestämmelserna om arbetsmiljöskydd skall tillämpas för anställda som utstationerats av ett företag för att utöva en tjänst i en annan medlemsstat, särskilt eftersom anbudsgivaren måste ta hänsyn till dessa villkor vid utarbetandet av sitt anbud. – – – När det gäller gränsöverskridande situationer är det särskilt i mottagarlandet gällande krav som rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset (förteckningen över dessa regler lyftes upp på gemenskapsnivå genom [utstationeringsdirektivet]) som skall följas av tjänsteleverantören, utan att principen om likabehandling överträds. – – – När det rör offentlig upphandling ger [utstationeringsdirektivet] också möjlighet att säkerställa att samma regler gäller för alla anbudsgivare och att klargöra den rättsliga situationen när det gäller vilka faktorer som skall tas med i beräkningen vid utarbetandet av anbudet. – – – I direktivet [...] införs således vissa ”sociala klausuler” i förhållandet mellan en tjänsteleverantör som har sin verksamhet i en medlemsstat och den part till vilken tjänsten levereras, exempelvis en offentlig myndighet, som befinner sig i en annan medlemsstat [...].

Sammanfattningsvis förefaller upphandlingsdirektiven indirekt acceptera en värdlandsprincip inom det arbetsrättsliga området.<sup>95</sup> Vidare står klart att en tillämpning av, förutom författningsreglerade villkor, även villkor i allmängiltigförklarade kollektivavtal godtas. Ett svar på frågan om ett krav på villkor i enlighet med vad som gäller enligt svenska kollektivavtal är EG-rättsligt hållbart torde däremot inte gå att finna i direktiven.

---

<sup>95</sup> Maier s. 392 f. med hänvisning. Till bilden hör att artikel 55 i det klassiska direktivet och artikel 57 i försörjningsdirektivet ger en upphandlande enhet möjlighet att förkasta ett anbud som framstår som onormalt lågt när leverantören inte lämnat en tillfredsställande förklaring till det låga priset.

### 10.5.6 Arbetsmiljö

Om tillämpliga regler om "arbetarskydd och välfärdsåtgärder" saknas skall den upphandlande myndigheten vidta lämpliga åtgärder för att berörda arbetstagare skall tillförsäkras "rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden" (artikel 3 i ILO-konventionen). Bestämmelser om säkerhet, hälsa och hygien finns i arbetsmiljölagen och i de föreskrifter som Arbetsmiljöverket utfärdar med stöd av lagen. Enligt 5 § utstationeringslagen är arbetsmiljölagen i sin helhet tillämplig på utstationerade arbetstagare. Enligt förarbetena till utstationeringslagen ansågs arbetsmiljölagen redan då i princip tillämplig i sin helhet på en utstationerad arbetstagare (prop. 1998/99:90 s. 23 och 66).

### 10.5.7 Efterlevnad

Konventionen föreskriver tre typer av åtgärder för att säkra att dess krav efterlevs.

En åtgärd är att leverantören i egenskap av anbudsgivare skall få kännedom om det obligatoriska kontraktsinnehållet (artikel 2.4). Enligt *upphandlingsdirektiven* skall särskilda krav framgå av annonsen om upphandlingen eller av förfrågningsunderlaget (artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet). Därtill kommer direktivens detaljföreskrifter om annonsering (artikel 36 i det klassiska direktivet med hänvisningar och artiklarna 40.2 och 42 i försörjningsdirektivet med hänvisningar). Som nämnts kan medlemsstaten införa en skyldighet för den upphandlande enheten att, vid upphandling av entreprenader eller tjänster, i förfrågningsunderlaget ange var upplysningar om aktuella arbetsvillkor finns att få.<sup>96</sup>

Ett annat slag av åtgärder avser den närmare utformningen av det nationella system som syftar till att uppfylla konventionens krav. De nationella bestämmelserna skall delges alla berörda, ange vem som är ansvarig för att bestämmelserna efterlevs och innehålla föreskrifter om att bestämmelserna skall anslås på berörda arbetsplatser (artikel 4.a). Om inte andra åtgärder vidtagits för att säkra efterlevnaden av bestämmelserna, skall arbetstid och utbetalad lön registreras på lämpligt sätt och ett lämpligt

---

<sup>96</sup> Om det, vid en eventuell svensk ratifikation, blir aktuellt att införa en sådan skyldighet kan en möjlighet vara att knyta an till Arbetsmiljöverkets funktion som förbindelsekontor enligt utstationeringslagen.

inspektionssystem skall upprätthållas (artikel 4.b).<sup>97</sup> Regleringen i artikel 4 – som ger ett något föråldrat intryck – berör sådant som inte behandlas i upphandlingsdirektiven. Att märka är att de s.k. rättsmedelsdirektiven, som reglerar möjligheterna till överprövning av beslut i samband med ett upphandlingsförfarande, gäller den förfördelade leverantörens – och inte arbetstagarens – rättigheter.

En tredje sorts åtgärder gäller sanktioner. ”Lämpliga påföljder” skall drabba den leverantör som bryter mot villkoren, dvs. mot kontraktet (artikel 5.1). Avstängning från kontrakt med offentlig myndighet anges som exempel. Framtida kontrakt torde avses. Vidare skall ”lämpliga åtgärder” vidtas om arbetstagarnas löner inte betalas (artikel 5.2). Innehållande av kontraktsevenlig likvid anges som exempel; ett skäl till att konventionen kräver att arbetsvillkoren skall utgöra kontraktssinnehåll är att kontraktuella påföljder då står till buds. Enbart möjligheten till arbetsnedläggelse anses inte som en tillräcklig åtgärd i konventionens mening.

Enligt *upphandlingsdirektiven* kan en leverantör som dömts för brott mot yrkesetik eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen uteslutas (artikel 45.2 c och d i det klassiska direktivet och artikel 54.4 i försörjningsdirektivet).<sup>98</sup> I den mån bristande efterlevnad av ett offentligt kontrakt enligt medlemsstatens nationella lagstiftning anses som sådana överträdelse är uteslutning möjlig. Dessa uteslutningsgrunder är frivilliga för den upphandlande enheten. Medlemsstaten kan inte gå längre och tillämpa andra grunder än de som räknas upp i direktiven. Därtill kommer, som Krüger m.fl. påpekar, ”that this sanction [dvs. avstängning från kontrakt med offentlig myndighet] must be used in accordance with the principle of proportionality. This means that it is out of question that an extensive contract could be withheld as a result of a minor breach of a labour clause.” (s. 246). Proportionalitetshänsyn gör sig även gällande i fråga om innehållande av kontraktsevenlig likvid.

<sup>97</sup> Någon motsvarighet till utstationeringsdirektivets bestämmelse om rätt att i utstationeringslandet väcka talan mot arbetsgivaren finns inte.

<sup>98</sup> Det överlämnas åt medlemsstaten att definiera vad som är ett allvarligt fel i yrkesutövningen, KOM (2001) 566 slutlig, s. 30. Jfr beaktandesats 34 i det klassiska direktivet och beaktandesats 45 i försörjningsdirektivet enligt vilka överträdelse av nationella bestämmelser som genomför utstationeringsdirektivet kan anses som överträdelse av nu nämnt slag.

### 10.5.8 Undantag<sup>99</sup>

En konventionsstat har vissa möjligheter att undanta ett offentligt kontrakt från konventionens tillämpningsområde. Upphandlingar som uppgår till förhållandevis låga värden kan undantas (artikel 1.4). Konventionen innehåller inte några beloppsgränser. Värdet får dock inte vara så högt att konventionens bestämmelser i praktiken kringgås. Någon form av koppling till upphandlingsdirektivens tröskelvärden kan vara en möjlighet.<sup>100</sup>

Vidare får anställda som är i ledande ställning eller som har tekniska eller vetenskapliga uppgifter undantas, förutsatt att anställningsförhållandena inte regleras av nationell lag, kollektivavtal eller skiljedom och att ifrågavarande anställda i regel inte utför manuellt arbete (artikel 1.5).<sup>101</sup>

Ytterligare möjligheter till undantag avser glesbefolkade områden (eller särskilda företag eller sysselsättningar inom dessa områden) samt situationer av force majeure-karaktär (artiklarna 7 och 8).

## 10.6 Behörigheten att ratificera ILO-konventionen m.m.

### 10.6.1 Svenska regler

En överenskommelse med en annan stat eller med en mellanfolklig organisation ingås av regeringen (10 kap. 1 § RF). Regeringen får inte utan riksdagens godkännande ingå överenskommelsen om överenskommelsen är bindande och innebär att lag måste ändras eller upphävas eller att ny lag måste stiftas eller om överenskommelsen i övrigt gäller i ett ämne i vilket riksdagen skall besluta (10 kap. 2 § första stycket RF). Även i andra fall krävs riksdagens godkännande om överenskommelsen är av större vikt (10 kap. 2 § tredje stycket RF). Att överenskommelsen är bindande innebär att den medför ett ansvar för Sverige som folkrättssubjekt.

I Sverige tillämpas ett dualistiskt synsätt. För att en internationell överenskommelse skall bli tillämplig inom Sverige måste de interna rättsreglerna ändras eller kompletteras om de inte redan

<sup>99</sup> Krüger m.fl. noterar vissa skillnader i förhållande till undantagen enligt bestämmelserna i artikel 3.2–5 i utstationeringsdirektivet (s. 231 f).

<sup>100</sup> En koppling till de tröskelvärden som gäller GPA är en annan möjlighet.

<sup>101</sup> Jfr 1 § andra stycket 1 lagen (1982:80) om anställningsskydd som från lagens tillämpning undantar arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning.

svarar mot innehållet i överenskommelsen (ett monistiskt synsätt innebär att en internationell överenskommelse omedelbart blir en del av den interna rätten).

Överenskommelsen blir en del av den interna svenska rätten antingen genom transformation eller genom inkorporering. Transformation innebär att bestämmelserna i överenskommelsen arbetas om till svensk författningstext. Inkorporering innebär att det i lag eller annan författning föreskrivs att överenskommelsen skall gälla internt som den är (jfr t.ex. Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna).

### 10.6.2 Kompetensfördelningen mellan EG och Sverige

Gemenskapen är en juridisk person som kan ha folkrättsliga rättigheter och skyldigheter (rättssubjektivitet, artikel 281 i EG-fördraget). Internationella avtal med gemenskapen som part ingås av rådet enligt ett visst förfarande (artikel 300). Ett sådant avtal är bindande för gemenskapens institutioner och för medlemsstaterna (artikel 300.7).<sup>102</sup>

I vilken utsträckning gemenskapen kan vara part i ett internationellt avtal bestäms av dess handlingsförmåga och kompetens. Beträffande ILO-konventioner saknar gemenskapen handlingsförmåga eftersom sådana konventioner kan ratificeras endast av medlemmar i ILO, dvs. av stater (se avsnitten 10.3.1 och 10.3.2). Detta behöver inte innebära att gemenskapen också saknar kompetens att ingå ett internationellt avtal inom det område som täcks av en ILO-konvention.<sup>103</sup> Kompetensen grundas i EG-fördraget<sup>104</sup>; den närmare innebörden härav är mångfacetterad.

Av intresse här är närmast om kompetensen beträffande de områden som ILO-konvention nr 94 reglerar kan anses tillkomma gemenskapen ensam eller gemenskapen och Sverige i förening.

I enlighet med den s.k. parallelldoktrinen som utvecklats i EG-domstolens praxis kan gemenskapen härleda sin kompetens från andra omständigheter än enbart en uttrycklig bestämmelse i EG-fördraget. Kompetensen kan underförstått framgå av andra

<sup>102</sup> I artikel 300 (f.d. artikel 228) talas enbart om "avtal" vilket betecknar "varje åtagande som görs av folkrättssubjekt och som har bindande verkan, oavsett den formella beteckningen", EG-domstolens yttrande 1/75, REG 1975 s. 1355; svensk specialutgåva s. 511, punkt A andra stycket.

<sup>103</sup> Maier s. 159.

<sup>104</sup> EG-domstolens dom den 31 mars 1971 i mål 22/70; kommissionen mot rådet (*AETR-domen*), REG 1971 s. 263; svensk specialutgåva s. 551, punkt 16.

bestämmelser i fördraget och av rättsakter som antagits med stöd av fördraget. Om gemenskapen antagit en rättsakt inom ett visst område för att förverkliga fördragets mål, har gemenskapen även kompetens att ingå ett internationellt avtal som berör detta område.<sup>105</sup> Medlemsstaten är då förhindrad att förplikta sig på ett sätt som kan inverka på den gemenskapsrättsliga lagstiftningen.

Paralleldoktrinen innebär vidare att gemenskapen kan ha kompetens att ingå ett internationellt avtal redan på den grunden att kompetens att anta en gemenskapsrättslig rättsakt föreligger även om denna ännu inte utnyttjats. Gemenskapens kompetens beror då av om det, för att förverkliga gemenskapens mål, är nödvändigt att gemenskapen är part i avtalet.<sup>106</sup>

Paralleldoktrinen är möjligen tillämplig beträffande alla de mål som anges i EG-fördragets första del<sup>107</sup> (och inte endast med avseende på de områden som enligt fördraget skall omfattas av en gemensam politik). EG-domstolen har uttalat sig på följande sätt i ett yttrande angående gemenskapens kompetens att tillträda ILO:s konvention nr 170 om säkerhet vid användning av kemiska produkter (artikel 5, som ålägger medlemsstaterna en lojalitetsförpliktelse, är numera artikel 10 i EG-fördraget).<sup>108</sup>

[D]enna rättspraxis [kan] inte anses begränsad till fall där gemenskapen har antagit gemenskapsregler inom ramen för en gemensam politik. På alla de områden som svarar mot fördragets mål åläggs nämligen medlemsstaterna i dess artikel 5 att underlätta fullgörandet av gemenskapens uppgifter och att avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås. – Fullgörandet av gemenskapens uppgifter och uppnåendet av fördragets mål skulle emellertid även äventyras om medlemsstaterna kunde ingå internationella överenskommelser innehållande bestämmelser som kunde inverka på bestämmelser som antagits på områden som inte omfattas av någon gemensam politik eller ändra dess räckvidd.

Om gemenskapens kompetens att anta rättsakter avser en miniminivå, är kompetensen i viss mån delad mellan gemenskapen och medlemsstaten. Är de gemenskapsrättsliga reglerna mindre

---

<sup>105</sup> *AETR-domen* punkterna 22-31, se även t.ex. *open skies-domen* mot Sverige den 5 november 2002 i mål C-468/98, REG 2002 s. I-9575, punkt 73.

<sup>106</sup> EG-domstolens yttrande 1/76 den 26 april 1977, REG 1977 s. 741; svensk specialutgåva s. 345, punkt 4.

<sup>107</sup> *AETR-domen* punkt 14 och yttrandet 1/76 punkt 4 samt Maier s. 162.

<sup>108</sup> Yttrande 2/91 den 19 mars 1993, REG 1993 s. I-1061; svensk specialutgåva s. I-59, punkterna 10 och 11. Domstolen framhåller särskilt att yttrandet inte avser gemenskapens folkrättsliga behörighet att tillträda en ILO-konvention, punkt 4; jfr vad som sagts ovan angående gemenskapens handlingsförmåga.



långtgående än vad som följer av t.ex. en ILO-konvention finns inget som hindrar medlemsstaten från att uppfylla konventionens krav. Är i stället de gemenskapsrättsliga reglerna mer långtgående utgör de folkrättsliga förpliktelseerna inte något hinder eftersom ILO:s stadga tillåter en ILO-medlem att vidta åtgärder som är mer långtgående än vad som följer av en konvention som medlemmen ratificerat.<sup>109</sup>

ILO:s konvention nr 94 behandlar arbetsrättsliga villkor i upphandlingskontrakt utifrån intresset av socialt skydd för arbetstagare. Enligt artikel 137.1 i EG-fördraget har gemenskapen kompetens att anta minimidirektiv inom det arbetsrättsliga området, bl.a. avseende förbättringar av arbetsmiljön och beträffande arbetsvillkor. Frågor om bl.a. löneförhållanden (och fackliga stridsåtgärder) är undantagna (artikel 137.6). Upphandlingsdirektiven är antagna med stöd av artiklarna 47.2, 55 och 95, dvs. i syfte att bidra till skapandet av den inre marknaden vilket i sin tur är ett medel att uppnå gemenskapens övergripande mål enligt artikel 2 i EG-fördraget.<sup>110</sup>

En svensk ratifikation av konventionen innebär att Sverige ingår avtal med tredje land om villkor som skall tillämpas i samband med offentlig upphandling. I de båda upphandlingsdirektiven erinras om GPA. Gemenskapen (inklusive samtliga medlemsstater) är parter i avtalet. Gemenskapens kompetens att ingå avtalet vilar på bl.a. artikel 133 (f.d. artikel 113) som avser åtgärder inom ramen för gemenskapens gemensamma handelspolitik. Beträffande sådana åtgärder har gemenskapen exklusiv kompetens.<sup>111</sup>

Utredningens uppdrag ger inte utrymme för en närmare analys av Sveriges kompetens att ratificera konventionen. Det förefaller dock uteslutet att Sverige skulle ha exklusiv kompetens inom hela det materiella område som konventionen täcker.

I den mån kompetensen är delad är gemenskapen och medlemsstaten skyldiga att samarbeta.<sup>112</sup> Beträffande ILO-konventioner är samarbetet enligt EG-domstolen ”desto mera nödvändigt [efter] som gemenskapen enligt gällande folkrätt inte som sådan kan tillträda en ILO-konvention utan måste göra detta genom

---

<sup>109</sup> Se avsnitt 10.3.2.

<sup>110</sup> Se avsnitt 6.4.2.

<sup>111</sup> EG-domstolens yttrande 1/94 den 15 november 1994, REG 1994 s. I-5267; svensk specialutgåva s. I-233, punkterna 22 och 41–47; tillhandahållande av gränsöverskridande tjänster som innebär förflyttning av personer omfattas dock inte av den gemensamma handelspolitiken.

<sup>112</sup> T.ex. yttrande 2/91 punkt 36.

medlemsstaterna.”<sup>113</sup> Den närmare praktiska innebörden av samarbetskyldigheten är inte helt klar.<sup>114</sup>

### 10.6.3 Artikel 307 i EG-fördraget

De två första styckena i artikel 307 har följande lydelse.

De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag. – I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Medlemsstaterna skall vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.

Huvudregeln är att de skyldigheter medlemsstaten har gentemot tredje land och de rättigheter tredje land har i följd av ett internationellt avtal som medlemsstaten ingått före Romfördragets ikraftträdande (eller före sitt eget tillträde till gemenskapen) inte påverkas av fördragets bestämmelser.<sup>115</sup> I den mån nationella bestämmelser som syftar till att uppfylla konventionens krav är

---

<sup>113</sup> Yttrande 2/91 punkt 37.

<sup>114</sup> Maier s. 170 ff. – I yttrande 2/91 nämns två rådsbeslut från åren 1986 och 1989 angående gemenskapens deltagande vid ILO-förhandlingar av vilka framgår att samarbetskyldigheten inte är alldeles okontroversiell, se vidare Maier s. 170 ff. – Kommissionen har upprättat ett förslag till rådsbeslut om utövandet av gemenskapens behörighet på området yttre förbindelser vid internationella arbetskonferenser [dvs. ILO:s konferenser] i de fall som omfattas av gemenskapens och medlemsstaternas gemensamma behörighet, KOM (1994) 2. Beslutet har sedermera dragits tillbaka, EGT nr C 5, 9.1.2004, s. 2.

<sup>115</sup> EG-domstolens dom den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, *Levy*, REG 1993 s. I-4287; svensk specialutgåva s. I-295, punkterna 13, 17 och 22; målet gällde huruvida ett nationellt förbud mot nattarbete för kvinnor som syftade till att uppfylla krav enligt ILO:s konvention nr 89 om nattarbete för kvinnor som är sysselsatta i industrin skulle tillämpas trots att det stred mot rådets direktiv 76/207 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Enligt domstolen var medlemsstaten (Frankrike), som hade ratificerat konventionen före Romfördragets ikraftträdande, skyldig att respektera direktivet ”utom för det fall tillämpningen av en [motstridande nationell bestämmelse] är nödvändig för att säkerställa att den berörda medlemsstaten fullgör de förpliktelser som följer av ett avtal som ingåtts med tredje land före EEG-fördragets ikraftträdande.” (punkt 22). Det kan tilläggas att Frankrike sade upp konventionen år 1993 och att kommissionen bl.a. av det skälet fick bifall till en fördragsbrottsalan mot Frankrike med anledning av att det nationella förbudet hade behållits; dom den 13 mars 1997 i mål C-197/96, REG 1997 s. I-1489, punkterna 8, 16 och 17.

oförenliga med fördraget (eller sekundärrätten) kan en lämplig åtgärd vara att säga upp avtalet.<sup>116</sup>

Bestämmelserna i artikel 307 kan aldrig bli aktuella för Sveriges del eftersom en eventuell ratifikation skulle ske efter Sveriges anslutning till gemenskapen.

Som inledningsvis nämnts har vissa medlemsstater ratificerat konventionen och då under tid då respektive stat inte var medlem i EG/EU. Några krav från kommissionens sida med anledning av eventuella oförenligheter mellan nationella regler som införlivar konventionens krav i nationell lag och gemenskapsrätten tycks inte ha framställts. Inte heller har någon fördragsbrottstalan väckts.

Det sagda skulle kunna uppfattas som en acceptans från kommissionens sida av hur konventionens krav tillämpats i de medlemsstater som ratificerat konventionen.<sup>117</sup> Någon säker slutsats går dock inte att dra. Anledningen kan lika väl vara att någon konkret situation som kunnat föranleda åtgärder från kommissionens sida inte förekommit.<sup>118</sup>

## 10.7 Andra länder<sup>119</sup>

### 10.7.1 Belgien

Belgien ratificerade konventionen den 13 oktober 1952. Konventionens krav uppfylls genom bestämmelser i sociallagstiftningen som är tillämpliga oberoende av om arbete utförs inom ramen för en offentlig upphandling eller enligt ett privat kontrakt. Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns.

---

<sup>116</sup> T.ex. EG-domstolens dom den 1 februari 2005 i mål C-203/03, kommissionen mot Österrike, REG 2005 s. I-935, punkt 61. Även detta mål gällde nationella bestämmelser som syftade till att uppfylla krav enligt en ILO-konvention. Av domen framgår att de uppsägningsintervall som gäller för sådana konventioner givetvis måste iaktas (punkterna 62-64).

<sup>117</sup> Bercusson och Bruun s. 105.

<sup>118</sup> I ett tjänstemannayttrande från kommissionens sida i samband med att ratifikationsfrågan senast var aktuell i Sverige ombeds ”de svenska myndigheterna att underrätta kommissionen om eventuella ratificeringsplaner och i synnerhet meddela detaljerade uppgifter om varje särskild rättsakt som de svenska myndigheterna ämnar vidta till följd av en sådan ratificering för att konventionen skall bli tillämplig inom Sverige.” (s. 10).

<sup>119</sup> Utredningen har inte några uppgifter om förhållandena i Cypern, Italien och Spanien. Den information som varit möjlig att få och som redovisas i det följande är ojämn.

### 10.7.2 Danmark

Danmark ratificerade konventionen den 15 augusti 1955. Konventionen har införlivats i dansk rätt genom Arbejdsministeriets cirkulärskrivelser den 18 maj 1966 och den 27 juni 1990. Danmark har inte något system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal.

1966 års cirkulärskrivelse är begränsad till centrala myndigheter vilka i skrivelsen beskrivs som ”ministerierne eller de direkte herunder hørende institutioner” (punkt 2). De centrala myndigheterna uppmärksammas dock på sin möjlighet att bestämma att även andra myndigheter skall omfattas av konventionens krav. Beträffande upphandling av varor gäller konventionen, enligt ministeriets uppfattning, endast om varorna framställs särskilt för myndigheten (punkt 3). Det ankommer på varje central myndighet att bestämma ett tröskelvärde under vilket konventionens krav inte är tvingande. Vidare finns bestämmelser om information till leverantörer och berörda arbetstagare.

Skrivelsen innehåller följande exempel på kontraktsvillkor.

Såfremt arbejdsforhold af den i naervaerende kontrakt omhandlede art ikke på den egn, hvor arbejdet udføres, er omfattet af kollektiv overenskomst, må løn- og arbejdsvilkårene ikke vaere mindre gunstige end de vilkår, der inden for det fag eller den industri, i hvilken entreprenøren (leverandøren) har sin virksomhed, i almindelighed bydes under tilsvarende forhold. – Ansvar for, at denne bestemmelse overholdes, påhviler virksomhedens leder. – Tilsvarende gælder også arbejde, der udføres af underentreprenører (underleverandører) eller af personer, der får fået overdraget kontrakten til udførelse. I så tilfælde påhviler det lederen af den virksomhed, der står som hovedentreprenør (hovedleverandør), at påse, at bestemmelsen finder anvendelse. – Såfremt entreprenøren (leverandøren) ikke overholder bestemmelsen, er [styrelsens navn] berettiget til at bestemme, at pågældende afskaeres fra at opnå fremtidige kontrakter af den naevnte karakter, indtil det er dokumenteret, at det pågældende forhold er bragt i orden.

I 1990 års skrivelse utsträcktes, med hänsyn till de gemenskapsrättsliga reglerna om upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, tillämpningsområdet för konventionens krav till kommuner och amtskommuner så att samma kontraktsvillkor tillämpas oavsett om byggherren är en statlig eller kommunal myndighet.

### 10.7.3 Finland

Finland ratificerade konventionen den 22 december 1951. I samband med att riksdagens samtycke till ratifikationen inhämtades uttalades följande (prop. 1951:19 s. 3).

De ovan berörda ärendena [syftar på konventionens krav på kontraktsinnehållet] ha i Finland i praktiken redan ordnats så, att bestämmelserna i konventionen faktiskt redan uppfyllts. Mellan arbetsgivarna och arbetarnas vederbörande fackorganisationer äro hela landet omfattande kollektivavtal i kraft, på grund av vilka de vid kontrakten bundna arbetsgivarna äro skyldiga att tillämpa i kontrakten bestämda löner och arbetsvillkor, vare sig det sedan är fråga om statens eller privata arbeten. Statsmakten har genom kontrakt förbundit sig att vid arbeten, som densamma låter utföra, tillämpa samma löne- o. a. arbetsvillkor som privata tillämpa i praktiken, varför löne- och arbetsvillkoren alltså i praktiken äro ordnade på basen av kollektivavtal.

Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns. Minimilönelagstiftning finns i den meningen att i 2 kap. 10 § arbetsavtalslagen (55/2001) föreskrivs att om kollektivavtal (allmängiltigförklarat eller ej) saknas och om arbetsgivaren och arbetstagaren inte har avtalat om något vederlag för arbetet, skall "sedvanlig och skälig lön" utgå. I 10 kap. 2 § samma lag finns vidare en möjlighet till jämkning av oskäliga villkor i arbetsavtal. Under hösten 2005 har föreslagits att i den finska utstationeringslagen skall införas en bestämmelse som innebär att till en utstationerad arbetstagare skall betalas sedvanlig och skälig lön för det fall lön enligt ett allmängiltigförklarat kollektivavtal inte tillämpas och den lön som arbetsgivaren och arbetstagaren avtalat om i väsentlig grad understiger sedvanlig och skälig lön. Bl.a. följande har uttalats i propositionen med förslag till lagändring (RP 142/2005 rd s. 14 f.).

Bestämmelsen fastställer således sedvanligheten och skäligheten i fråga om minimilönen för utstationerade arbetstagare i fråga om arbete som utförts i Finland även då det avtalats om lönen med den utstationerade arbetstagaren och dennes arbetsgivare redan i ursprungslandet utan att de känt till lönenivån i Finland. [...] – Sedvanlig och skälig lön avser inte den genomsnittliga lön som i Finland betalas för arbetet. Vid bedömningen av om lönen är sedvanlig och skälig kan man söka ledning exempelvis i den minimilön som i ett eventuellt kollektivavtal för branschen avtalats för arbetet i fråga, även om kollektivavtalet inte är allmänt bindande.

#### 10.7.4 Frankrike

Frankrike ratificerade konventionen den 20 september 1951. Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns.

#### 10.7.5 Nederländerna

Nederländerna ratificerade konventionen den 20 maj 1952. Någon särskild lagstiftning för att uppfylla konventionens krav ansågs inte behövas. Lagstiftning om minimilön finns i ”Wet minimumloon en minimumvakantiebijtslag”. Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal ges i ”Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeids-overeenkomsten”. Det kan tilläggas att tidigare var endast villkor enligt allmängiltigförklarade kollektivavtal inom byggbranschen tillämpliga på utstationerade arbetstagare. Genom en lagändring hösten 2005 tillämpas även villkor enligt allmängiltigförklarade kollektivavtal inom andra branscher på dessa arbetstagare.

#### 10.7.6 Österrike

Österrike ratificerade konventionen den 10 november 1951. Särskilda nationella regler för att uppfylla konventionens krav finns i arbets-/socialrättslig lagstiftning. Vidare gällde enligt § 71.1 i den federala upphandlingslagstiftningen från år 2002 (BvergG, se avsnitt 6.6.6.) att ”[t]he tender documents shall provide that the obligations resulting from Treaties No. [...] 94 of the International Labour Organization [...] are to be complied with.”<sup>120</sup> I sak motsvarande bestämmelse finns i den nya upphandlingslagstiftningen som trädde i kraft den 1 februari 2006 (§§ 84.1 och 241.1). Lagstadgade minimilöner finns inte. Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns.

---

<sup>120</sup> In den Ausschreibungsunterlagen ist die Einhaltung der sich aus den Übereinkommen Nr. ... 94 [...] der Internationalen Arbeitsorganisation [...] ergebenden Verpflichtungen vorzusehen.” Bestämmelsen står under rubriken ”Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen” (Compliance with provisions of labour and social laws) i ett avsnitt som bär rubriken ”Inhalt der Ausschreibungsunterlagen” (Contents of tender documents). Den engelska texten kommer från en översättning av BvergG som utredningen fått del av.

### 10.7.7 Norge

Norge ratificerade konventionen den 12 februari 1996, dvs. efter anslutningen till EES-avtalet. Som part i detta avtal omfattas Norge bl.a. av de gemenskapsrättsliga reglerna om fri rörlighet och om offentlig upphandling. Möjlighet till allmängiltigförklaring av kollektivavtal finns enligt Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. 4.6.1993/58.

Konventionen har införlivats i norsk rätt genom Moderniseringsdepartementets (num. Fornyings- og administrasjonsdepartementet) rundskrivelse nr 2/2005 den 16 juni 2005. Skrivelsen gäller för ”statlege styresmakter” vilka i skrivelsen definieras som ”dei statlege styresmaktene som regjeringa har instruksjonsmakt over” (punkt 2). Upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och tjänster över de gemenskapsrättsliga tröskelvärdena omfattas. I förarbetena sägs att konventionen omfattar ”både bygg- og anlegg og framstilling og levering av varer og tenester.”<sup>121</sup> Möjligen avses endast varor som tillverkas särskilt för beställaren.

Enligt rundskrivelsen täcker konventionen arbete som utförs i utlandet och då ”vil det vare dei løns- og arbeidsvilkår som er vanlege i det distrikt i det landet der arbeidet blir utført som må etterlevast” (punkt 3.2). Med anledning av oro för administrativt merarbete som bl.a. det norska Forsvarsdepartementet hade uttryckt inför ratifikationen anfördes följande i förarbetena. ”Det er eit faktum at det store flertalet av verksemdar som inngår avtalar med det offentlege enten har tariffavtale, eller brukar lønns- og avtalevilkår på same nivå som tariffavtalar. Departementet meiner derfor at det ikkje er nødvendig å etablere eit omfattande apparat for kontroll og tilsyn.”<sup>122</sup>

Rundskrivelsen innehåller följande förslag till kontraktsvillkor.

Leverandøren skal syte for at tilsette i eigen organisasjon og tilsette hos eventuelle underleverandører ikkje har dårlegare løns- og arbeidsforhold enn det som følger av tariffavtaler, regulativ eller det som er normalt for vedkommende stad og yrke. Dette gjeld berre for tilsette som direkte medverkar til å oppfylle kontrakten. Leiaren av verksemda er ansvarleg for att denne regelen vert etterlevd. – Alle avtaler leverandøren inngår som inneber utføring av arbeid under denne kontrakten skal innehalde tilsvarande føresegner. – Dersom leverandøren ikkje etterlever klausulen, har oppdragsgjeveren rett til å

<sup>121</sup> St prp nr 62 s. 2.

<sup>122</sup> St prp nr 62 s. 3.

halde tilbake delar av kontraktssummen til det er dokumentert at forholdet er i orden. Summen som blir tilbakeholden skal svare til ca. 2 gonger innsparinga for arbeidsgjevaren. – Leverandøren skal på oppmoding leggje fram dokumentasjon om dei løns- og arbeidsvilkåra som vert nytta. Dokumentasjonsplikta omfattar også underentreprenørar (underleverandørar).

## 10.8 Överväganden

**Utredningens förslag:** Det får i dagsläget anses osäkert om en tillämpning av de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. En annan sak är om en svensk ratifikation ändå kan vara lämplig.

Utredningens uppgift är att utreda om ILO-konvention nr 94 är förenlig med de nya upphandlingsdirektiven. Utredningen har dock sett det som motiverat att inför ett kommande ställningstagande till en svensk ratifikation belysa även andra frågor som aktualiseras i sammanhanget.

Konventionen kräver inte att det utländska företaget är kollektivavtalsbundet. Enligt konventionen är det kontraktet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören som skapar skyldigheter för leverantören med avseende på arbetsvillkoren. Dessa villkor hämtar i sin tur sitt innehåll från nationell lagstiftning och representativa kollektivavtal.

*Upphandlingsdirektiven* hindrar inte att arbets- och anställningsvillkor tillämpas som i värdlandet bestämts i lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal förutsatt att villkoren inte strider mot gemenskapsrätten. Direktiven ger inte något svar på frågan om även en tillämpning av villkor som bestämts i andra kollektivavtal – av det slag som förekommer i Sverige – är förenliga med de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna.

Om en upphandlande myndighet kräver att arbetsvillkoren skall motsvara vad som följer av ett representativt kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet, kan detta ses som ett sådant villkor för fullgörande av kontraktet som regleras i artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet; artiklarna tillåter dessutom uttryckligen bl.a. sociala krav. En grundläggande förutsättning är att kravet, förutom att det måste ha bekantgjorts, är förenligt med gemenskapsrätten. EG-domstolens praxis



angående godtagbara inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster är här av intresse.

EG-domstolen har accepterat att nationella bestämmelser om minimilöner omfattar alla som utför arbete inom värdlandets territorium och detta även om arbetet endast är tillfälligt. Kraven enligt konventionen går längre. Konventionen talar inte om en miniminivå utan om villkor som inte är "mindre gynnsamma" än vad som följer av bl.a. kollektivavtal.

Om Sverige ratificerar konventionen, torde normala svenska lönevillkor bli normerande för alla som utför arbete här enligt ett offentligt upphandlingskontrakt.<sup>123</sup> Frågan om vad som kan anses utgöra normala svenska lönevillkor är dock komplex. Många kollektivavtal innehåller varken bestämmelser om minimilöner eller om andra nivåer. Om avtalen endast innehåller principer för hur lönerna skall bestämmas eller beräkningsgrunder avseende löneökningar är det inte självklart hur den enligt konventionen normerande lönenivån skall fastställas.<sup>124</sup> En möjlighet kan vara att tillämpa en "genomsnittslön". Ett krav på sådana lönevillkor kan leda till ökade lönekostnader för leverantörer från medlemsstater med lägre lönenivåer än de svenska och därigenom göra det mindre attraktivt för dessa leverantörer att delta i offentliga upphandlingar här. Det kan hävdas att den fria rörligheten för tjänster därigenom inskränks.<sup>125</sup> Till bilden hör att de lönevillkor för gästande arbetstagare som EG-domstolen tagit ställning till har varit av minimikaraktär.

Vidare kan anmärkas att om krav på villkor av aktuellt slag ställs måste den upphandlande myndigheten, med det merarbete det innebär, kontrollera att kraven efterlevs. Detta gäller dock generellt

---

<sup>123</sup> Utförs arbetet i ett annat medlemsland (eller i ett tredje land) torde i stället villkoren i detta lands lag och/eller kollektivavtal bli normerande. Det kan inte uteslutas att krav på villkor enligt representativa kollektivavtal (om sådana finns) kan öka arbetskraftskostnaden för leverantörer som (regelmässigt) förlägger sin tillverkning till länder på villkor som ligger under vad som skulle gälla om konventionen inte var tillämplig. Konventionens krav kan då komma att inskränka den fria rörligheten för tjänster. En sådan ökning av arbetskraftskostnaden kan naturligtvis både svenska leverantörer och leverantörer från andra medlemsstater få vidkännas. Som framgått kan en inskränkning föreligga även om inhemska företag och företag från en annan medlemsstat behandlas lika. – En annan sak är att konventionens krav kan bidra till att förbättra arbetstagarnas villkor.

<sup>124</sup> Möjligen är det så att offentlig upphandling typiskt sett mindre ofta avser arbete som täcks av sifferlösa avtal.

<sup>125</sup> En helt annan fråga är vilka rättigheter unionsmedborgarskapet ger den enskilde arbetstagaren. Enligt artikel 17 i EG-fördraget är varje person som är medborgare i en medlemsstat unionsmedborgare och har de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i fördraget. Den fria rörligheten för arbetstagare innebär bl.a. att diskriminering på grund av nationalitet beträffande anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor är förbjuden.

beträffande ställda krav och är inte unikt för krav avseende av leverantören tillämpade arbetsvillkor.

Artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet begränsar enligt sin ordalydelse räckvidden av ett villkor till fullgörandet av ”kontraktet”, dvs. till fullgörandet av ett enskilt upphandlingskontrakt. Konventionens krav går inte längre. Om leverantören inte är kollektivavtalsbunden och för sina arbetstagare tillämpar villkor som ligger något under vad som skulle gälla för det fall att ett kollektivavtal var normerande, torde olika villkor vara tillämpliga beroende på om en arbetstagare sysselsätts med arbete enligt ett offentligt eller privat kontrakt. Det är tänkbart att det enda praktiskt hållbara alternativet för leverantören då är att genomgående tillämpa de villkor som gäller enligt det offentliga kontraktet och således anpassa hela verksamheten till de ställda kraven. Kanske är det i ett sådant fall inte uteslutet att en tillämpning av konventionens krav skulle komma i konflikt med upphandlingsdirektivets regler om att de krav som ställs måste vara kopplade till kontraktsföremålet. Om leverantören därutöver är ett svenskt företag, kan vidare ifrågasättas om intresset av villkor motsvarande kollektivavtalets nivåer inte i första hand skall tillvaratas av de fackliga organisationerna.

Konventionens krav på lämpliga påföljder – t.ex. uteslutning från möjligheten att tävla om framtida kontrakt – beträffande den leverantör som inte respekterar tillämpliga arbetsvillkor kan inte tillgodoses i vidare mån än upphandlingsdirektiven medger. Den uteslutningsgrund som ligger närmast till hands förefaller vara ”allvarligt fel i yrkesutövningen” förutsatt att bristande efterlevnad av konventionens krav anses som ett sådant fel enligt interna svenska regler. Proportionalitetsprincipen måste dock iakttas.

Förhållandet till *utstationeringsdirektivet* är inte helt oproblemiskt. Konventionen har ett tillämpningsområde som är både snävare och vidare. Tillämpningsområdet är snävare därför att konventionen är begränsad till kontrakt som ingås av offentliga myndigheter medan direktivet är tillämpligt på alla typer av beställare. Tillämpningsområdet är vidare eftersom konventionen förefaller ha ett mer generöst lönebegrepp och inte gör någon skillnad mellan allmängiltigförklarade och andra kollektivavtal<sup>126</sup>, kräver mer än villkor på en miniminivå och inte undantar

---

<sup>126</sup> Konventionen kräver dock att ett kollektivavtal, för att komma i fråga som normkälla, skall ha ingåtts mellan fackliga organisationer som är representativa för branschen (artikel 2.1 a).

kortvariga arbeten eller arbeten av mindre omfattning. Betydelsen av olikheterna skall inte överdrivas. Direktivet tillåter (men kräver inte) att en arbetsgivare (leverantör) tillämpar villkor som ligger över den i direktivet angivna miniminivån. Konventionen ger möjlighet att undanta kontrakt under ett visst belopp.

De antydda osäkerhetsmomenten kan i och för sig tala mot en svensk ratifikation. Häremot kan möjligen tala att kommissionen hittills inte sett sig föranledd att vidta några åtgärder med anledning av tillämpningen av konventionens krav i de medlemsstater som ratificerat konventionen.

Upphandlingsdirektiven syftar till att undanröja hinder för den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster. Konventionens krav innebär att det är de arbetsvillkor som gäller där arbetet utförs som skall tillämpas. Det är ofrånkomligt att det kan uppkomma spänningar om de båda systemen skall förenas.

Ett införlivande av konventionens krav med svensk rätt innebär att villkor enligt svenska representativa kollektivavtal genom en lagstiftningsåtgärd blir tvingande avtalsinnehåll i offentliga upphandlingskontrakt så snart arbete utförs här enligt ett sådant kontrakt. Att svenska och utländska leverantörer därmed kommer att behandlas lika hindrar inte att tillämpningen av en sådan reglering kan anses som en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster (frågan uppstår naturligtvis endast när en tillämpning av svenska villkor medför större kostnader m.m. för leverantören [arbetsgivaren] jämfört med vad som annars skulle vara fallet). I vad mån inskränkningen är EG-rättsligt godtagbar beror bl.a. på om kollektivavtalens villkor kan anses ge de ifrågavarande arbetstagarna ett verkligt tilläggskydd i den mening som avses i EG-domstolens praxis.

Det kan anmärkas att en ratifikation av ILO-konventionen inte är det enda sättet att åstadkomma att villkor motsvarande vad som gäller enligt svenska representativa kollektivavtal tillämpas när arbete utförs här inom ramen för offentlig upphandling. Samma resultat kan åstadkommas genom att införa krav på villkor av sådant slag i de svenska upphandlingslagarna, givet att lagstiftaren anser kravet vara förenligt med gemenskapsrätten. Finns önskemål om att även andra bestämmelser i konventionen än de som särskilt reglerar arbetsvillkoren skall få genomslag i Sverige, förefaller dock en ratifikation naturligare.

I förevarande kapitel har berörts de rättsliga aspekter som frågan om en svensk ratifikation av konventionen, enligt utredningens

uppfattning, inbegriper. Den slutsats som kan dras är att det i dagsläget får anses osäkert om en tillämpning av de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. En annan sak är om en svensk ratifikation ändå kan vara lämplig. Utredningen tar inte ställning i denna fråga. Den får behandlas i annat sammanhang.

# 11 Konsekvensanalys

## 11.1 Konkurrenspräglad dialog

Konkurrenspräglad dialog får användas i stället för öppet eller selektivt förfarande då det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt. Den konkurrenspräglade dialogen erbjuder enligt utredningens bedömning vissa fördelar jämfört med andra förfaranden och kan därför antas ha i huvudsak positiva effekter på upphandlingar vid vilka förfarandet får tillämpas. Som framgår av kapitel 2 kommer olika överprövningsbara beslut att fattas inom ramen för den konkurrenspräglade dialogen. Antalet överprövningar av sådana beslut kan dock, särskilt med hänsyn till det begränsade användningsområdet för den konkurrenspräglade dialogen, antas bli mycket litet.

## 11.2 Dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion

Båda systemen bör ha effekt på såväl administrationskostnader vid upphandling som på konkurrensen. Det är också möjligt att något av dessa system eller båda kan komma att bli alternativ till anskaffningar som idag sker på grundval av ramavtal.

I den mån dynamiska inköpssystem på sikt blir ett alternativ till en del av dagens ramavtal, borde detta ha en positiv effekt på konkurrensen, särskilt därför att nya leverantörer kan tas in ett dynamiskt inköpssystem, vilket inte är möjligt i ett ramavtal.

Dynamiska inköpssystem bör på sikt minska kostnaderna för upphandling av enklare produkter genom att bidra till effektivare upphandling. En förutsättning är dock att fungerande praktiska metoder för denna typ av upphandling skapas. Kostnader för investeringar i elektroniska system tillkommer för såväl upphandlare som leverantörer, i den mån befintliga system inte är tillräckliga. För att utnyttja konkurrensen på bästa sätt och inte

hindra mindre företags medverkan vid upphandling krävs att leverantörernas investeringskostnader är rimliga. Sannolikt kan en samordning mellan upphandlande enheter vara kostnadseffektivt jämfört med att varje upphandlare utvecklar ett eget system.

Genom att lämna ett preliminärt anbud begär en leverantör att få delta i ett dynamiskt inköpssystem. Den upphandlande myndigheten/enheten kan förkasta anbudet genom ett beslut som bör kunna överprövas. Detta kan leda till en marginell ökning av antalet överprövningar.

### 11.3 Inköpscentraler

Utredningen föreslår att upphandlingsdirektivens bestämmelser om inköpscentraler förs in i de båda upphandlingslagarna.

Möjligheterna till anskaffning genom inköpscentraler kan få effekter på de administrativa kostnaderna för de upphandlande myndigheterna/enheterna, konkurrensen, antalet överprövningar och på de små företagens möjligheter att delta i upphandlingar.

Möjligheten till upphandling genom inköpscentraler kan leda till färre, men mer professionella upphandlare. Större enheter för upphandling har bättre förutsättningar att ha personal som är väl utbildad i de regler som styr upphandlingen. Om införandet av regler för inköpscentraler leder till att sådana upprättas, är det därför troligt att de administrativa kostnaderna för inköpen kommer att minska, samtidigt som antalet felaktiga upphandlingar minskar. Det senare borde på sikt leda till färre överprövningar. Sänkta kostnader för upphandling förutsätter dock kostnadseffektiva system för förhållandet mellan inköpscentralen och den myndighet/enhet som använder sig av inköpscentralen för sina anskaffningar.

På kort sikt kan osäkerhet om ansvarsfördelningen mellan en inköpscentral och dess kunder möjligen medföra en marginell ökning av antalet överprövningar.

Ett ökat användande av inköpscentraler kan påverka konkurrensen. Samordning av inköp genom inköpscentraler kan leda till en hög koncentration på köparsidan på vissa marknader (vilket dock i vissa fall gäller redan idag genom den statliga inköpssamordningen). Om det dessutom medför att den genomsnittliga kontraktsstorleken vid upphandlingar ökar, påverkas såväl konkurrensen som de mindre företagens möjligheter att delta i upp-

handlingar. Om effekten blir större upphandlingskontrakt, på vissa områden kanske mycket stora, kan antalet potentiella leverantörer vara litet och konkurrensen begränsad. På sikt kan det påverka antalet företag som agerar på marknaden, särskilt i de fall där det offentliga är den dominerande köparen av produkten.

En inköpscentral har alltid möjlighet att dela upp sina upphandlingar i flera delar för att därigenom göra det möjligt för fler och mindre företag att lämna anbud på delar av upphandlingarna. Genom ett sådant agerande minskar risken för att inköpscentralerna påverkar konkurrensen negativt. Uppdelning av upphandlingar i mindre delar kan dock öka de administrativa kostnaderna för upphandlingarna, vilket kräver att en inköpscentral väger dessa kostnader mot effekterna på konkurrensen och inköpspriset. En komplikation i sammanhanget är att effekterna på de administrativa kostnaderna uppkommer på kort sikt, medan effekterna på konkurrensen i vissa fall uppkommer först på längre sikt. Om så är fallet kan tendensen bli att inköpscentralerna väljer att göra färre, men större upphandlingar.

#### 11.4 Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav

Utredningen föreslår att i de båda lagarna om upphandling skall införas en bestämmelse som innebär att upphandlande myndigheter/enheter bör ställa miljökrav och sociala krav, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Syftet med att införa ett sådant bör-krav är att markera betydelsen av att sådana krav ställs, när det är befogat. Även om någon rättslig förpliktelse att ställa miljökrav och sociala krav inte finns kan andelen upphandlingar där sådana krav ställs öka och på så sätt bidra till att önskvärda miljömässiga och sociala mål uppnås.

Idag innehåller cirka 60 procent av upphandlingarna miljökrav, men i ungefär hälften av dessa upphandlingar är kraven formulerade på ett sådant sätt att de inte får några konsekvenser för vad som upphandlas.<sup>1</sup> Om ett bör-krav medför att fler upphandlare ställer miljökrav bör detta ha positiva effekter på miljön. Hur stora dessa blir beror givetvis på hur stor ökningen av andelen upphandlingar med miljökrav blir, hur dessa miljökrav formuleras och hur stor

---

<sup>1</sup> Naturvårdsverket, "En mer miljöanpassad offentlig upphandling – förslag till handlingsplan", rapport 5520, december 2005, s. 15.

skillnad i miljöeffekter som finns mellan upphandling med respektive utan miljökrav.

Mot den potentiellt positiva effekten av miljökrav på miljön, skall ställas de kostnader som kraven kan komma att medföra. I de flesta fall, om än inte alla, torde miljökrav vid upphandlingen medföra ökade kostnader för de produkter som upphandlas genom att priset på produkterna blir högre än om kraven inte ställdes. För att bedöma om miljökraven är samhällsekonomiskt lönsamma eller inte måste dessa ökade kostnader ställas i relation till de miljövinster som uppnås.

För kommuner och landsting infinner sig också frågan om vilket ansvar dessa bör och kan ha för nationellt uppställda miljömål i relation till ansvaret för exempelvis skolan, vården och omsorgen och för att hushålla med de egna resurserna. Då dessa resurser är begränsade kan statens önskemål om miljökrav vid upphandling komma att stå i direkt konflikt med statens krav/önskemål beträffande kommuners och landstings verksamhet och kravet på budgetbalans i verksamheten.

En ökad användning av miljökrav kan påverka såväl konkurrensen som småföretagens möjligheter att delta i upphandlingar. Detaljerade miljökrav liksom krav på verifiering av dessa från leverantörens sida kan leda till att mindre företag får svårigheter att delta i upphandlingar, vilket i sin tur kan minska konkurrensen. I vissa fall kan också preciseringen av miljökrav medföra att endast ett fåtal leverantörer överhuvudtaget har möjlighet att uppfylla kraven, vilket kan påverka konkurrensen och prisnivån.

Miljökrav vid upphandling kan i vissa fall leda till en snabbare produktutveckling och till innovationer som kanske inte hade kommit till stånd om inte kraven hade ställts. Miljökraven skulle därigenom öka takten i produktutvecklingen, vilket är positivt om de samhällsekonomiska vinsterna av innovationerna är större än kostnaderna. Om innovationstakten ökar i Sverige kan det på sikt möjligen ha positiva effekter på berörda företags möjligheter att exportera. Denna effekt på exporten är dock inte given, eftersom miljökrav vid upphandling lika väl kan gynna innovationer i utländska företag som säljer till Sverige.

Ovanstående synpunkter är relevanta också när det gäller sociala krav.



## 11.5 Upphandling under tröskelvärdena m.m.

Utredningen föreslår att fasta beloppsgränser för direktupphandling skall bestämmas. Effekterna på konkurrensen av ändrade regler skall ställas mot kostnaderna för upphandling av mindre omfattning. Eftersom det saknas uppgifter om hur stor direktupphandlingen är idag och hur stor del av denna upphandling som skulle beröras av fasta gränsvärden för direktupphandling, går det inte att med någon precision avgöra hur de totala upphandlingskostnaderna och konkurrensen skulle kunna påverkas.

Fasta gränser för direktupphandling kan minska de administrativa kostnaderna för upphandling genom att reglerna för direktupphandling blir tydligare. Dagens regel om lågt värde är otydlig och har medfört att upphandlande myndigheter/enheter ägnat betydande tid åt att fastlägga och kommunicera vad som är lågt värde för den egna myndigheten/enheten. Samtidigt har detta gjort att gränsen kunnat anpassas till den egna verksamheten, vilket kan vara en fördel.

Utredningens förslag till beloppsgränser ligger något över medelvärdet för de gränser som kommuner, landsting och statliga myndigheter tillämpar idag. För kommunerna överstiger den föreslagna beloppsgränsen de direktupphandlingsgränser som idag tillämpas i flertalet kommuner. Endast ett fåtal kommuner har idag gränser för direktupphandling som överstiger den föreslagna gränsen. Även om kommunerna också vid i lag fastlagda gränser kan välja att tillämpa en lägre gräns för den egna upphandlingen, är det ändå sannolikt att ett antal kommuner i realiteten kommer att höja gränsen för direktupphandling jämfört med vad som gäller idag. Det kan därför antas att den föreslagna gränsen för direktupphandling kommer att öka antalet direktupphandlingar i kommunerna. Detta kan möjligen minska kommunernas administrativa kostnader för upphandling, men kan samtidigt medföra att konkurrensen försämras. Även för landstingen och de statliga myndigheterna ligger dagens interna gränser för direktupphandling under de föreslagna gränserna. På samma sätt som för kommunerna kan förslaget komma att öka direktupphandlingarna och minska andra upphandlingsförfaranden.

Den föreslagna beloppsgränsen för direktupphandling av byggentreprenader överstiger klart det högsta gränsvärde för direktupphandling som i dag tillämpas av de kommuner och myndigheter som deltagit i enkätundersökningen. Den genomsnittliga gränsen

för direktupphandling av entreprenadtjänster ligger i dag på cirka fyra prisbasbelopp. En höjning av gränsvärdet för direktupphandling ökar sannolikt antalet direktupphandlingar av byggentreprenader. Detta kan minska de administrativa kostnaderna för upphandlingen, men också påverka konkurrensen.

Sammanfattningsvis skulle de föreslagna fasta beloppsgränserna för direktupphandling sannolikt öka antalet direktupphandlingar. Detta skulle i sin tur troligen minska upphandlarnas administrativa kostnader, men skulle samtidigt kunna ha negativa effekter på konkurrensen och därigenom på prisnivån.

## 11.6 Vissa bestämmelser om överprövning

Utredningen har funnit att beslut om att tilldela ramavtal och om att tilldela kontrakt efter en förnyad konkurrensutsättning skall kunna överprövas. Anskaffningar på grundval av ett ramavtal som innehåller samtliga villkor bör, enligt vad som föreslås, endast kunna bli föremål för skadeståndstalan och då bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden. Några administrativa, ekonomiska eller andra konsekvenser synes inte uppkomma på grund av dessa ställningstaganden.

Införandet av möjligheten att använda de tre nya rättsliga figurerna, konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion, samt inköpscentraler kan förväntas mycket marginellt öka antalet överprövningar.

## 11.7 ILO:s konvention nr 94 och de nya upphandlingsdirektiven

Utredningen har i uppdrag att analysera om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya upphandlingsdirektiven. Utredningen har inte ansett sig kunna ta klar ställning i denna fråga. Vad som i det följande sägs har relevans endast om ILO-konventionen ratificeras.

Det finns enligt utredningens mening spänningar mellan konventionen och EG-rätten. Detta innebär att en ratificering av konventionen kan leda till osäkerhet om rättsläget i de fall konventionens krav och EG-rätten kan tänkas vara oförenliga. Dessa eventuella oklarheter kan möjligen leda till ett ökat antal överprövningar och därigenom till ökade kostnader.

Även i det fall konventionen är förenlig med EG-rätten kan ett införlivande av konventionens krav i svensk rätt få ekonomiska konsekvenser.

Konventionens krav kan innebära att kostnaderna för en leverantör för att utföra ett uppdrag i Sverige i vissa fall ökar, vilket skulle leda till att den upphandlande myndighetens/enhetens kostnader för upphandlingen också ökar, nämligen om det anbud som antas har blivit dyrare på grund av konventionens krav.

En upphandlande myndighet/enhet skulle bli skyldig att kontrollera att leverantören och eventuella underleverantörer iakttar konventionens regler, vilket kräver resursinsatser och därför medför kostnader. Detta gäller trots att kontroll av krav som ställs vid en upphandling inte är unikt för de krav som följer av konventionen.

Det är oklart om och i så fall i vilken utsträckning möjligheterna att delta i offentliga upphandlingar skulle påverkas för företag, främst mindre företag, som valt att inte teckna kollektivavtal.

## 12 Författningskommentar

### 12.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

#### Inledning

De föreslagna bestämmelserna i den klassiska lagen och i försörjningslagen överensstämmer i stora delar. Författningsförslagen kommenteras i huvudsak i anslutning till ändringarna i den klassiska lagen. Med ”direktivet” avses i denna del det klassiska direktivet. I den klassiska lagen används uttrycket ”upphandlande myndighet” och i försörjningslagen uttrycket ”upphandlande enhet”.

#### 1 kap.

##### *Särskilda krav*

*5 a § Upphandlande myndigheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

*Upphandlande myndigheter får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.*

*De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet.*

Paragrafen ersätter bestämmelsen i 8 kap. 15 § den klassiska lagen om att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur kontrakt skall fullgöras. Ändringen har berörts i avsnitten 6.7 och 6.8 i den allmänna motiveringen. Miljökrav och sociala krav kan i princip ställas på alla stadier i en upphandling medan andra särskilda krav, i likhet med

vad som angetts i 8 kap. 15 §, får ställas endast vid fullgörandet av kontraktet.

## 2 kap.

**10 §** Med anbudssökande avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande *eller i en konkurrenspräglad dialog*.

Paragrafen motsvarar artikel 1.8 tredje stycket andra meningen i direktivet och är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

*16 a § Med konkurrenspräglad dialog avses ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.*

Paragrafen är ny. Definitionen av en konkurrenspräglad dialog överensstämmer med definitionen i artikel 1.11 c första stycket i direktivet.

*17 a § Med dynamiskt inköpssystem avses en helt elektronisk process för sedvanliga inköp av sådant som är allmänt tillgängligt på marknaden och som tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov.*

*Ett dynamiskt inköpssystem är tidsbegränsat och under hela giltighetstiden öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen är ny. Definitionen av ett dynamiskt inköpssystem finns i artikel 1.6 i direktivet. Den utesluter inte att systemet kan komma till användning även vid upphandling av tjänster. Även om så är fallet är det svårt att föreställa sig att ett dynamiskt inköpssystem kan få någon utbredd användning vid upphandling av tjänster.

Definitionen har i direktivet en annan redaktionell utformning än i den föreslagna paragrafen. I stället för ”köp av sådant som vanligen används” föreslås i paragrafen ”sedvanliga inköp”. Uttrycket ”så som de är allmänt tillgängliga på marknaden” täcks enligt utredningens mening av ”allmänt tillgängligt på marknaden”.

Avsikten synes vara att det skall vara fråga om standardvaror, t.ex. sådana som kan köpas direkt över disk, och inte om specialbeställda varor.

Den föreslagna utformningen av paragrafens första stycke ligger nära den danska språkversionen av artikel 1.6; ”en fuldt elektronisk indkøbsproces for almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder den ordregivende myndigheds krav”.

Dynamiska inköpssystem liknar ramavtal på det sättet att upphandlingen i båda fallen görs i två steg. Det finns dock väsentliga skillnader. Ramavtal gäller endast mellan dem som från början ingått avtalet medan dynamiska inköpssystem står öppna för nya leverantör under hela sin giltighetstid. Dynamiska inköpssystem kan användas endast vid öppet förfarande medan ramavtal kan användas även vid selektiva och förhandlade förfaranden. Upphandling med användning av ett ramavtal kan ske på ett förhållandevis enkelt sätt, särskilt när ramavtalet innehåller alla villkor för tilldelningen av kontrakt på grundval av ramavtalet. Dynamiska inköpssystem kräver att alla leverantörer som registrerats i systemet inbjuds att lämna anbud vid varje särskild upphandling.

Att upprätta och sköta ett dynamiskt inköpssystem kan antas vara förenat med förhållandevis stora kostnader. Sannolikt kan det därför komma att användas i huvudsak vid återkommande större inköp av standardvaror, där det erbjuder vissa fördelar.

*17 b § Med elektronisk auktion avses i denna lag en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.*

*Som en följd av vad som sägs i första stycket kan vissa tjänste- och byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.*

Definitionen av en elektronisk auktion finns i artikel 1.7 i direktivet. I den svenska språkversionen talas i artikelns andra stycke om ”vissa tjänstekontrakt och vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer”. Formuleringen är otydlig. Det framgår inte om avsikten är att utesluta vissa men inte alla kontrakt som innehåller intellektuella prestationer eller om vissa kontrakt skall uteslutas, nämligen alla sådana som innehåller

intellektuella prestationer. De danska, engelska, franska och tyska språkversionerna skapar ingen klarhet på denna punkt.

Inte heller ger vad som sägs i de två sista meningarna i beaktandesats 14 någon ledning.

Det kan, i vart fall teoretiskt, tänkas att elektronisk auktion kunde användas även vid tilldelning av ett kontrakt, som innehåller intellektuella prestationer. Det skulle förutsätta att de intellektuella prestationerna faktiskt kan åsättas ett värde som kan läggas till grund för de deltagande leverantörernas rangordning före auktionen och som antingen hålls utanför auktionen eller ingår i denna.

Enligt utredningens mening strider en sådan uppfattning inte mot formuleringen i andra stycket i artikel 1.7. Begränsningen av användningen av elektroniska auktioner kommer i detta fall att ligga enbart i att användningen förutsätter att endast sådana värden som kan bedömas automatiskt får ingå i auktionen och i att resultatet av auktionen skall ligga till grund för tilldelningen av kontraktet. På grund av den i direktivet valda utformningen av bestämmelsen synes det dock inte vara möjligt att använda elektronisk auktion som led i ett upphandlingsförfarande som innehåller projektering av byggtreprenader.<sup>1</sup>

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i nära överensstämmelse med direktivet.

#### 4 kap.

**11 §** I det fall ett tjänstekontrakt tilldelas utan att något totalpris anges skall värdet utgöras av det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

---

<sup>1</sup> Det kan noteras att Storbritanniens Office of Government Commerce (OGC) i en vägledning från våren 2005 ("eProcurement in action, A guide to eProcurement for the public sector") anför bl.a. följande. "The Construction Industry has been progressing with adoption of eCommerce in the same way as other sectors. However, there have been some strong objections to Electronic Reverse Auctions (eAuctions) from some sections of the industry. [...] Sections of the industry have seen eAuctions as a return to lowest price purchasing, threatening already low margins. [...] The OGC has explored the use of eAuctions in construction. It is working closely with industry to explore and facilitate their adoption where appropriate." (s. 24).

Paragrafen innehåller numera endast ett stycke. Det tidigare andra stycket har flyttats till en ny 11 a §.

#### *Ramavtal och dynamiskt inköpssystem*

*11 a §* Värdet av ett ramavtal eller av ett dynamiskt inköpssystem skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under avtalets löptid eller det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

Bestämmelsen motsvarar artikel 9.9 i direktivet som reglerar beräkningen av värdet av både ett ramavtal och ett dynamiskt inköpssystem. Det tidigare andra stycket i 11 § har därför flyttats till 11 a § och ändrats så att det omfattar också dynamiskt inköpssystem.

#### **5 kap.**

*2 §* Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2 a–2 l §§. Förhandlat upphandlingsförfarande får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 3–10 §§.

Bestämmelsen i första meningen är ny och motsvarar artikel 28 andra stycket i direktivet. Den markerar, i likhet med vad som gäller för det förhandlade upphandlingsförfarandet, att en konkurrenspräglad dialog får användas endast under vissa förutsättningar. Som huvudregel gäller oförändrat att öppet eller selektivt förfarande skall användas.

#### *Konkurrenspräglad dialog*

Under mellanrubriken Konkurrenspräglad dialog under kapitelrubriken Upphandlingsförfarande finns 12 nya paragrafer, 2 a–2 l §§, genom vilka möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs. Bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog har placerats före bestämmelserna om förhandlat förfarande eftersom förfarandena behandlas i den ordningen i direktivet (artiklarna 28–31).



*2 a § En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt, om den anser att användningen av öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.1 första stycket i direktivet.

I vilka fall en upphandlande myndighet får använda en konkurrenspräglad dialog kan inte avgöras endast med ledning av artikel 29.1 första stycket i direktivet. Som den bestämmelsen är utformad synes den överlämna till den upphandlande myndigheten att subjektivt bedöma om öppet eller selektivt upphandlingsförfarande kan användas eller inte. En jämförelse med vad som enligt artikel 1.11 c andra stycket är ett "särskilt komplicerat kontrakt" visar dock att utrymmet för subjektiva bedömningar är mer begränsat än som förefaller gälla enligt artikel 29.1. För att ett kontrakt skall anses särskilt komplicerat krävs nämligen att den upphandlande myndigheten antingen inte kan *objektivt* definiera de tekniska medel som kan tillgodose dess behov eller mål eller inte kan *objektivt* specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt.

Om det väl har konstaterats av den upphandlande myndigheten att ett kontrakt är särskilt komplicerat tycks det finnas mycket litet utrymme för myndigheten att anlägga några subjektiva synpunkter på valet av upphandlingsförfarande. Möjligen skulle en upphandlande myndighet kunna vara skyldig att bedöma om det finns skäl att använda öppet eller selektivt förfarande, trots att det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt. Om en sådan skyldighet skulle finnas tycks dock den upphandlande myndigheten ha ett mycket stort utrymme för att "anse" att skälen inte överväger de objektiva hindren mot att använda öppet eller selektivt förfarande.

Denna fråga berörs något även i kommentaren till 2 b §.

*2 b § Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten på objektiva grunder inte kan*

*1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 8 kap. 3–5 §§ som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller*

*2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 1.11 c andra stycket i direktivet.

I direktivet sägs att ett kontrakt anses vara "särskilt komplicerat" om de upphandlande myndigheterna "inte objektivt kan definiera

de tekniska medel ... som kan tillgodose deras behov eller mål” eller ”inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt”. I den föreslagna lydelsen av paragrafen används med samma avsedda betydelse ”på objektiva grunder” i stället för ”objektivt”.

Formuleringarna i den svenska språkversionen av direktivet kan uppfattas så att den upphandlande myndigheten skall sakna förmåga att åstadkomma en objektiv definition eller specifikation, oavsett om det beror på myndighetens bristande kompetens eller på upphandlingens komplexitet. Av de engelska och tyska språkversionerna av direktivet framgår att kontrakt skall anses särskilt komplicerade då de upphandlande myndigheterna ”are not objectively able to” respektive då en upphandlande myndighet ”objektiv nicht in der Lage ist”. Dessa formuleringar innebär att det inte endast är den enskilda upphandlande myndighetens egen uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling som tillåts avgöra om det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt. Denna uppfattning styrks i någon mån av vad som sägs i beaktandesats 31. Där talas i de danska, engelska och tyska språkversionerna av direktivet med olika formuleringar om att den upphandlande myndighetens oförmåga inte får vara myndighetens eget fel.

Enligt utredningens mening får den avsedda innebörden av bestämmelsen anses vara att ett kontrakt kan vara särskilt komplicerat endast om det för varje normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat.

Som exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade nämns i beaktandesats 31 ”större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg”. Detta innebär inte att t.ex. alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Svårighetsgraden beror bl.a. på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Svårighetsgraden får väl också antas minska med ökande erfarenhet av hanteringen av komplicerade kontrakt.

Ett exempel på när det kan vara befogat att använda en konkurrenspräglad dialog kan vara att en upphandlande myndighet skall skapa en landförbindelse men inte kan avgöra om detta behov bäst tillgodoses genom en bro eller en tunnel, även om myndigheten kan utarbeta tekniska specifikationer för bådadera. Exempel

på ”komplicerad och strukturerad finansiering” kan sannolikt hämtas från området för offentligt och privat samarbete, där en del av lösningen kan vara formerna för samarbetet. Ett annat exempel kan vara att myndigheten har svårt att förutse om leverantörerna är beredda att stå den ekonomiska risk som en koncessionslösning innebär.

I övrigt ligger det i sakens natur att bedömningen av om det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt måste göras från fall till fall.

*2 c § Den upphandlande myndigheten skall anta det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.1 andra stycket i direktivet. I artikel 29.7 finns en bestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten skall välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53.

Paragrafen, som täcker båda bestämmelserna i direktivet, har utformats i enlighet med 14 kap. 1 § 1 den klassiska lagen.

Eftersom det vid användning av en konkurrenspräglad dialog skall vara fråga om särskilt komplicerade kontrakt finns det naturligt nog ingen möjlighet att låta endast priset avgöra valet av leverantör.

*2 d § Den upphandlande myndigheten skall annonsera en upphandling som skall göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument skall myndigheten ange sina behov och krav.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.2 i direktivet. Ett s.k. beskrivande dokument är en kompletterande handling där uppdraget som upphandlingen avser beskrivs närmare. Det kan vara svårt för en upphandlande myndighet att ange urvalskriterier vid detta stadium eftersom den då inte har vetskap om den lösning som bäst motsvarar dess behov. Detta leder till att myndigheten troligen får använda sig av generella urvalskriterier som kvalitet och pris. Urvalskriterierna får inte ändras efter dialogfasen.

*2 e § Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de leverantörer som har valts ut med tillämpning av 12 och 13 kap. Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att han inte valts ut och om skälen för detta.*

*Dialogens syfte skall vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda leverantörerna.*

Bestämmelserna motsvarar artikel 29.3 första stycket i direktivet, men har kompletterats med en bestämmelse som ålägger den upphandlande myndigheten att underrätta en leverantör om att han inte får delta i dialogen och skälen för detta. Syftet är att säkerställa att en leverantör så snart som möjligt skall kunna begära överprövning av detta beslut.

I 12 och 13 kap. finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer respektive bestämmelser om kontroll av leverantörers lämplighet och förmåga att genomföra ett kontrakt.

Dialogen kan omfatta inte endast tekniska utan även ekonomiska och juridiska aspekter, vilket framgår av uttrycket ”alla aspekter”.

*2 f § Den upphandlande myndigheten skall under dialogen se till att alla deltagande leverantörer behandlas lika och därvid särskilt beakta att upplysningar inte får lämnas ut på sådant sätt att någon eller några leverantörer gynnas i förhållande till andra.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.3 andra stycket i direktivet.

*2 g § Den upphandlande myndigheten kan bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som skall diskuteras under dialogen. Om denna möjlighet kommer att utnyttjas skall det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

*Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt skriftligen underrätta en leverantör om att dennes lösning har uteslutits och om skälen för detta.*

Bestämmelserna motsvarar artikel 29.4 i direktivet men har kompletterats med en bestämmelse som ålägger den upphandlande myndigheten att underrätta en leverantör om att hans lösning har uteslutits och om skälen för detta. Syftet är att säkerställa att en leverantör så snart som möjligt skall kunna begära överprövning av detta beslut.

*2 b § Den upphandlande myndigheten skall fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Dialogen skall då förklaras avslutad och de deltagande leverantörerna informeras om detta.*

Paragrafens första mening motsvarar artikel 29.5 i direktivet. Någon uttrycklig bestämmelse om att dialogen skall förklaras avslutad finns inte i direktivet. Informationskyldigheten finns i artikel 29.6.

Det finns ingen tidsgräns för när dialogen skall vara avslutad utan den upphandlande myndigheten kan fortsätta förhandlingen till dess ”rätt” lösning har presenterats.

*2 i § Då information enligt 2 b § lämnats skall den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande leverantörerna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.6 första stycket i direktivet. Det framgår inte uttryckligen av bestämmelsen i direktivet om en leverantörs slutgiltiga anbud skall avse den leverantörens lösning eller lösningar eller om anbudet skall avse viss eller vissa lösningar som myndigheten bestämt, oavsett vem som presenterat dem. Det ligger enligt utredningens uppfattning närmast till hands att varje leverantörs anbud skall avse den leverantörens lösning. Det torde dock inte möta något formellt hinder att den upphandlande myndigheten använder sig av en leverantörs lösning eller delar av den vid infordrande av de slutliga anbudet, förutsatt att den upphandlande myndigheten generellt förbehållit sig den rätten eller träffar avtal med leverantören om det. Det kan påpekas att den upphandlande myndigheten enligt en uttrycklig bestämmelse i 2 l § (motsvarande artikel 29.8 i direktivet) får besluta om betalning till deltagarna i dialogen. Även utan en sådan bestämmelse synes det vara möjligt att lämna ersättning i det angivna fallet, givet att det inte innebär någon diskriminering av övriga deltagare i dialogen.

*2 j § Den upphandlande myndigheten kan anmoda en deltagande leverantör att klarlägga, precisera och finjustera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.6 andra stycket i direktivet.

Det framgår inte av bestämmelsen i första meningen i artikel 29.6 hur långt möjligheten att ändra ett anbud sträcker sig. Ordvalet tyder på att det skall vara fråga om mycket begränsade ändringar, i huvudsak sådana som inte innebär någon materiell ändring. Detta motsägs dock av andra meningen i artikeln, enligt vilken det synes vara möjligt att göra även materiella ändringar, så länge de inte leder till att grundläggande delar ändras. Någon möjlighet att närmare ange hur långt rätten till ändringar sträcker sig synes inte finnas. Dock kan erinras om vad som i beaktandesats 31 sägs om att den konkurrenspräglade dialogen inte får ”användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids, särskilt inte genom att grundläggande delar av anbuden ändras, genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga.”.

*2 k § Den upphandlande myndigheten skall värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna, som skall anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

*Myndigheten kan anmoda den leverantör som blivit vald att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.7 i direktivet.

Vad som nyss sagts om möjligheterna att ändra anbud innan leverantören valts gäller även senare ändring av anbud. En skillnad mellan bestämmelserna är att den valda leverantören enligt artikel 29.7 kan anmodas att bekräfta åtaganden som gjorts i anbudet. Detta antyder att leverantören skulle kunna dra tillbaka ett åtagande som gjorts i anbudet, givet dock att det inte innebär ändring av någon väsentlig del av anbudet eller inbjudan att lämna anbud. Det kan dock inte bli tal om att ingå i några förhandlingar med leverantören. Det nyss citerade uttalandet i beaktandesats 31 är av intresse även i detta sammanhang.

*21 § Den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning skall ges till deltagarna i dialogen.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 29.8 i direktivet.

- 3 §** Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas
1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande *eller vid en konkurrenspräglad dialog* är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 1 kap. 6 § andra stycket, 8 kap. 11 § tredje stycket, 13 och 14 §§, 12 kap. 2 §, 13 kap. eller 14 kap. 3 §, dock endast om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
  2. om det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,
  3. i fråga om tjänster av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller
  4. i fråga om byggtreprenad, om entreprenaden endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

Bestämmelsen i punkten 1 motsvarar artikel 30.1 a första stycket i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

**4 §** I fall som avses i 3 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande inbegriper endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 12 eller 13 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande *eller i en föregående konkurrenspräglad dialog* har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds förfarandet. I förfarandet får inte delta andra än sådana anbudsgivare.

Paragrafen motsvarar artikel 30.1 a andra stycket i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

**6 §** En upphandlande myndighet får föreskriva att förhandlat förfarande enligt 3 § skall äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen skall omfatta. Därvid skall de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget *eller i det beskrivande dokumentet*. I annonsen eller

i förfrågningsunderlaget skall anges om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

Paragrafen motsvarar artikel 44.4. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

**11 §** Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering *samt i den konkurrenspräglade dialogen* får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande som inbjuds att lämna anbud, att förhandla *eller att delta*, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande.

Den upphandlande myndigheten skall i annonsen ange

1. vilka objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av deltagare,
2. det lägsta antal deltagare som kommer att inbjudas och, om ett högsta antal kommer att inbjudas, detta antal,
3. de miniminivåer som kan ha fastställts i fråga om deltagarnas ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 44.3 första stycket i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

**12 §** Det lägsta antalet deltagare skall vid selektivt förfarande vara fem *samt i den konkurrenspräglade dialogen och* vid förhandlat förfarande med föregående annonsering tre. Antalet deltagare skall dock alltid vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras.

Paragrafen motsvarar artikel 44.3 andra stycket i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

#### *6 a kap. Dynamiskt inköpssystem*

Kapitlet är nytt och innehåller bestämmelser som inför möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem.



*1 § En upphandlande myndighet får använda sig av ett dynamiskt inköpssystem.*

Genom denna bestämmelse utnyttjas den möjlighet som artikel 33.1 i direktivet ger att tillåta användning av ett dynamiskt inköpssystem.

*2 § För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande myndighet följa reglerna för öppet förfarande i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som görs inom ramen för systemet.*

*Alla anbudsgivare som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med kriterierna i förfrågningsunderlaget har rätt att delta i systemet.*

*Preliminära anbud kan förbättras under förutsättning att de fortfarande motsvarar kraven i förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.2 första och andra meningarna i direktivet.

De preliminära anbuden kan ändras obegränsat antal gånger så länge de stämmer överens med specifikationerna i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte av direktivet om det är möjligt för en anbudsgivare att lämna ett anbud som innebär en försämring i förhållande till ett tidigare lämnat anbud. Eftersom det synes stå de leverantörer som är registrerade i systemet fritt att när som helst lämna nya anbud borde det också vara möjligt att lämna ett nytt sämre anbud.

*3 § Då ett dynamiskt inköpssystem införs och då kontrakt tilldelas inom ramen för systemet skall den upphandlande myndigheten uteslutande använda elektroniska medel.*

*I fråga om elektroniska medel gäller vad som sägs i 11 kap. 1 § andra stycket, 2–4 och 6 §§.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.2 tredje meningen i direktivet.

Av hänvisningen till bestämmelser i 11 kap. framgår bl.a. att de valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga, att de verktyg som används skall uppfylla angivna krav, att information om specifikationer skall finnas tillgänglig, att sekretess skall gälla samt att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela vissa föreskrifter.

*4 § För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten*

*1. offentliggöra en annons om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem,*

*2. ange i förfrågningsunderlaget vilken typ av köp som avses, och lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som avser utrustningen, och*

*3. så snart annonsering skett och under systemets hela giltighetstid på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt ange den Internetadress på vilken leverantörerna kan ta del av dessa handlingar.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.3 i direktivet.

Första punkten motsvarar artikel 33.3 a. I artikel 35.3 första stycket i direktivet föreskrivs att en upphandlande myndighet som avser att införa ett dynamiskt inköpssystem skall informera om detta genom ett meddelande om upphandling. Den sist nämnda bestämmelsen tycks utgöra en dubblyr av artikel 33.3 a och är avsedd att täckas av första punkten (se även kommentaren till 7 §).

*5 § Den upphandlande myndigheten skall under hela giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet ge varje leverantör möjlighet att lämna ett preliminärt anbud för att bli upptagen i systemet.*

*Utvärderingen av ett preliminärt anbud skall ske inom 15 dagar från det att anbudet lämnades.*

*Den upphandlande myndigheten kan förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.4 första stycket i direktivet. I det dynamiska inköpssystemet kan leverantörer tillkomma under avtalstiden. Det torde också vara möjligt för leverantörer att utgå ur systemet.

Då ett dynamiskt inköpssystem införs skall bestämmelserna om öppet förfarande tillämpas. Tidsfristen för anbud är då normalt 52 dagar, med möjlighet till 5+7 dagars förkortning enligt 10 kap. 5 och 6 §§ då en annons utarbetas och sänds med elektroniska medel och då den upphandlande myndigheten ger elektronisk tillgång till förfrågningsunderlaget. Detta synes innebära att den kortaste tidsfristen vid införande av ett dynamiskt inköpssystem normalt blir 40 dagar.

Skyldigheten att utvärdera preliminära anbud inom 15 dagar gäller sannolikt endast anbud som lämnas efter det att den tid som

bestämts för införandet av det dynamiska inköpssystemet har passerats.

*6 § Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt underrätta en anbudsgivare som lämnat ett preliminärt anbud om han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller om anbudet har förkastats och om skälen till att anbudet förkastats.*

Bestämmelsen motsvarar artikel 33.4 andra stycket i direktivet med undantag för att den upphandlande myndigheten inte enligt artikeln åläggs någon skyldighet att ange skälen till att ett preliminärt anbud har förkastats. Det är enligt utredningens mening naturligt att skälen till att ett anbud förkastats skall anges.

Bestämmelsen i direktivet om att en anbudsgivare skall informeras om att hans preliminära anbud förkastats bygger uppenbarligen på att det är möjligt att på det stadiet förkasta anbud. Sannolikt finns det ingen skyldighet att göra det. Av ordvalet att döma är det anbudet som kan förkastas, t.ex. därför att det inte alls eller bara delvis avser föremålet för upphandlingen. Skälen för att ett anbud förkastats skall anges.

Någon gång innan ett kontrakt tilldelas skall anbudsgivarnas kvalifikationer bedömas. Artikel 44 i direktivet tyder närmast på att den upphandlande myndigheten vid användning av ett vanligt upphandlingsförfarande först skall konstatera om det finns grund för att utesluta en leverantör, sedan undersöka de icke uteslutna leverantörernas lämplighet och till sist tilldela en av de kvarvarande leverantörerna kontraktet. Tillämpat på ett dynamiskt inköpssystem skulle den upphandlande myndigheten bedöma alla leverantörer som lämnat preliminära anbud när dessa anbud lämnats och låta endast de leverantörer som ”godkänns” delta i det dynamiska inköpssystemet.

Det kan sannolikt förekomma dels att ett stort antal leverantörer lämnar preliminära anbud i ett dynamiskt inköpssystem, dels att alla dessa inte lämnar slutliga anbud på ett enskilt kontrakt. Genom att vänta med bedömningen av leverantörerna kan denna begränsas till de leverantörer som lämnat de bästa slutliga anbuden. En fördel med ett sådant förfarande är att några resurser inte behöver användas för att bedöma leverantörer som sedan inte lämnar några slutliga anbud eller som av annan anledning inte kan tilldelas något kontrakt. Samtidigt kommer vissa leverantörer att vara kvar i systemet trots att de, om en bedömning av dem gjordes, inte längre

skulle få delta. Detta är givetvis en nackdel för dessa leverantörer som inte kan argumentera för sin rätt att vara kvar i systemet och som, om de fortsätter att lämna slutliga anbud, gör detta i onödan. Det är också en nackdel för den upphandlande myndigheten som får hantera onödigt många deltagare i systemet. Även om fördelarna med att vänta med bedömningen av leverantörerna till dess det är aktuellt att tilldela ett kontrakt skulle anses överstiga nackdelarna med ett sådant förfarings sätt är det inte med säkerhet förenligt med direktivens bestämmelser.

*7 § Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande myndigheten offentliggöra en förenklad annons och uppmana alla intresserade leverantörer att lämna ett preliminärt anbud inom en tid som inte får vara kortare än 15 dagar räknat från den dag då den förenklade annonsen skickades för offentliggörande.*

*Den upphandlande myndigheten får inte offentliggöra inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under den tid som anges i första stycket har utvärderats.*

*I fråga om förenklad annons enligt första stycket gäller 9 kap. 9 §.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.5 i direktivet.

Bestämmelsen i första stycket andra meningen motsvarar artikel 33.5 andra meningen. I artikel 35.3 andra stycket föreskrivs att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett offentligt kontrakt grundat på ett dynamiskt inköpssystem, skall informera om detta genom ett förenklat meddelande om upphandling. Den sist nämnda bestämmelsen tycks utgöra en dubblyr av artikel 33.5 andra meningen och är avsedd att täckas av den föreslagna bestämmelsen i första stycket andra meningen (se även kommentaren till 4 §).

Den andra delen av det dynamiska inköpssystemet, tilldelningen av ett särskilt kontrakt, innehåller som framgår av paragrafen två delar. För det första skall en förenklad annons offentliggöras, vars syfte i första hand synes vara att intressera leverantörer som ännu inte tagits in i systemet för att lämna preliminära anbud och därigenom tas in i systemet. Den andra delen består av inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt. Denna inbjudan får inte offentliggöras förrän alla preliminära anbud har utvärderats.

Den förenklade annonsen skall innehålla uppgifter som anges i bilaga VII till direktivet. Bland de uppgifter som skall finnas i annonsen kan nämnas hänvisning till offentliggörandet av annon-

sen om införandet av det dynamiska inköpssystemet, föremålet för upphandlingen och den tidsfrist inom vilken preliminära anbud skall lämnas in.

Enligt 9 kap. 9 § den klassiska lagen ankommer det på regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter bl.a. om innehållet i och utformningen av annonser.

*8 § Den upphandlande myndigheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tagits med i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud på varje särskilt kontrakt som skall tilldelas inom ramen för systemet. Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.6 första stycket i direktivet.

Direktivet innehåller ingen bestämd tidsfrist som skall tillämpas för anbudsgivningen. Fristen får därför bestämmas så att den med hänsyn till bl.a. upphandlingens svårighetsgrad och omfattning ger leverantörerna tillräcklig tid för att lämna ett genomarbetat anbud.

*9 § Den upphandlande myndigheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som har angetts i den annons om upphandling som använts för att införa det dynamiska inköpssystemet.*

*Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i 8 §.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.6 andra stycket i direktivet.

Det framgår inte av direktivet vad som ligger i att tilldelningskriterierna får preciseras. Det kan tänkas att ett dynamiskt inköpssystem omfattar möjligheten att tilldela olika slag av kontrakt som inte är identiska utan behöver anpassas i varje enskilt fall. Även den relativa inbördes betydelsen av olika kriterier kan behöva ändras beroende på det särskilda kontraktet. Det kan t.ex. vara fråga om att i ett visst fall ge leveranstiden en större betydelse än som allmänt gäller enligt det dynamiska inköpssystemet.

*10 § Ett dynamiskt inköpssystem får endast om det finns särskilda skäl ha längre giltighetstid än fyra år.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.7 första stycket i direktivet.

I motsats till vad som gäller i fråga om ramavtal ger ett dynamiskt inköpssystem en fullständig öppenhet och det medger kon-

tinuerligt tillträde till systemet för varje intresserad leverantör. Det är därför inte uppenbart varför direktivet innehåller denna bestämmelse. Den är dock kategoriskt utformad och skall därför tas med i lagförslaget.

I direktivet används uttrycket ”utom i vederbörligen berättigade undantagsfall”. Motsvarande formulering finns i artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet när det gäller ramavtal. Den har i det i delbetänkandet lämnade lagförslaget ersatts med uttrycket ”endast om det finns särskilda skäl”. Samma formulering föreslås i den nu aktuella paragrafen. Direktivet innehåller ingen antydning om vad som kan tänkas vara avsett med ”vederbörligen berättigade undantagsfall”.

*11 § En upphandlande myndighet får inte använda dynamiskt inköpsystem på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.*

Paragrafen motsvarar artikel 33.7 andra stycket i direktivet.

*12 § Några administrativa avgifter får inte tas ut av leverantörer som vill delta eller deltar i ett dynamiskt inköpssystem.*

Paragrafen motsvarar i sak artikel 33.7 tredje stycket i direktivet.

Det är enligt paragrafen inte tillåtet att ta ut några avgifter vare sig av en leverantör som genom att lämna ett preliminärt anbud ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem eller av en leverantör som deltar i ett sådant system.

## 7 kap.

*1 § En upphandlande myndighet får anskaffa varor och tjänster från en inköpscentral.*

*En upphandlande myndighet får också anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster eller ingå i ramavtal genom medverkan av en inköpscentral.*

Ändringarna har kommenterats i avsnitten 5.5–5.7 i den allmänna motiveringen.

2 § En upphandlande myndighet som anskaffar byggentreprenader, varor och tjänster *enligt 1 §* skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.

Ändringarna har kommenterats i avsnitten 5.5–5.7 i den allmänna motiveringen.

## 8 kap.

17 § Vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle till samtliga utvalda deltagare skicka en skriftlig inbjudan att lämna anbud, *att delta i dialogen* eller att förhandla.

Inbjudan till anbudssökandena skall innehålla förfrågningsunderlaget *eller det beskrivande dokumentet* och samtliga kompletterande handlingar eller, om *materialet* görs direkt *tillgängligt* med elektroniska medel, *uppgift om åtkomst*.

Paragrafen motsvarar i sak artikel 40.1 och 40.2 i direktivet. Ändringarna är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs. Ordet ”materialet” är avsett att täcka förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet och kompletterande handlingar.

18 § I det fall någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran skall lämna ut förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller de kompletterande handlingarna, skall adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift skall betalas för handlingarna skall upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna skall skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har mottagits.

Paragrafen motsvarar artikel 40.3 i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

19 § Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket skall lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid selektivt förfarande och vid påskyndat förhandlat förfarande enligt 10 kap. 8 § skall denna tidsfrist vara fyra dagar.

Paragrafen motsvarar artikel 40.4 i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

20 § En inbjudan som avses i 17 § skall innehålla

1. en hänvisning till annonsen om upphandling,
2. uppgift om sista dag för mottagande av anbud samt uppgifter om till vilken adress anbuden skall skickas och på vilket eller vilka språk de skall avfattas,
3. *vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för samrådets början samt om det språk som skall användas,*
4. uppgifter om vilka handlingar som skall bifogas och
5. den relativa inbördes betydelse av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte redovisas i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget *eller i det beskrivande dokumentet.*

Innehållet i punkten 3 är nytt och motsvarar i sak artikel 40.5 första stycket c i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs. De nuvarande bestämmelserna i punkterna 3 och 4 återfinns i punkterna 4 och 5. Punkten 5 motsvarar artikel 40.5 första stycket e i direktivet och har kompletterats som en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

## 9 kap.

7 § En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av fjärde stycket, till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

*Har kontrakt tilldelats på grundval av ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om resultatet av tilldelningen senast 48 dagar efter tilldelningen av varje enskilt kontrakt eller, om annonserna grupperas per kvartal, senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.*

Avser det tilldelade kontraktet tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag skall den upphandlande myndigheten ange om den samtycker till att kontraktet offentliggörs.



Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Paragrafen motsvarar artikel 35.4 första–fjärde styckena. Det andra stycket, som motsvarar artikel 35.4 tredje stycket, är nytt och är en följd av att möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem införs.

## 10 kap.

### **Tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering**

4 § Vid selektivt upphandlingsförfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering skall tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande skall tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

Paragrafen motsvarar artikel 38.3 i direktivet. Ändringen i första stycket är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

5 § Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användandet av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt *förfarande, vid konkurrenspräglad dialog och vid förhandlat förfarande* med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

Paragrafen motsvarar artikel 38.5 i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

## 11 kap.

9 § En upphandlande myndighet skall, om inte annat följer av 10 §, snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt *och tillträde till ett dynamiskt inköpssystem eller om beslut att inte fullfölja ett dynamiskt inköpssystem samt om skälen för besluten. I fråga om tillträde för en leverantör till ett dyna-*

*miskt inköpssystem gäller underrättelseskyldigheten endast i förhållande till denne.*

Paragrafen motsvarar artikel 41.1 i direktivet. Ändringarna är en följd av att möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem införs. Ändringen i första meningen är avsedd att motsvara den del av artikel 41.1 där det talas om att en upphandlande myndighet skall underrätta anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om slutandet av ett ramavtal osv. ”inklusive skälen till beslutet att inte [...] inrätta ett dynamiskt inköpssystem”. Innebörden synes dock framgå tydligare av de franska och tyska språkversionerna. Den nya andra meningen har kommenterats i avsnitt 3.5.3 i den allmänna motiveringen.

**13 §** En upphandlande myndighet skall för varje kontrakt, ramavtal och dynamiskt inköpssystem upprätta ett protokoll och skall se till att genomförandet av en upphandling med hjälp av elektroniska medel dokumenteras.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om vad ett protokoll skall innehålla.

En upphandlande myndighet är skyldig att på kommissionens begäran tillstålla kommissionen protokollet eller huvuddragen i det.

Paragrafen motsvarar artikel 43 i direktivet. Ändringen i första stycket är en följd av att möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem införs. Ändringen i andra stycket är en korrigeringsav motsvarande förslag i delbetänkandet där i stället för ”bestämmer” felaktigt står ”bestämmelser”.

## 14 kap.

**2 §** Den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

I det fall den upphandlande myndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange den relativa betydelsen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning.

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet.

Paragrafen motsvarar artikel 53.2 i direktivet. Ändringen i tredje stycket är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

#### *14 a kap. Elektronisk auktion*

Kapitlet är nytt och innehåller bestämmelser som inför möjligheten att använda en elektronisk auktion. En elektronisk auktion utgör inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan ingår som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Kapitlet har därför placerats i anslutning till kapitel 14 som handlar om kontraktstilldelningen.

*1 § En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

- 1. öppet och selektivt förfarande,*
- 2. förhandlat förfarande i det fall som avses i 5 kap. 3 § 1,*
- 3. förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal, och*
- 4. inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.2 första och andra styckena i direktivet.

Det fall som avses i 5 kap. 3 § 1 är att de anbud som lämnats är ogiltiga eller av vissa skäl inte kan godtas. I detta fall får enligt direktivet förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpas.

De övriga fall då förhandlat förfarande med eller utan föregående meddelande om upphandling enligt artiklarna 30 och 31 i det klassiska direktivet får användas (t.ex. då något totalpris inte kan anges, då upphandlingen avser finansiella eller intellektuella tjänster, då det är fråga om forskningsändamål eller om kompletterande leveranser) är typiskt sett av sådan karaktär att det knappast finns möjlighet att använda elektroniska auktioner under upphandlingen.

Att elektroniska auktioner kan användas vid tilldelning av kontrakt efter en andra konkurrensutsättning på grundval av ett ramavtal framgår direkt av punkt 3 i paragrafen. Såvitt kan förstås kan elektroniska auktioner, trots att detta inte anges uttryckligen i bestämmelsen, användas vid upphandling även av själva ramavtalet, om förutsättningarna för användning av elektroniska auktioner i och för sig är uppfyllda. Enligt artikel 32.2 i det klassiska direktivet

skall en upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal följa de förfarandebestämmelser som anges i direktivet fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Ramavtal skall alltså upphandlas enligt det öppna, selektiva eller förhandlade förfarandet. Vid sådana förfaranden får enligt artikel 54.2 tilldelningen av kontrakt föregås av en elektronisk auktion. Det är dock tveksamt om denna möjlighet kan utnyttjas i praktiken. Det torde i vart fall inte vara möjligt i de fall ramavtalet inte innehåller alla villkor för tilldelning av kontrakt.

I artikel 54.2 nämns inte konkurrenspräglad dialog. Detta synes innebära att elektroniska auktioner inte kan användas inom ramen för den konkurrenspräglade dialogen.

Förutsättningen för användning av elektroniska auktioner är att förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Vid användning av öppet eller selektivt förfarande skall förfrågningsunderlaget vara tillräckligt preciserat innan de ursprungliga anbuden lämnas, eftersom dessa förfaranden ger mycket begränsat utrymme för ändringar. Vid förhandlat förfarande krävs sannolikt att förfrågningsunderlaget är fastställt med tillräcklig exakthet först då den elektroniska auktionen skall inledas.

Skälet till att förfrågningsunderlaget måste vara tillräckligt preciserat då auktionen inleds är uppenbarligen att kontraktet skall tilldelas en leverantör på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen (artikel 54.8).

*2 § Den elektroniska auktionen skall grundas på*

*1. priser, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*

*2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.2 tredje stycket i direktivet och har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med direktivet.

Sådana värden måste kunna åsättas de komponenter i anbuden som skall ingå i auktionen att värdena kan bli föremål för en automatisk bedömning utan subjektiva inslag.

*3 § En upphandlande myndighet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange det i annonsen om upphandling.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.3 första stycket i direktivet. Bestämmelsen i direktivet anger entydigt att den upphandlande myndigheten är skyldig att i annonsen ange att elektronisk auktion skall hållas, om myndigheten beslutat om det. Av bestämmelsen följer att en elektronisk auktion inte får användas, om det inte angetts i annonsen om upphandling. I det fall den upphandlande myndigheten skulle finna att en elektronisk auktion skulle behöva hållas, utan att detta angetts i annonsen om upphandling, får upphandlingen göras om.

Det framgår inte av bestämmelsen vad som skall gälla om en upphandlande myndighet, som annonserat om att elektronisk auktion skall användas, senare finner att detta inte är möjligt eller önskvärt. I en sådan situation kan naturligtvis upphandlingen avbrytas och, om den upphandlande myndigheten vill det, en ny upphandling inledas. Detta kan i många fall vara det ur den upphandlande myndighetens synvinkel bästa alternativet. Eftersom den elektroniska auktionen syftar till att få fram för myndigheten allt bättre anbud får antas att de deltagande leverantörerna inte i det tidigare skedet har lämnat sina bästa anbud. Myndigheten riskerar alltså att välja ett sämre anbud än det som kunde ha blivit resultatet av en auktion. För de deltagande leverantörerna gäller på motsvarande sätt att den som avsett att under auktionen förbättra sitt anbud, för att därigenom kunna tilldelas kontraktet, förlorar denna möjlighet, om kontraktet tilldelas den leverantör som lämnat det från början bästa anbudet.

Det kan också tänkas att en leverantör, som inte velat delta i en elektronisk auktion, avstått från att lämna anbud därför att det angetts att en sådan auktion skall hållas. Om upphandlingen avslutas utan auktion kan naturligtvis tänkas att anbudet från denna leverantör skulle ha varit det bästa ursprungliga anbudet.

Vad nu sagts talar materiellt sett för att en upphandling alltid skall avslutas med en elektronisk auktion, om detta angetts i annonsen om upphandlingen. Även formuleringen i direktivet tyder på att så är fallet.

Efter det att en upphandling annonserats kan omständigheter inträffa som gör att en annonserad auktion inte kan hållas eller att en icke annonserad auktion skulle behöva hållas. Enligt vad som nyss sagts skulle i sådana fall upphandlingen behöva göras om.

Användningen i praktiken av elektroniska auktioner skulle underlättas om en upphandlande myndighet i annonsen om upphandling kunde ange att förfarandet kan komma att innehålla en elektronisk auktion. De leverantörer som lämnar anbud gör det på samma villkor och med vetskap om vad som kan komma att beslutas. Upphandlingen skulle då inte behöva göras om då myndigheten beslutar att hålla eller inte hålla en auktion. En sådan tillämpning kan dock inte självklart förenas med den kategoriska utformningen av artikel 54.3 första stycket.

En jämförelse kan göras med bestämmelserna i artikel 29.4 och 30.4, som behandlar möjligheterna att minska antalet lösningar respektive anbud genom att genomföra ett upphandlingsförfarande i successiva steg. I den svenska språkversionen av direktivet används i båda artiklarna formuleringen "Det skall anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget om denna möjlighet kommer att utnyttjas". Motsvarande formulering finns i de franska och tyska språkversionerna. I den danska språkversionen anges i stället att "muligheden for at gøre brug af denne fremgangsmåde skal være anført i ...". I den engelska språkversionen är bestämmelsen i artikel 30.4 utformad med i sak samma innehåll som den svenska, franska och tyska medan artikel 29.4 är utformad som den danska. Bortsett från att de nu berörda bestämmelserna inte är enhetligt utformade i de jämförda språkversionerna ger de inte tillräckligt stöd för att avvika från den kategoriska utformningen av artikel 54.3 första stycket.

*4 § Av förfrågningsunderlaget skall framgå*

*1. de komponenter i anbuden vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,*

*2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,*

*3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och i förekommande fall när detta kommer att ske,*

*4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,*

*5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och*

*6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.*

*De komponenter som avses i första stycket 1 skall kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.*

Paragrafens första stycke motsvarar med redaktionella ändringar artikel 54.3 andra stycket i direktivet, utom när det gäller kraven på de komponenter som skall omfattas av den elektroniska auktionen. Dessa krav har i stället tagits in i paragrafens andra stycke.

*5 § Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion skall myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudena i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda relativa inbördes betydelsen för dessa.*

*Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud skall bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.4 första stycket och andra stycket första meningen i direktivet.

Eftersom elektroniska auktioner ingår endast som ett avslutande led i ett annat upphandlingsförfarande gäller för detta förfarande samma bestämmelser som för förfaranden som inte innehåller en elektronisk auktion.

Det första anbud som lämnas måste vara fullständigt i den meningen att det innehåller alla de komponenter som skall bli föremål för utvärdering vid kontraktstilldelningen. Även de komponenter som kan omfattas av den elektroniska auktionen skall vara angivna. Vid användning av förhandlat förfarande måste anbudena vara fullständiga i vart fall innan auktionen inleds.

Det framgår inte av bestämmelsen i andra stycket om en deltagare som lämnat ett giltigt anbud måste inbjudas till den elektroniska auktionen även om deltagaren är okvalificerad eller kan uteslutas enligt någon av de uteslutningsgrunder som direktivet innehåller. Vid användning av selektivt eller förhandlat förfarande har en sådan bedömning gjorts, men förhållandena kan ha ändrats. Vid användning av öppet förfarande har någon bedömning inte gjorts. Det förefaller mindre rationellt att låta en anbudsgivare delta i en elektronisk auktion om det är alldeles klart att anbudsgivaren på grund av t.ex. personliga förhållanden inte kommer att kunna tilldelas kontraktet.

*6 § Inbjudan enligt 5 § andra stycket skall innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används samt uppgift om vilken dag och tid som den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen kan genomföras i flera på varandra följande etapper.*

*Den elektroniska auktionen får inte påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan skickats ut.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.4 andra stycket andra och tredje meningarna i det klassiska direktivet.

*7 § Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med den fastställda relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.5 första stycket i direktivet.

För att resultatet av utvärderingen skall kunna tjäna som underlag för den elektroniska auktionen synes det inte vara tillräckligt att anbudsgivaren får kännedom om den sammanlagda bedömning som gjorts av hans anbud. I stället måste information lämnas om det separata resultatet beträffande varje komponent som skall ingå i auktionsförfarandet.

*8 § I inbjudan skall anges även den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln skall innefatta den relativa inbördes betydelsen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och som angetts i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. I den mån den relativa inbördes betydelsen av olika kriterier angetts som intervall skall dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna skall separata formler ges för varje anbud.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.5 andra och tredje styckena i direktivet.

Bestämmelsen i andra stycket andra meningen syftar på den möjlighet som enligt artikel 53.2 andra stycket finns att ange betydelsen av olika kriterier som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. I den svenska språkversionen av direktivet anges att "eventuellt förekommande intervall i förväg [skall] reduceras med ett bestämt värde". I den engelska språkversionen sägs i stället att "any ranges shall, however, be reduced beforehand to a specified value". De danska, franska och tyska språkversionerna överens-



stämmer med den engelska. I paragrafen har därför angetts att förekommande intervall skall reduceras till ett bestämt värde.

*9 § Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande myndigheten omedelbart meddela alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de skall ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande myndigheten kan också lämna andra upplysningar rörande priser eller värden, under förutsättning att detta angetts i förfrågningsunderlaget. Den kan lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.6 i direktivet med undantag av sista meningen i denna artikel där det föreskrivs att anbudsgivarnas identitet inte får röjas. Enligt utredningens uppfattning följer vad som anges i nyss nämnda mening av vad som föreskrivs i 6 kap. 2 § tredje och fjärde styckena sekretesslagen (1980:100). Meningen behöver inte tas med i denna paragraf.

Sekretessfrågorna i övrigt i samband med en elektronisk auktion har behandlats i avsnitt 4.5.1 i den allmänna motiveringen.

*10 § En elektronisk auktion skall avslutas av den upphandlande myndigheten*

*1. den dag och tid då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen skall stängas,*

*2. då myndigheten inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 skall den upphandlande myndigheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.*

*I fall som avses i första stycket 3 skall tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen.*

Paragrafen motsvarar artikel 54.7 i direktivet men har med oförändrad saklig innebörd utformats på ett annat sätt.

Enligt artikeln skall auktionen avslutas ”på ett eller flera av följande sätt”. Som bestämmelsen i paragrafen utformats uppnås att en viss auktion kan avslutas på flera alternativa sätt, förutsatt att detta angetts i förväg. Någon särskild bestämmelse motsvarande den i direktivet behövs därför inte.

*11 § Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

Paragrafen har utformats i enlighet med artikel 54.8 första stycket i direktivet.

Av bestämmelsen framgår att inga andra omständigheter än resultaten av auktionen får inverka på tilldelningen av kontraktet. Resultaten skall komma fram automatiskt och utan något inslag av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens sida (se även kommentaren till 2 §).

*12 § En upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för upphandlingen, så som det angetts i förfrågningsunderlaget, ändras.*

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med artikel 54.8 andra stycket i direktivet.

Bestämmelsen förefaller inte helt nödvändig, eftersom vad som anges där kan sägas följa av allmänt tillämpliga principer.

## 16 kap.

*5 § Tröskelvärdet skall i fråga om en projekttävling som avses i 1 § första stycket 1 av den upphandlande myndigheten beräknas till värdet exklusive mervärdesskatt av tjänstekontraktet. I värdet skall inräknas de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna.*

*6 § Tröskelvärdet skall i fråga om en projekttävling som avses i 1 § första stycket 2 av den upphandlande myndigheten beräknas till summan av de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna och det beräknade värdet exklusive mervärdesskatt av de tjänstekontrakt som senare kan tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen, om en sådan tilldelning inte har uteslutits i annonsen om tävlingen.*

I delbetänkandet föreslog utredningen att bestämmelser om projekttävlingar över tröskelvärdena skulle tas in i 16 kap. den klassiska lagen. I 5 och 6 §§ i det kapitlet föreskrevs hur tröskelvärdet skulle beräknas i två olika fall. Fallen angavs genom en hänvisning till 4 § första stycket 1 respektive 2. Hänvisningen är felaktig. Det fall som avses i 5 § är det som regleras i 1 § första stycket 1 och det fall som avses i 6 § är det som regleras i 1 § första stycket 2.

*17 kap. Upphandling under tröskelvärdena m.m.***Inledning**

Följande förslag utgår från det i delbetänkandet föreslagna 17 kap. men innehåller så många ändringar att utredningen av överskådlig-hetsskäl har ansett det bäst att föreslå att det skall ersätta det tidigare 17 kap.

I delbetänkandet uttalade utredningen, att sådan upphandling som är undantagen från lagens tillämpning även om dess värde uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde, skall omfattas av bestämmelserna i 17 kap. endast i det fall detta enligt LOU har angetts uttryckligen. Det innebär att av undantagen upphandling endast upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller som gäller försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning skall omfattas av 17 kap.

I enlighet med utredningens direktiv har eftersträvat att utforma bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. på samma sätt som motsvarande bestämmelser om upphandling över tröskelvärdena. Utredningen har valt mellan två olika sätt att utforma de nu aktuella bestämmelserna. Det ena innebär att bestämmelser som är likalydande över och under tröskelvärdena inte upprepas utan anges genom en hänvisning till den bestämmelse som gäller över tröskelvärdena. Det andra sättet innebär att bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. så långt som möjligt och lämpligt görs fristående, dvs. tas in i sin fullständiga lydelse i 17 kap.

Då en upphandling som omfattas av 17 kap. skall genomföras är det en självklar fördel om de bestämmelser som då skall tillämpas finns intagna i det kapitlet. Detta gäller i särskilt hög grad för den som i huvudsak sysslar med upphandling som omfattas av 17 kap. Tillgängligheten ökar och läsningen underlättas. Utredningen har därför stor sympati för denna metod.

Bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena m.m. är dock idag mycket omfattande och kommer i utredningens förslag inte att bli så mycket mindre omfattande. De bestämmelser som gäller vid upphandling över tröskelvärdena kommer i mycket stor utsträckning att vara tillämpliga även vid upphandling under tröskelvärdena m.m. Även om det skulle ha fördelar kan det inte komma i fråga att ta in alla de bestämmelser som gäller över

tröskelvärdena och som skall tillämpas även under tröskelvärdena m.m. i fulltext i 17 kap. Det är i stället nödvändigt att, med de nackdelar det medför, i stor utsträckning använda hänvisningar i 17 kap. till bestämmelser som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Centrala och viktiga bestämmelser har normalt tagits in i 17 kap. liksom, när det ansetts lämpligt, bestämmelser av begränsat omfång.

I kommentarerna till de föreslagna bestämmelserna anges bestämmelsernas motsvarigheter i lagen i övrigt och i LOU.

Flertalet bestämmelser i LOU återfinns också i 17 kap. En bestämmelse i LOU, 6 kap. 15 §, om skyldighet för en upphandlande myndighet att på betryggande sätt förvara anbud och ansökningar om att få lämna anbud samt tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar och liknande är närmast av ordningskaraktär och kan lämpligen tas in i föreskrifter av lägre valör än lag. Bestämmelsen i 6 kap. 10 a § LOU om möjlighet att ställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt tas inte med i detta kapitel eftersom utredningen i en ny 1 kap. 5 a § föreslår att det skall införas en generell bestämmelse om möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav vid upphandling. Denna bestämmelse skall tillämpas även när det gäller upphandling under tröskelvärdena m.m.

### *Tillämpningsområde*

#### *1 § Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som*

- 1. avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster), oavsett värde,*
- 2. avser andra tjänster (A-tjänster), byggtreprenader eller varor, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 4 kap.,*
- 3. avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget och tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, eller*
- 4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.*

Paragrafen motsvarar i sak bestämmelserna i 6 kap. 1 § första stycket LOU. Vad detta kapitel i lagen omfattar har behandlats i avsnitt 7.3 i den allmänna motiveringen.

*Tillämpliga bestämmelser*

2 § Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1 kap. (allmänna bestämmelser), 2 kap. (definitioner), 3 kap. 1 och 3–6 §§ (undantag), 5 kap. 2 a–2 l §§ (konkurrenspräglad dialog), 6 a kap. (dynamiska inköpssystem), 7 kap. (inköpscentraler), 8 kap. 9 § (miljömärken), 8 kap. 21 § (bemyndigande), 9 kap. 9 § (bemyndigande), 13 kap. 3 § (krav på registrering), 14 a kap. (elektroniska auktioner), 18 kap. (överprövning och skadestånd m.m.) samt de övriga bestämmelser i lagen som anges i detta kapitel.

Vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 8 kap. 1–5, 7, 8, 10–14, 16, 19 och 21 §§, om värdet på kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap.

Paragrafens första stycke motsvarar 6 kap. 1 § andra stycket LOU, där det anges att 1 kap. 1–6 §§ och 12 § andra stycket gäller vid upphandling som avses i 6 kap. Paragrafens andra stycke motsvarar delvis 6 kap. 16 § första stycket 1 LOU.

Hänvisningen i första stycket till 1 kap. innebär att bl.a. de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 1–4 §§ om lagens tillämpningsområde skall gälla vid upphandling enligt detta kapitel liksom de allmänna principer som enligt 1 kap. 5 § skall iakttas vid tilldelning av kontrakt.

De i 2 kap. intagna definitionerna skall gälla utöver de definitioner som anges i detta kapitel.

De undantag som anges i 3 kap. 1 och 3–6 §§ kommer att gälla också vid upphandling som omfattas av detta kapitel. Eftersom någon hänvisning inte görs till 3 kap. 2 § kommer däremot de undantag som där föreskrivs för upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och för upphandling som omfattas av sekretess eller särskilda säkerhetsbegränsningar inte att gälla vid upphandling enligt detta kapitel.

Av paragrafen framgår att de tre nya rättsliga figurerna, konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion, samt inköpscentraler skall kunna användas även vid upphandling enligt detta kapitel.

Hänvisningen till 13 kap. 3 § innebär att den upphandlande myndigheten även vid upphandling enligt detta kapitel får begära bevis om registrering (i t.ex. aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register) i samband med att den kontrollerar leverantörens lämplighet.

För B-tjänster tillämpas även de närmare angivna bestämmelserna i 8 kap. I 8 kap. 6 § anges vad som skall gälla för tekniska specifikationer. Motsvarande bestämmelse finns i 10 § i detta kapitel och därför behöver ingen hänvisning ske till 8 kap. 6 §.

*Val av upphandlingsförfarande m.m.*

Mellanrubriken avslutas med uttrycket "m.m." för att markera bl.a. att en elektronisk auktion inte är ett fullständig upphandlingsförfarande utan utgör endast det sista ledet i ett annat upphandlingsförfarande (se 14 a kap.1 §).

*3 § Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.*

*Tilldelning av kontrakt får göras även med användning av*

*1. direktupphandlingsförfarande, under de förutsättningar som anges i 4 §,*

*2. konkurrenspräglad dialog i enlighet med vad som anges i 5 kap. 2 a–2 l §§,*

*3. dynamiskt inköpssystem i enlighet med vad som anges i 6 a kap., och*

*4. elektronisk auktion i enlighet med vad som anges i 14 a kap.*

I 6 kap. 2 § LOU anges att upphandling skall göras genom förenklad upphandling, urvalsupphandling eller, under vissa förutsättningar, direktupphandling. Den föreslagna paragrafen motsvarar bestämmelserna i LOU men öppnar dessutom möjlighet att använda de nya rättsliga figurerna konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster.

Konkurrenspräglad dialog, dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion behandlas i kapitlen 2–4 i den allmänna motiveringen.

*4 § Direktupphandlingsförfarande får användas om upphandlingens värde uppgår till högst*

*1. tio procent av det tröskelvärde som anges i 4 kap. 1 § 2, om upphandlingen avser varor eller tjänster,*

*2. tjugo procent av det tröskelvärde som anges i 4 kap. 1 § 2, om upphandlingen avser varor eller tjänster och det finns särskilda skäl, eller*

*3. en procent av det tröskelvärde som anges i 4 kap. 1 § 3, om upphandlingen avser byggtreprenader.*

*Direktupphandlingsförfarande får användas också om det finns synnerliga skäl.*

*Den upphandlande myndigheten skall fastställa riktlinjer för användning inom myndigheten av direktupphandlingsförfarande.*

Bestämmelser om direktupphandling finns i 6 kap. 2 § andra stycket LOU. Där anges att direktupphandling får användas, om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Förslaget skiljer sig från bestämmelserna i LOU genom att bestämda beloppsgränser anges i stället för lågt värde. Förslaget, inklusive vad som är avsett att täckas av begreppet ”synnerliga skäl”, har kommenterats i avsnitt 7.8 i den allmänna motiveringen. Vidare skall en upphandlande myndighet alltid – och alltså inte bara då den anser att det finns behov av det – fastställa riktlinjer för användningen av direktupphandling.

Av första stycket 2 framgår att ett högre värde för direktupphandlingsförfarande får användas vid upphandling av varu- eller tjänstekontrakt, om det finns särskilda skäl. När det gäller tjänstepphandling synes det framför allt kunna vara fråga om intellektuella tjänster i form av olika konsulttjänster. Det kan t.ex. vara fråga om upphandling av komplicerade kontrakt avseende arkitekt- eller teknikkonsulttjänster för ett bygg- eller anläggningsprojekt eller av organisationskonsulter i samband med en omstrukturering. Även vid varuupphandling kan det finnas särskilda skäl att använda det högre värdet. Det kan vara fråga om köp av varor, där varje produkt har ett mycket högt pris, t.ex. köp av dyrbar sjukvårdsutrustning.

I de riktlinjer som skall utfärdas skall anges vilken befattningshavare som har rätt att fatta beslut om direktupphandling och de eventuella begränsningar som gäller.

För tillämpning av det högre värdet för direktupphandling bör krävas att det av utfärdade riktlinjer framgår vilka omständigheter som berättigar till användning av det högre värdet och vem som har rätt att besluta om sådan direktupphandling.

*5 § Ett kontrakt får inte delas upp i syfte att det värde som anges i 4 § första stycket skall underskridas.*

I LOU finns motsvarande bestämmelse i 2 kap. 4 § när det gäller varor, i 3 kap. 2 § tredje stycket när det gäller byggtreprenader och i 5 kap. 8 § när det gäller tjänster (samt i 4 kap. 13 § när det gäller upphandling inom försörjningssektorerna). I fråga om upphandling som omfattas av 6 kap. LOU framgår av 6 kap. 16 § första

stycket att 4 kap. 13 § och 5 kap. 8 § är tillämpliga vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns en motsvarande bestämmelse i 4 kap. 5 § den klassiska lagen.

Den föreslagna bestämmelsen i 5 § innebär att förbudet mot uppdelning av ett kontrakt gäller generellt, alltså vid upphandling av såväl byggtreprenader som varor och tjänster.

*6 § Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder kvalificerade leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan särskilda formella krav.*

Definitionerna motsvarar de definitioner som finns i 1 kap. 5 § 18–20 styckena LOU. Direktupphandling definieras dock i den föreslagna paragrafen som upphandling ”utan särskilda formella krav” i stället för det i LOU använda uttrycket upphandling ”utan krav på anbud”. Avsikten med denna ändring är att markera att det även vid direktupphandling ofta måste krävas att anbud inhämtas, i vart fall när det gäller upphandlingar till inte helt obetydliga värden.

#### *Annonsering vid förenklat förfarande*

*7 § Vid förenklat förfarande skall den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, om inte annat följer av 9 §.*

*Kravet på allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om annonsering sker på den upphandlande myndighetens hemsida och myndigheten har upprättat en upphandlarprofil enligt 9 kap. 4 § tredje stycket. Vad nu sagts gäller dock inte då upphandlingen avser B-tjänster och överstiger de tröskelvärden som anges i 4 kap.*

Första stycket i paragrafen överensstämmer med 6 kap. 2 a § LOU.

I 1 kap. 7 § LOU föreskrivs en generell skyldighet att, med vissa undantag, annonsera upphandlingar. Bestämmelser om annonsering vid upphandling över tröskelvärdena finns i 9 kap. den klassiska lagen.



I andra stycket anges att annonsering på en upphandlande myndighets hemsida i kombination med krav på upphandlarprofil för den upphandlande myndigheten skall uppfylla kravet på en allmänt tillgänglig databas. En upphandlarprofil skall enligt 9 kap. 4 § tredje stycket vara tillgänglig på Internet och kan innehålla information om den upphandlande myndigheten och dess upphandlingar.

När det gäller upphandling av B-tjänster, som överstiger tröskelvärdena enligt 4 kap. och som alltså kan avse större värden, skall annonsering ske på samma sätt som för närvarande, nämligen på en elektronisk databas som sköts av aktörer som tillhandahåller elektroniska databaser för annonseringsändamål.

#### *Annonsering vid urvalsförfarande*

*8 § Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vad som sägs i 7 § andra stycket gäller även vid urvalsförfarande.*

*Av inbjudan skall det framgå hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och vilken dag ansökan senast skall ha kommit in.*

*Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 2 c § LOU. I första stycket andra meningen finns en nyhet som innebär att vad som sagts om allmänt tillgänglig databas i 7 § andra stycket är tillämpligt även vid urvalsförfarande.

#### *Begäran om anbud utan föregående annonsering*

*9 § En upphandlande myndighet får utan föregående annonsering skriftligen begära anbud av endast en leverantör, om sådana omständigheter föreligger som enligt 5 kap. 7 § 1 eller 8–10 §§ ger en upphandlande myndighet rätt att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.*

*Vad som sägs i första stycket gäller även när det objektivt sett endast finns en leverantör som kan uppfylla de krav som den upphandlande myndigheten ställer.*

I 6 kap. 2 b § LOU anges vissa situationer i vilka det är tillåtet för en upphandlande myndighet att begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör. Bestämmelser om när förhandlad upphandling utan annonsering får ske över tröskelvärdena finns i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 § och i 4 kap. 16 § andra stycket LOU.

I 5 kap. 7–10 §§ den klassiska lagen (som motsvarar artikel 31 i det klassiska direktivet) finns bestämmelser som medger att en upphandlande myndighet utan föregående annonsering begär anbud från endast en leverantör. Det är bl.a. fråga om fall då det

- vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbud
- som skall upphandlas av vissa skäl kan tillhandahållas av endast en leverantör,
- på grund av synnerlig oförvårdad brådska inte är möjligt att använda annars föreskrivna förfaranden, eller
- är fråga om leveranser för bl.a. forskningsändamål, om kompletterande leveranser, om upphandling av varor som omsätts på en råvarumarknad, om särskilt förmånliga tillfälliga inköp eller om tilldelning av kontrakt efter en projekttävling.

I samtliga de fall som nu angetts bör en upphandlande myndighet kunna begära anbud från endast en leverantör.

I 5 kap. 7 § 2 den klassiska lagen behandlas det fallet att det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör. Formuleringen täcker inte det fallet då t.ex. en vårdtagare har sådana önskemål om vårdgivare, behandling eller liknande som myndigheten avser att tillgodose. En särskild bestämmelse har därför tagits in i 9 § andra stycket och utformats så att den omfattar även fall av nu nämnt slag. Någon hänvisning till 5 kap. 7 § 2, där bestämmelsen om endast en möjlig leverantör finns, behövs därför inte.

I den situationen då synnerlig brådska föreligger får med stöd av 4 § andra stycket i detta kapitel direktupphandling användas. Någon hänvisning till 5 kap. 7 § 3, där bestämmelsen om synnerlig brådska finns, behövs därför inte heller.

### *Förfrågningsunderlag*

*10 § De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag eller produkter gynnas eller missgynnas.*

*Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig".*

*Vid förenklat förfarande har varje leverantör som begär det rätt att få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 3 § LOU men har utformats i enlighet med bestämmelsen i 8 kap. 6 § den klassiska lagen. I 1 kap. 16 § LOU finns motsvarande bestämmelse om tekniska specifikationer.

Att bestämmelsen i 8 kap. 9 § om miljömärken i den klassiska lagen är tillämplig framgår av 2 § i detta kapitel.

Paragrafen innehåller ingen motsvarighet till 6 kap. 3 § tredje stycket LOU, som anger att det av förfrågningsunderlaget skall framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. En sådan bestämmelse är obehövlig med hänsyn till att definitionen av förenklad upphandling och urvalsupphandling anger att den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. I varje upphandling av dessa slag kan den upphandlande myndigheten således fritt välja att förhandla med anbudsgivarna eller avstå från förhandling. En anbudsgivare torde inte ha rätt att med stöd av bestämmelsen och frånvaron av informationen att ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling kunna påfordra förhandling, om myndigheten skulle välja att avstå från detta.

Paragrafens tredje stycke överensstämmer i sak med 6 kap. 4 § LOU. En bestämmelse om tillhandahållande av förfrågningsunderlag finns i 8 kap. 16 § den klassiska lagen. Denna bestämmelse saknar motsvarighet i LOU.

Allmänna handlingar är handlingar som förvaras hos myndighet. De skall lämnas ut av myndigheten till den som begär det, om de inte omfattas av någon sekretess. Med stöd av bestämmelserna på detta område kommer det i stor utsträckning att vara möjligt för en leverantör att få ut förfrågningsunderlag från en upphandlande myndighet. Inom den klassiska sektorn kan förekomma upphandlande myndigheter, beträffande vilka det kan råda tvekan om tryckfrihetsförordningen är tillämplig. Syftet med den föreslagna

bestämmelsen är att garantera att en leverantör får ut förfrågningsunderlaget, att det lämnas ut till samma kostnad, om detta kommer i fråga, och i samma tid som till andra leverantörer. Detta kan inte garanteras om vissa leverantörer får materialet inom ramen för upphandlingsförfarandet och andra med stöd av tryckfrihetsförordningen.

#### *Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar*

*11 § En upphandlande myndighet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt detta kapitel för tilldelning av kontrakt skall ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.*

*De valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga.*

*Vad som föreskrivs i 11 kap. 2–6 §§ gäller i fråga om anbud och ansökningar om att få lämna anbud vid tilldelning av kontrakt som avses i detta kapitel.*

Bestämmelsen motsvarar 6 kap. 5 § LOU, som anger dels att anbud och ansökningar att få lämna anbud som regel skall lämnas skriftligen, dels under vilka villkor en upphandlande myndighet får tillåta att anbud och anbudsansökningar lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt.

Motsvarande bestämmelse för upphandling över tröskelvärdena finns i 11 kap. 1 § den klassiska lagen. I 11 kap. 2 § föreskrivs att verktygen som skall användas för kommunikation med elektroniska medel m.m. skall vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används. Enligt 11 kap. 3 § skall information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbud och anbudsansökningar finnas tillgängliga för alla berörda parter. En upphandlande myndighet kan kräva att anbud skall vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt vad som föreskrivs i lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Genom hänvisningen till 11 kap. 3 § gäller också att föreskrifter får meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar.

Bestämmelsen innehåller även en hänvisning till 11 kap. 4 §, där det anges att även handlingar, intyg m.m., om de inte finns till-

gängliga i elektronisk form, skall skickas inom den fastställda tidsfristen.

Enligt 11 kap. 5 § gäller att ett anbud eller en anbudsansökan som görs per telefax skall bekräftas skriftligen eller med elektroniska medel före utgången av tidsfristen för anbudet eller ansökningsen. Vidare gäller att om en ansökan om att få lämna anbud har gjorts muntligen skall en bekräftelse skickas före utgången av ansökningstiden.

Genom hänvisningen till 11 kap. 6 § gäller att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifterna skall ske på ett sådant sätt att alla uppgifter bevaras säkert, att den sekretess som gäller för anbuden och anbudsansökningarna iakttas och att den upphandlande myndigheten inte tar del av innehållet i anbuden och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökningar har gått ut.

*12 § Anbudsgivare och anbudssökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tiden för att lämna ansökningar om att få lämna anbud får dock normalt inte vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerades enligt 8 §.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 5 a § LOU. De detaljerade föreskrifter om tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud som finns i 10 kap den klassiska lagen kan inte anses nödvändiga vid upphandling enligt detta kapitel. Tiden för att lämna ansökningar om att få lämna anbud skall i normalfallet inte vara kortare än tio dagar. En kortare tidsfrist bör dock kunna tillåtas om det är fråga om exempelvis upphandling av rena stapelvaror, där det endast anges katalogpris eller dagspris på en viss vara.

#### *Innehåll i annonser m.m.*

*13 § I annonsen enligt 7 §, skrivelsen enligt 9 § eller förfrågningsunderlaget enligt 10 § skall anges*

- 1. hur anbud får lämnas,*
- 2. den dag då anbud senast skall ha kommit in, och*
- 3. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.*

*Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser.*

Bestämmelsens första stycke överensstämmer med 6 kap. 6 § LOU. I andra stycket finns ett tillägg som innebär att det finns möjlighet att utfärda föreskrifter om annonser. En motsvarighet till andra stycket finns i 9 kap. 9 § den klassiska lagen.

#### *Mottagande och öppnande av anbud*

*14 § Anbud skall öppnas samtidigt efter anbudstidens utgång av två av den upphandlande myndigheten särskilt utsedda personer. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.*

Motsvarande bestämmelser finns i 6 kap. 7 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 1 kap. 20 § LOU, som motsvaras av 11 kap. 7 § den klassiska lagen.

I förhållande till 6 kap. 7 § LOU har den föreslagna paragrafen förenklats. Kravet på att försändelserna skall öppnas "så snart som möjligt efter anbudstidens utgång" är onödigt och har inte tagits med i paragrafen. I paragrafen anges att anbuden alltid skall öppnas samtidigt. Även kravet på att anbuden skall föras upp i en förteckning har slopats då något behov av en sådan ordning, enligt utredningens uppfattning, inte finns vid upphandling under tröskelvärdena m.m. Ordet "förrättning" har utgått som obehövligt.

I 6 kap. 7 § andra stycket LOU – och i 17 kap. 14 § andra stycket den klassiska lagen – anges att anbuden får öppnas och förtecknas utan en förrättning där två personer deltar, om det är fråga om förenklad upphandling eller urvalsupphandling som angetts innefatta förhandling. Enligt LOU kan anbuden, om det finns synnerliga skäl, öppnas allteftersom de kommer in. Någon motsvarande bestämmelse har inte tagits in i den föreslagna paragrafen. Enligt utredningens uppfattning finns det inte skäl att medge successivt öppnande av anbud. Anledningen till att det enligt LOU inte alltid krävs att anbuden öppnas vid en förrättning är att detta framstår som opraktiskt i de fall anbuden får öppnas vartefter de kommer in. Enligt den föreslagna paragrafen skall anbuden alltid öppnas samtidigt. Något behov av andra stycket finns därför inte.

I de fall skriftliga anbud har infordrats vid en direktupphandling gäller att anbuden skall öppnas enligt den föreslagna bestämmelsen.

### *Rättelse av fel samt förtydligande och komplettering*

*15 § En upphandlande myndighet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningsen om att få lämna anbud.*

*Myndigheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.*

*Myndigheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 13 kap. 3 § och i 18 § i detta kapitel.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 8 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 1 kap. 21 § LOU, som motsvaras av 11 kap. 8 § den klassiska lagen. I 1 kap. 21 § LOU finns ett tredje stycke som saknar motsvarighet i 6 kap. 8 §. I stycket anges att myndigheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar vissa intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in. Det är sådana handlingar som skall styrka att en leverantör är vederbörligen registrerad och att det inte finns anledning att utesluta en leverantör.

Bestämmelser om uteslutning och om krav på registrering finns även i 17 kap. den klassiska lagen. En bestämmelse motsvarande den i 11 kap. 8 § tredje stycket tas därför in i den nu aktuella paragrafen.

### *Uteslutning av leverantörer*

*16 § En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingsförfaranden, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom har dömts för brott som innefattar*

*1. deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF,*

*2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF,*

*3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller*

*4. penninghäleri enligt 9 kap. 6 a § brottsbalken.*

*Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brottet.*

*Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket.*

*Om det finns synnerliga skäl får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör enligt första stycket.*

Paragrafen föreskriver att samma förhållanden som avses i 12 kap. 1 § (viss allvarlig ekonomisk brottslighet) skall utgöra skäl för att utesluta en leverantör från upphandlingsförfaranden. Det finns inga motsvarande bestämmelser i LOU.

Enligt sista stycket i paragrafen är det möjligt att avstå från en uteslutning om det föreligger synnerliga skäl. Sådana skäl kan t.ex. vara att det har gått lång tid sedan det aktuella brottet begicks eller att ansvarig fysisk person hos den juridiska personen inte längre arbetar kvar i företaget. Motsvarande bestämmelser vid upphandling över tröskelvärdena har kommenterats i utredningens delbetänkande (SOU 2005:22, s. 334 ff).

*17 § En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från deltagande i ett upphandlingsförfarande, om leverantören*

*1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,*

*2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,*

*3. genom lagakraftvunnen dom har dömts för brott avseende yrkesetiken,*

*4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,*

*5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker eller,*

*6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.*

*Om leverantören är en juridisk person får denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.*

*Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket 1–3 eller 5.*

Motsvarande bestämmelser finns i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU och, när det gäller upphandling över tröskelvärdena, i 12 kap. 2 § den klassiska lagen.

I 6 kap. 9 § tredje stycket LOU anges att den upphandlande enheten, om det inte är onödigt, skall kontrollera om leverantören är registrerad i vissa register (aktiebolags-, handels-, förenings- eller



skatteregister). I 6 kap. 10 § anges att en upphandlande enhet inte får anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i register som avses i 9 § tredje stycket. Genom hänvisningen i 2 § i detta kapitel till 13 kap. 3 § den klassiska lagen ges den upphandlande myndigheten möjlighet att kräva in bevis om registrering även vid upphandling under tröskelvärdena m.m. Enligt utredningens uppfattning är denna ordning tillräcklig. Någon motsvarighet till den nuvarande dubbla regleringen i LOU föreslås därför inte.

I närmare överensstämmelse med den svenska språkversionen av direktivet har i första stycket 3 ”yrkesutövningen” bytts mot ”yrkesetiken”.

*18 § Den upphandlande myndigheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 16 § eller 17 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 17 § första stycket 5.*

*Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 16 § eller 17 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.*

*Om en leverantör är registrerad i en EES-stats officiella förteckning över godkända leverantörer får antas att leverantören uppfyller de krav som anges i 16 § eller i 17 § första stycket 1–5.*

Bestämmelserna motsvarar 1 kap. 18 § LOU och 12 kap. 3 § den klassiska lagen. I bestämmelserna i LOU anges att en leverantör kan visa att han uppfyller krav som uppställts enligt paragrafen genom skriftliga bevis som är lämpade för ändamålet (jfr uttrycket ”annan likvärdig handling” i 12 kap. 3 § första stycket den klassiska lagen). Härigenom behövs inte bestämmelsen i 6 kap. 9 § fjärde stycket LOU, som anger att den upphandlande myndighet som av leverantörerna begär upplysningar om förhållanden som avses i första stycket (konkurs m.m.) skall i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

### *Prövning av anbud och anbudsansökningar*

*19 § En upphandlande myndighet skall pröva alla de anbud och de ansökningar om att få lämna anbud som har kommit in i rätt tid från särskilt inbjudna anbudssökande eller från anbudsgivare som inte har uteslutits enligt 16 eller 17 § eller 13 kap.*

Paragrafen överensstämmer i huvudsak med 6 kap. 11 § LOU men har utformats på ett annat sätt. Skyldigheten att pröva anbud vid urvalsupphandling omfattar endast de anbud som lämnats av leverantörer som har ansökt om att få lämna anbud och som av den upphandlande myndigheten inbjudits att lämna anbud.

### *Anbudsgivares bundenhet*

*20 § En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått underrättelse om beslut som avses i 24 §.*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 5 b § LOU. En motsvarande bestämmelse för upphandling över tröskelvärdena finns i 1 kap. 19 a § LOU och i 11 kap. 12 § den klassiska lagen. Den underrättelse som avses är upplysningar som skall lämnas till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslut som fattats om leverantör och anbud.

Om, som normalt torde vara fallet, den upphandlande myndigheten i annonsen eller i förfrågningsunderlaget har angett att anbudsgivarna skall vara bundna av sina anbud fram till en viss tidpunkt gäller detta även sedan myndigheten fattat beslut om leverantör och anbud. Bestämmelsen i den föreslagna paragrafen innebär dock inte att bundenheten förlängs och sträcker sig längre än som angetts av myndigheten.

### *Grunder för tilldelning av kontrakt*

*21 § En upphandlande myndighet skall anta antingen*

- 1. det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller*
- 2. det anbud som har lägst anbudspris.*

*Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genom-*

*förändetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.*

*Den upphandlande myndigheten skall vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ange de olika kriterierna i fallande prioritetsordning, om inte deras relativa inbördes betydelse anges. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.*

*Prioritetsordningen eller kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen motsvarar delvis 6 kap. 12 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns en motsvarande bestämmelse i 1 kap. 22 § LOU och i den klassiska lagen i 14 kap. 1 och 2 §§.

De olika kriterier som tillmäts betydelse skall anges i fallande prioritetsordning, om inte deras relativa inbördes betydelse anges. De olika kriterierna kan också anges i intervall och det kan även anges hur mycket viktigare ett kriterium är i förhållande till ett annat kriterium. I avsnitt 7.10 i den allmänna motiveringen har utredningen redovisat sin syn på ”viktning” m.m.

#### *Onormalt låga anbud*

*22 § En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligen.*

En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap 12 § tredje stycket LOU men gäller endast då tilldelningen skall ske till den leverantör som lämnat det lägsta anbudspriset. I 14 kap. 3 § den klassiska lagen finns en bestämmelse i samma ämne som bygger på artikel 55.1 och 55.2 i direktivet. Bestämmelsen i den klassiska lagen gäller även då det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas.

Motsvarande bestämmelse vid upphandling över tröskelvärdena finns i 1 kap. 23 § LOU. I motsats till vad som gäller över tröskelvärdena innehåller den nu aktuella paragrafen inga närmare bestämmelser om det förfarande som skall användas för att konstatera om det är fråga om ett ej tillåtet onormalt lågt anbud. Vid upphandling enligt 17 kap. behövs enligt utredningens uppfattning inte denna noggranna reglering.

Någon anledning att som nu görs i 6 kap. LOU begränsa bestämmelsen till de fall då det lägsta priset används för val av leverantör finns enligt utredningens uppfattning inte.

#### *Dokumentation och förvaring av handlingar*

*23 § En upphandlande myndighet skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Vid användning av direktupphandlingsförfarande skall vad nu sagts gälla endast om sådant förfarande används på grund av synnerliga skäl eller om värdet på kontraktet uppgår till minst 20 procent av det tillämpliga värde som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

Första meningen motsvarar första meningen i 6 kap. 13 § LOU. I denna bestämmelse anges i andra meningen att vad som sagts i första meningen inte gäller för upphandlingar som avser lågt värde.

I paragrafen anges att den upphandlande myndigheten skall vara skyldig att dokumentera vissa viktiga omständigheter inte endast då förenklat förfarande eller urvalsförfarande används utan även då direktupphandlingsförfarande används på grund av synnerliga skäl. Vidare föreskrivs samma dokumentationsplikt då värdet på ett kontrakt ligger under gränsen för direktupphandling men har mer än ett obetydligt värde. Gränsen för dokumentationsplikten föreslås ligga vid 20 procent av de värden som framgår av 4 § första stycket 1, när det gäller varor och tjänster, och 4 § första stycket 3, när det gäller byggentreprenader. Den högre gräns som gäller för direktupphandling av varor och tjänster då det finns särskilda skäl påverkar alltså inte dokumentationsplikten.

#### *Underrättelser*

*24 § Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande gäller i fråga om underrättelse om beslut och underrättelse på begäran vad som föreskrivs i 11 kap. 9–11 §§.*

*Vid direktupphandlingsförfarande och vid tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 § skall den upphandlande myndigheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 14 § LOU. Där anges en viss underrättelseskyldighet i de fall 1 kap. 28 § LOU inte är tillämplig. Enligt den sistnämnda bestämmelsen skall den upp-

handlande myndigheten lämna upplysningar till anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud fattats. Enligt 6 kap. 1 § andra stycket gäller 1 kap. 28 § vid förenklad upphandling och urvalsupphandling och alltså inte vid direktupphandlingsförfarande. Enligt vad som uttryckligen anges i 1 kap. 3 § andra stycket LOU skall endast 6 kap. tillämpas vid upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling som avser försvarsprodukter och tjänster för annat än civil användning. Bestämmelsen i 1 kap. 28 § LOU är alltså inte tillämplig på sådan upphandling. I förtydligande syfte föreslås att i paragrafens andra stycke direkt anges att vad som sägs där gäller dels vid direktupphandling, dels vid upphandling som omfattas av sekretess av nämnt slag och upphandling av försvarsprodukter.

*Särskilda bestämmelser för tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster)*

*25 § Om ett kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap., skall den upphandlande myndigheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall anges om den upphandlande myndigheten godkänner att meddelandet publiceras.*

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 16 § första stycket 2 LOU. I överensstämmelse med vad som föreslogs i delbetänkandet har paragrafen utformats så att meddelandena skall skickas till Europeiska gemenskapernas kommission, vilket också överensstämmer med vad som anges i t.ex. artikel 35 i det klassiska direktivet. En föreskrift om att de i praktiken skall sändas till Byrån för unionens officiella publikationer kan meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

*Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.*

*26 § Vid tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om*

- 1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel och från rätten enligt 10 § tredje stycket att få ut förfrågningsunderlaget, och*
- 2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.*

*Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.*

*Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om produkter i försvarssektorn.*

Regeln motsvarar 6 kap. 17 § LOU med den ändringen att en begränsning av rätten att få ut förfrågningsunderlaget har förts in i punkt 1. Härigenom kommer inte längre att krävas att rätten att få ut förfrågningsunderlaget kan begränsas endast om ett undantag är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

### *Projektävlingar*

*27 § Vad som föreskrivs i 16 kap. 1 § första stycket, 2, 3, 5, 6 och 10–14 §§ gäller även för projektävlingar som understiger tillämpligt tröskelvärde i 16 kap. 4 § första stycket men överstiger de värden som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

*Vid anordnande av projektävlingar skall 3 § första stycket tillämpas. En projektävling skall annonseras enligt 7 eller 8 § och 13 och 21 §§ skall tillämpas.*

*Vid tilldelning av kontrakt som följer på en projektävling som anordnats enligt detta kapitel och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, skall om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts, vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.*

Paragrafens första stycke motsvarar 6 kap. 18 § LOU. Bestämmelser om projektävlingar över tröskelvärdena finns i 16 kap. den klassiska lagen.

I 6 kap. 18 § LOU anges att en upphandlande myndighet får genomföra en formgivningstävling och att bestämmelserna i 5 kap. 28 och 30–33 §§ skall tillämpas på tävlingen, om inte upphandlingen avser lågt värde.

I 5 kap. 28 § första stycket LOU finns en definition av formgivningstävling. Den motsvaras av den definition som tagits in i 2 kap. 18 § den klassiska lagen och behöver alltså inte upprepas här. Enligt 5 kap. 28 § andra stycket LOU skall tävlingen avslutas med att en jury utser vinnande tävlingsbidrag och där finns bestämmelser om juryns sammansättning.

I stället för det i 6 kap. 18 § LOU använda uttrycket ”lågt värde” hänvisas till vad som anges i 4 §.

Att en jury skall utse vinnande bidrag framgår av definitionen av projekttävling. Juryns sammansättning anges i 16 kap. 12 § i lagförslaget. I 5 kap. 30 § LOU finns bestämmelser om att arrangören skall fastställa regler för tävlingen, om de krav som ställs på dessa regler och om begränsningar av antalet deltagare. Bestämmelserna motsvaras av 16 kap. 3 och 11 §§ den klassiska lagen.

Att en projekttävling skall annonseras framgår av 16 kap. 7 § som motsvarar 5 kap. 31 § LOU.

I 5 kap. 32 § LOU finns bestämmelser om att vinnande bidrag skall utses med utgångspunkt i de regler som fastställts för tävlingen och att bidragen skall presenteras anonymt för juryn. Motsvarande bestämmelser finns i 16 kap. 13 § andra och tredje styckena.

Tredje stycket i den föreslagna paragrafen motsvarar 5 kap. 33 § LOU, som innebär att en upphandling som ansluter till en projekttävling och skall tilldelas vinnaren får föregås av förhandlingar utan föregående annonsering och att förhandlingar skall avse samtliga bidrag, om mer än ett kan komma i fråga. I 5 kap. 10 § andra stycket den klassiska lagen finns motsvarande bestämmelse då upphandlingen överstiger tröskelvärdet.

## 18 kap.

1 § En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf (*ansökan om överprövning*).

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid *tilldelning av kontrakt genom ett annat upphandlingsförfarande* får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, ett ramavtal eller ett kontrakt som tilldelats genom det förfarande som föreskrivs i 6 kap. 9 § föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar enligt 11 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet, om inte annat följer av fjärde stycket.

*Vad som föreskrivs i tredje stycket 2 gäller inte i fråga om en ansökan från annan än den som fört talan i målet och inte heller om det interimistiska beslutet upphävts av Regeringsrätten.*

Paragrafens första och andra stycken motsvarar i sak 7 kap. 1 § första och andra styckena LOU och 18 kap. 1 § första och andra styckena den klassiska lagen. Det innehåller endast redaktionella ändringar.

Tredje stycket innehåller inledningsvis en redaktionell ändring jämfört med 7 kap. 1 § tredje stycket LOU och 18 kap. 1 § tredje stycket den klassiska lagen. Bestämmelserna omfattar alla typer av ramavtal, antingen de kan betraktas som upphandlingskontrakt eller utgör andra ramavtal. Uttrycket ”kontrakt som tilldelats genom det förfarande som föreskrivs i 6 kap. 9 §” avser sådan tilldelning av kontrakt som sker på grundval av ett ramavtal och efter en förnyad konkurrensutsättning.

Fjärde stycket är nytt och innehåller de begränsningar som behandlats i avsnitt 9.6 i den allmänna motiveringen.

Bestämmelserna i paragrafens fjärde stycke enligt lagförslaget i delbetänkandet har flyttats till en ny paragraf, 1 a §.

*1 a § Vad som föreskrivs i 1 § tredje stycket andra meningen gäller inte*

*1. i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande myndighet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller*

*2. om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.*

Paragrafen motsvarar 7 kap. 1 § fjärde stycket LOU och 18 kap. 1 § fjärde stycket i det lagförslag som lämnades i delbetänkandet.

## Övergångsbestämmelserna

Utredningen har inte funnit anledning att ange något exakt datum när de föreslagna lagändringarna bör träda i kraft.

De nya bestämmelserna i 18 kap. 1 och 1 a §§ bör bli tillämpliga omedelbart. Ett interimistiskt beslut som upphävs efter ikraftträdandet utlöser därför en ny tiodagarsfrist med avseende endast på den leverantör som fört talan i målet. Upphävs beslutet av Regeringsrätten finns inte några hinder mot att omedelbart därefter skriva under upphandlingskontraktet.



## 12.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

### Inledning

De föreslagna bestämmelserna i försörjningslagen är i stora delar likalydande med regleringen i den klassiska lagen, bortsett från användningen av orden ”myndighet” och ”enhet”. Beträffande kommentarer hänvisas därför till kommentarerna till bestämmelserna i den klassiska lagen. Särskilda kommentarer finns när bestämmelserna skiljer sig åt mellan de båda lagarna. Med ”direktivet” avses i denna del försörjningsdirektivet.

### 1 kap.

#### *Särskilda krav*

Under denna mellanrubrik under kapitelrubriken Allmänna bestämmelser, finns en ny paragraf, 4 a §, om särskilda krav som en upphandlande myndighet kan ställa.

*4 a § Upphandlande enheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

*Upphandlande enheter får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.*

*De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet.*

Paragrafen ersätter bestämmelsen i 11 kap. 17 § försörjningslagen om att en upphandlande enhet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur kontrakt skall fullgöras. Ändringen har berörts i avsnitten 6.7 och 6.8 i den allmänna motiveringen. Miljökrav och sociala krav kan i princip ställas på alla stadier i en upphandling medan andra särskilda krav, i likhet med vad som angetts i 11 kap. 17 §, får ställas endast vid fullgörandet av kontraktet.

## 2 kap.

*14 a § Med dynamiskt inköpssystem avses en helt elektronisk process för sedvanliga inköp av sådant som är allmänt tillgängligt på marknaden och som tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov.*

*Ett dynamiskt inköpssystem är tidsbegränsat och under hela giltighetstiden öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen är ny och motsvarar 2 kap. 17 a § den klassiska lagen. Definitionen av ett dynamiskt inköpssystem finns i artikel 1.5 i direktivet.

*14 b § Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.*

*Som en följd av vad som sägs i första stycket kan vissa tjänste- och byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.*

Paragrafen är ny och motsvarar 2 kap. 17 b § den klassiska lagen. Definitionen av en elektronisk auktion finns i artikel 1.6 i direktivet.

### *9 a kap. Dynamiskt inköpssystem*

Kapitlet är nytt och innehåller bestämmelser som inför möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem. Motsvarande bestämmelser finns i 6 a kap. den klassiska lagen. Beträffande författningskommentarer hänvisas i huvudsak till kommentarerna till motsvarande paragrafer i den klassiska lagen.

*1 § En upphandlande enhet får använda sig av ett dynamiskt inköpssystem.*

Genom denna bestämmelse utnyttjas den möjlighet som artikel 15.1 i direktivet ger att tillåta användning av ett dynamiskt inköpssystem.

*2 § För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande enhet följa reglerna för öppet förfarande i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som görs inom ramen för systemet.*

*Alla anbudsgivare som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med kriterierna i förfrågningsunderlaget har rätt att delta i systemet.*

*Preliminära anbud kan förbättras under förutsättning att de fortfarande motsvarar kraven i förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.2 första och andra meningarna i direktivet.

*3 § Då ett dynamiskt inköpssystem införs och då kontrakt tilldelas inom ramen för systemet skall den upphandlande enheten uteslutande använda elektroniska medel.*

*I fråga om elektroniska medel gäller vad som sägs i 14 kap. 1 § andra stycket, 2–4 och 6 §§.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.2 tredje meningen i direktivet.

Av hänvisningen till bestämmelser i 14 kap. framgår bl.a. att de valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga, att de verktyg som används skall uppfylla angivna krav, att information om specifikationer skall finnas tillgänglig, att sekretess skall gälla samt att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela vissa föreskrifter.

*4 § För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande enheten*

*1. offentliggöra en annons om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem,*

*2. ange i förfrågningsunderlaget vilken typ av köp som avses, och lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som avser utrustningen, och*

*3. så snart annonsering skett och under systemets hela giltighetstid på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt ange den Internetadress på vilken leverantörerna kan ta del av dessa handlingar.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.3 i direktivet. Se även kommentaren till 12 kap. 2 § försörjningslagen.

*5 § Den upphandlande enheten skall under hela giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet ge varje leverantör möjlighet att lämna ett preliminärt anbud för att bli upptagen i systemet.*

*Utvärderingen av ett preliminärt anbud skall ske inom 15 dagar från det att anbudet lämnades.*

*Den upphandlande enheten kan förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.4 första stycket i direktivet.

*6 § Den upphandlande enheten skall snarast möjligt underrätta en anbudsgivare som lämnat ett preliminärt anbud om han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller om anbudet har förkastats och om skälen till att anbudet förkastats.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.4 andra stycket i direktivet med undantag för att den upphandlande enheten inte enligt artikeln åläggs någon skyldighet att ange skälen till att ett preliminärt anbud har förkastats.

*7 § Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande enheten offentliggöra en förenklad annons och uppmana alla intresserade leverantörer att lämna ett preliminärt anbud inom en tid som inte får vara kortare än 15 dagar räknat från den dag då den förenklade annonsen skickades för offentliggörande.*

*Den upphandlande enheten får inte offentliggöra inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under den tid som anges i första stycket har utvärderats.*

*I fråga om förenklad annons enligt första stycket gäller 12 kap. 14 §.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.5 i direktivet. Se även kommentaren till 12 kap. 2 §.

Enligt 12 kap. 14 § försörjningslagen ankommer det på regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter bl.a. om innehållet i och utformningen av annonser.

*8 § Den upphandlande enheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tagits med i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud på varje särskilt kontrakt som skall tilldelas inom ramen för systemet. Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.6 första stycket i direktivet.

*9 § Den upphandlande enheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som har angetts i den annons om upphandling som använts för att införa det dynamiska inköpssystemet.*

*Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i 8 §.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.6 andra stycket i direktivet.

*10 § Ett dynamiskt inköpssystem får endast om det finns särskilda skäl ha längre giltighetstid än fyra år.*

Paragrafen motsvarar artikel 15.7 första stycket i direktivet.

*11 § Värdet av ett dynamiskt inköpssystem skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.*

Paragrafen motsvarar artikel 17.3 i direktivet.

*12 § En upphandlande enhet får inte använda dynamiskt inköpssystem på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.*

Paragrafen motsvarar i sak artikel 15.7 andra stycket i direktivet.

*13 § Några administrativa avgifter får inte tas ut av leverantörer som vill delta eller deltar i ett dynamiskt inköpssystem.*

Paragrafen motsvarar i sak artikel 15.7 tredje stycket i direktivet.

## 10 kap.

*1 § En upphandlande enhet får anskaffa varor och tjänster från en inköpscentral.*

*En upphandlande enhet får också anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster eller ingå ramavtal genom medverkan av en inköpscentral.*

Paragrafen motsvarar artikel 29.1 i direktivet och 7 kap. 1 § den klassiska lagen.

2 § En upphandlande enhet som anskaffar byggtreprenader, varor och tjänster *enligt 1 §* skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har *följt denna lag* eller lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Paragrafen motsvarar artikel 29.2 i direktivet och 7 kap. 2 § den klassiska lagen.

## 12 kap.

2 § Annonsering om upphandling kan ske genom

1. förhandsannonsering som avses i 3 §,
2. annonsering om att det finns ett urvalssystem som avses i 10 §,
3. annonsering om upphandling som skall ske genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, *eller*
4. förenklad annonsering *enligt 9 a kap. 7 §*.

Av artikel 42.2 i direktivet jämförd med artiklarna 15.2 och 42.1 c framgår att införandet av ett dynamiskt inköpssystem skall annonseras i enlighet med vad som gäller för ett öppet förfarande. Detta täcks av den befintliga punkten 3 i paragrafen. Av artikel 42.2 framgår vidare att tilldelning av kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem skall annonseras genom förenklad annonsering. Punkten 4 har därför lagts till som en följd av att möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem införs.

I den klassiska lagen finns bestämmelser om förenklad annonsering i 6 a kap. 7 § första stycket.

11 § En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av *tredje* stycket, inom två månader därefter lämna Europeiska gemenskapernas kommission uppgifter om kontraktet eller ramavtalet.

*Har kontraktet tilldelats på grundval av ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande enheten till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om resultatet av tilldelningen senast två månader efter tilldelningen av varje enskilt kontrakt eller, om annonserna grupperas per kvartal, senast två månader efter utgången av varje kvartal.*

Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Paragrafen motsvarar artikel 43.1 i direktivet och 9 kap. 7 § första, andra och fjärde styckena den klassiska lagen. Det andra stycket är

nytt och är en följd av att möjligheten att använda ett dynamiskt inköpssystem införs.

#### 14 kap.

9 § En upphandlande enhet skall, om inte annat följer av 10 §, snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt och tillträde till ett dynamiskt inköpssystem eller om beslut att inte fullfölja ett dynamiskt inköpssystem samt om skälen för besluten. I fråga om tillträde för leverantören till ett dynamiskt inköpssystem, gäller underrättelseskyldigheten endast i förhållande till denne.

Paragrafen motsvarar artikel 49.1 i direktivet och 11 kap. 9 § den klassiska lagen.

#### 16 kap.

4 § Den upphandlande enheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 3 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 3 § första stycket 5.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 3 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.

Paragrafen är ny. I artikel 54.4 första stycket i direktivet hänvisas till artikel 45 i det klassiska direktivet. Paragrafen motsvarar innehållet i artikel 45.3 i det klassiska direktivet. Motsvarande bestämmelser i den klassiska lagen finns i 12 kap. 3 § första och andra styckena. Tredje stycket i den paragrafen motsvarar artikel 52.3 i det klassiska direktivet. Några bestämmelser motsvarande dem i artikel 52.3 finns inte i försörjningsdirektivet, som inte heller innehåller någon hänvisning till artikel 52.3. Någon motsvarighet till 12 kap. 3 § tredje stycket den klassiska lagen finns därför inte i förevarande paragraf.

*17 a kap. Elektronisk auktion*

Kapitlet är nytt och innehåller bestämmelser som inför möjligheten att använda en elektronisk auktion. En elektronisk auktion utgör inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan ingår som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Kapitlet har därför placerats i anslutning till kapitel 17 som handlar om kontraktstilldelningen. Motsvarande bestämmelser finns i 14 a kap. den klassiska lagen. Beträffande författningskommentarer hänvisas i huvudsak till kommentarerna till motsvarande paragrafer i den klassiska lagen.

*1 § En upphandlande enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

- 1. öppet och selektivt förfarande,*
- 2. förhandlat förfarande med föregående annonsering,*
- 3. förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal, och*
- 4. inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpsystem.*

Paragrafen motsvarar i huvudsak artikel 56.2 första och andra styckena i direktivet. Motsvarande bestämmelser i den klassiska lagen finns i 14 a kap. 1 §. Bestämmelserna i de båda lagarna skiljer sig åt i två avseenden. Den ena skillnaden gäller användning av elektroniska auktioner vid förhandlat förfarande. Enligt det klassiska direktivet kan elektronisk auktion användas då förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas därför att de anbud som lämnats är ogiltiga eller av vissa skäl inte kan godtas. Enligt försörjningsdirektivet får elektronisk auktion användas generellt vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Några särskilda begränsningar gäller inte enligt försörjningsdirektivet för användning av förhandlat förfarande. Annonsering kan enligt 12 kap. 2 § försörjningslagen ske genom förhandsannonsering, annonsering om att det finns ett kvalificeringssystem (i paragrafen kallat urvalssystem) eller annonsering om upphandling.

Den andra skillnaden gäller ramavtal. Artikel 56 i försörjningsdirektivet nämner inte ramavtal. Fråga uppkommer då om detta innebär att elektronisk auktion inte kan användas vare sig då ramavtal ingås eller då kontrakt tilldelas på grundval av ramavtalet.

Enligt artikel 14.1 i direktivet (9 kap. 1 § försörjningslagen) får en upphandlande enhet betrakta ett ramavtal som ett kontrakt och tilldela det i enlighet med bestämmelserna i direktivet. Om så sker



möter det inte något formellt hinder att ingå ett ramavtal med användning av en elektronisk auktion.

Några bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning finns inte i försörjningsdirektivet. I stället följer av artikel 14.2 i direktivet (9 kap. 2 § försörjningslagen) att tilldelning av kontrakt på grundval av ett ramavtal får ske utan föregående annonsering. Det synes inte möta något hinder för en upphandlande enhet att frivilligt besluta om en förnyad konkurrensutsättning. Något rationellt skäl för att i ett sådant fall förbjuda användning av en elektronisk auktion som ett led i tilldelningen av kontrakt kan knappast anföras.

*2 § Den elektroniska auktionen skall grundas på*

- 1. priser, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*
- 2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet skall tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.2 tredje stycket i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med direktivet.

*3 § En upphandlande enhet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange det i annonsen om upphandling.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.3 första stycket i direktivet.

*4 § Av förfrågningsunderlaget skall framgå*

- 1. de komponenter i anbuden vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,*
- 2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,*
- 3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och i förekommande fall när detta kommer att ske,*
- 4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,*
- 5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och*
- 6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.*

*De komponenter som avses i första stycket 1 skall kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.*

Paragrafens första stycke motsvarar med redaktionella ändringar artikel 56.3 andra stycket i direktivet. Kraven på de komponenter som skall omfattas av den elektroniska auktionen har tagits in i paragrafens andra stycke.

*5 § Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion skall enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda relativa inbördes betydelsen av dessa.*

*Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud skall bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.4 första stycket och andra stycket första meningen i direktivet.

*6 § Inbjudan enligt 5 § andra stycket skall innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används samt uppgift om vilken dag och tid som den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen kan genomföras i flera på varandra följande etapper.*

*Den elektroniska auktionen får inte påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan skickats ut.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.4 andra stycket andra–fjärde meningarna i direktivet.

*7 § Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med den fastställda relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.5 första stycket i direktivet.

*8 § I inbjudan skall anges även den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln skall innefatta den relativa inbördes betydelsen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och som angetts i annonsen om upp-*

*handling eller i förfrågningsunderlaget. I den mån den relativa inbördes betydelsen av olika kriterier angetts som intervall skall dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna skall separata formler ges för varje anbud.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.5 andra och tredje styckena i direktivet.

*9 § Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande enheten omedelbart meddela alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de skall ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande enheten kan också lämna andra upplysningar rörande priser eller värden, under förutsättning att detta angetts i förfrågningsunderlaget. Den kan lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.6 i direktivet. Beträffande sekretessfrågor hänvisas till kommentaren till 14 a kap. 9 § den klassiska lagen. Privata företag hos vilka anbudshandlingar m.m. inte utgör allmänna handlingar är skyldiga att följa bestämmelserna i förevarande paragraf.

*10 § En elektronisk auktion skall avslutas av den upphandlande enheten*  
*1. den dag och tid då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen skall stängas,*

*2. då enheten inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 skall den upphandlande enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.*

*I fall som avses i första stycket 3 skall tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.7 i direktivet.

*11 § Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.8 i direktivet.

*12 § En upphandlande enhet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för upphandlingen, så som det angetts i förfrågningsunderlaget, ändras.*

Paragrafen motsvarar artikel 56.9 i direktivet.

### *19 kap. Upphandling under tröskelvärdena m.m.*

#### **Inledning**

Följande förslag utgår från det i delbetänkandet föreslagna 19 kap. men innehåller så många ändringar att utredningen av överskådlig-hetsskäl har ansett det bäst att föreslå att det skall ersätta det tidigare 19 kap.

I delbetänkandet uttalade utredningen, att sådan upphandling som är undantagen från lagens tillämpning även om dess värde uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde, skall omfattas av bestämmelserna i 19 kap. endast i det fall detta enligt LOU har angetts uttryckligen. Det innebär att av undantagen upphandling endast upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet skall omfattas av 19 kap.

I övrigt hänvisas till vad som anförs i inledningen till författningskommentaren till 17 kap. den klassiska lagen. Den hänvisning som där görs till 1 kap. 5 a § den klassiska lagen motsvaras för försörjningslagens del av 1 kap. 4 a §.

#### *Tillämpningsområde*

*1 § Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som*

- 1. avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster), oavsett värde,*
- 2. avser andra tjänster (A-tjänster), byggentreprenader eller varor, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 6 kap., eller*
- 3. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.*

Paragrafen motsvarar delvis bestämmelserna i 6 kap. 1 § första stycket LOU. Vad detta kapitel i lagen omfattar har behandlats i avsnitt 8.3 i den allmänna motiveringen. Enligt 6 kap. 1 § första stycket LOU omfattar 6 kap. även upphandling av försvarspro-

dukter m.m. (1 kap. 3 § andra stycket 2) och upphandling av telefonitjänster m.m. Upphandling av försvarsprodukter är inte undantagen från försörjningsdirektivets tillämpningsområde och telefonitjänster är enligt försörjningsdirektivet A-tjänster. Upphandling av dessa slag behöver därför inte särskilt anges i 19 kap.

### *Tillämpliga bestämmelser*

*2 § Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1 kap. (allmänna bestämmelser), 2 kap. (definitioner), 3 kap. (upphandlande enheter), 4 kap. (verksamheter som omfattas av lagen), 5 kap. (undantag), 9 a kap. (dynamiska inköpssystem), 10 kap. (inköpscentraler), 11 kap. 10 § (miljömärken), 11 kap. 13 § (bemyndigande), 17 a kap. (elektroniska auktioner) och 20 kap. 1–10 §§ (överprövning och skadestånd m.m.) samt de övriga bestämmelser i lagen som anges i detta kapitel.*

*Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 § får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel.*

*Vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 11 kap. 1–6, 8, 9, 11–16 och 18 §§, om värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 6 kap.*

En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 1 § andra stycket LOU, där det anges att 1 kap. 1–6 §§ och 12 § andra stycket gäller vid upphandling som avses i 6 kap. Genom hänvisningen i den föreslagna paragrafen till 1 kap. uppnås bl.a. att det kapitlet blir tillämpligt på upphandling inom försörjningssektorerna som görs av en upphandlande enhet som anges i 3 kap. för en verksamhet som anges i 4 kap. och att de allmänna principer som enligt 1 kap. 4 § gäller vid tilldelning av kontrakt skall iakttas även vid upphandling enligt detta kapitel. Av 1 kap. 1 § andra stycket följer att även bestämmelserna om anordnande av projekttävlingar blir tillämpliga på projekttävlingar under tröskelvärdena.

Av paragrafen framgår att de nya rättsliga figurerna dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner samt inköpscentraler skall kunna användas även vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster.

I andra stycket anges att ett särskilt kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 § får användas.

Paragrafens tredje stycke motsvarar delvis 6 kap. 16 § första stycket 1 LOU. För B-tjänster tillämpas även de närmare angivna

bestämmelserna i 11 kap. I 11 kap. 7 § anges vad som skall gälla för tekniska specifikationer. Motsvarande bestämmelse finns i 10 § i detta kapitel och därför behöver ingen hänvisning ske till 11 kap. 7 §.

### *Upphandlingsförfaranden*

*3 § Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.*

*Tilldelning av kontrakt får göras även med användning av*

- 1. direktupphandlingsförfarande, under de förutsättningar som anges i 4 §,*
- 2. dynamiskt inköpssystem i enlighet med vad som anges i 9 a kap., och*
- 3. elektronisk auktion i enlighet med vad som anges i 17 a kap.*

Den föreslagna paragrafen motsvarar bestämmelserna i 6 kap. 2 § LOU men öppnar dessutom möjlighet att använda de nya rättsliga figurerna dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion vid upphandling under tröskelvärdena m.m.

Dynamiskt inköpssystem och elektronisk auktion behandlas i kapitlen 3 och 4 i den allmänna motiveringen.

*4 § Direktupphandlingsförfarande får användas om upphandlingens värde uppgår till högst*

- 1. tio procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser varor och tjänster,*
- 2. tjugo procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser varor och tjänster och det finns särskilda skäl, eller*
- 3. en procent av det tröskelvärde som anges i 6 kap. 1 §, om upphandlingen avser byggtreprenader.*

*Direktupphandlingsförfarande får användas också om det finns synnerliga skäl.*

*Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning inom enheten av direktupphandlingsförfarande.*

Paragrafen motsvarar närmast 6 kap. 2 § LOU. Motsvarande bestämmelser i den klassiska lagen finns i 17 kap. 4 §.

*5 § Ett kontrakt får inte delas upp i syfte att det värde som anges i 4 § första stycket skall underskridas.*

För upphandling över tröskelvärdena finns en motsvarande bestämmelse i 6 kap. 3 § försörjningslagen. I 4 kap. 13 § och 5 kap.

8 § LOU föreskrivs beträffande byggtreprenader respektive tjänster att en upphandling inte får delas upp i syfte att tröskelvärdena skall underskridas. När det gäller upphandling som omfattas av 6 kap. LOU framgår av 6 kap. 16 § första stycket att 4 kap. 13 § och 5 kap. 8 § är tillämpliga när det gäller upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena

Den föreslagna bestämmelsen i 5 § innebär att förbudet mot uppdelning av ett kontrakt gäller generellt, alltså vid upphandling av såväl byggtreprenader som varor och tjänster.

*6 § Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder kvalificerade leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.*

*Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan särskilda formella krav.*

Definitionerna motsvarar de definitioner som finns i 1 kap. 5 § 18–20 styckena LOU. Direktupphandling definieras dock som ”ett förfarande utan särskilda formella krav” i stället för det i LOU använda uttrycket upphandling ”utan krav på anbud”. Avsikten med denna ändring är att markera att det även vid direktupphandling ofta måste krävas att anbud inhämtas, i vart fall när det gäller upphandlingar till inte helt obetydliga värden.

#### *Annonsering vid förenklat förfarande*

*7 § Vid förenklat förfarande skall den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens om inte annat följer av 9 §.*

*Kravet på allmänt tillgänglig databas skall anses vara uppfyllt om annonsering sker på den upphandlande enhetens hemsida och enheten har upprättat en upphandlarprofil enligt 12 kap. 5 § tredje stycket. Vad nu sagts gäller dock inte då upphandlingen avser B-tjänster och överstiger de tröskelvärden som anges i 6 kap.*

Första stycket i paragrafen överensstämmer med 6 kap. 2 a § LOU. Bestämmelser om annonsering vid upphandling över tröskelvärdena finns i 12 kap. försörjningslagen. När det gäller upphand-

ling av B-tjänster som överstiger tröskelvärdena enligt 6 kap. försörjningslagen och som alltså kan avse större värden skall annonsering ske på samma sätt som sker för närvarande, nämligen på en elektronisk databas som sköts av aktörer som tillhandahåller elektroniska databaser för annonseringsändamål.

#### *Annonsering vid urvalsförfarande*

*8 § Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Vad som sägs i 7 § andra stycket gäller även vid urvalsförfarande.*

*Av inbjudan skall det framgå hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och den dag ansökan senast skall ha kommit in.*

*Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.*

Paragrafen överensstämmer med en redaktionell ändring med 6 kap. 2 c § LOU. I första stycket andra meningen finns en nyhet som innebär att vad som sagts om allmänt tillgänglig databas i 7 § andra stycket är tillämpligt även vid urvalsförfarande.

#### *Begäran om anbud utan föregående annonsering*

*9 § En upphandlande enhet får utan föregående annonsering skriftligen begära anbud av endast en leverantör, om sådana omständigheter föreligger som enligt 7 kap. 2 § 1, 2 och 5–12 ger en upphandlande enhet rätt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering.*

*Vad som sägs i första stycket gäller även när det objektivt sett endast finns en leverantör som kan uppfylla de krav som den upphandlande enheten ställer.*

I 6 kap. 2 b § LOU anges vissa situationer i vilka det är tillåtet för en upphandlande myndighet att begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör. Bestämmelser om när förhandlad upphandling utan annonsering får ske vid upphandling över tröskelvärdena finns bl.a. i 4 kap. 16 § LOU.

I 7 kap. 2 § försörjningslagen har tagits in bestämmelser om rätt för en upphandlande myndighet att tilldela kontrakt utan före-



gående annonsering. Dessa bestämmelser motsvarar artikel 40.3 i direktivet.

Samtliga de undantag från annonseringsskyldighet som gäller enligt direktivet bör gälla också vid upphandling enligt detta kapitel. Även om något påtagligt behov inte föreligger av en särskild regel för försörjningssektorerna som täcker även den situationen att tredje man (t.ex. en vårdtagare) har önskemål som kan tillgodoses av endast en leverantör har i likformighetens intresse en bestämmelse motsvarande den i 17 kap. 9 § andra stycket den klassiska lagen tagits in i andra stycket i förevarande paragraf. Någon hänvisning till 7 kap. 2 § 3 behövs därför inte. Undantaget i 7 kap. 2 § 4 avser synnerlig brådska, vilket täcks av bestämmelsen i 4 § andra stycket i detta kapitel om att direktupphandlingsförfarande får användas då det finns synnerliga skäl.

#### *Förfrågningsunderlag*

*10 § De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag eller produkter gynnas eller missgynnas.*

*Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig".*

*Vid förenklat förfarande har varje leverantör som begär det rätt att få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 3 § LOU men de två första styckena har utformats i enlighet med bestämmelsen i 11 kap. 7 § försörjningslagen.

Att bestämmelsen i 11 kap. 10 § försörjningslagen om miljömärken är tillämplig framgår av 2 § i detta kapitel.

Paragrafens tredje stycke överensstämmer i sak med 6 kap. 4 § LOU. En bestämmelse om tillhandahållande av tekniska specifikationer finns i 11 kap. 12 § försörjningslagen.

*Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar*

*11 § En upphandlande enhet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt detta kapitel för tilldelning av kontrakt skall ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.*

*De valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga.*

*Vad som föreskrivs i 14 kap. 2- 6 §§ gäller i fråga om anbud och ansökningar om att få lämna anbud vid tilldelning av kontrakt som avses i detta kapitel.*

Bestämmelsen motsvarar 6 kap. 5 § LOU, som anger dels att anbud och ansökningar om att få lämna anbud som regel skall lämnas skriftligen, dels under vilka villkor en upphandlande enhet får tillåta att anbud och ansökningar lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt.

Motsvarande bestämmelser för upphandling över tröskelvärdena finns i 14 kap. 1 § försörjningslagen. Bestämmelsen anger att den upphandlande enheten skall bestämma sättet för anbudsgivning, dvs. om anbud skall lämnas skriftligen, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud kan lämnas muntligen. Vidare skall kommunikationsmedlen vara allmänt tillgängliga.

Bestämmelsen har på samma sätt som har föreslagits för den klassiska sektorn byggts ut med en hänvisning också till 14 kap. 4 §. Där anges att även handlingar, intyg m.m. skall, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form, skickas inom den fastställda tidsfristen.

*12 § Anbudsgivare och anbudssökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tiden för att få lämna ansökningar om att få lämna anbud får dock normalt inte vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerades enligt 8 §.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 5 a § LOU.

*Innehåll i annonser m.m.*

*13 § I annonsen enligt 7 §, skrivelsen enligt 9 § eller förfrågningsunderlaget enligt 10 § skall anges*

- 1. hur anbud får lämnas,*
- 2. den dag då anbud senast skall ha kommit in, och*
- 3. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.*

*Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser.*

Paragrafens första stycke överensstämmer med 6 kap. 6 § LOU. I andra stycket finns ett tillägg som innebär att det finns möjlighet att utfärda föreskrifter om annonser. För upphandling över tröskelvärdena gäller 1 kap. 20 § LOU som motsvaras av 12 kap. 14 § försörjningslagen.

#### *Mottagande och öppnande av anbud*

*14 § Anbud skall öppnas samtidigt efter anbudstidens utgång av två av den upphandlande enheten särskilt utsedda personer. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.*

Motsvarande bestämmelser finns i 6 kap. 7 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 1 kap. 20 § LOU, som motsvaras av 14 kap. 7 § försörjningslagen. Den sistnämnda bestämmelsen innehåller i motsats till LOU ingen möjlighet att, om det finns synnerliga skäl, öppna anbuden allteftersom de kommit in. Skälen härför m.m. framgår av kommentaren till den med 14 § likalydande bestämmelsen i 17 kap. 14 § den klassiska lagen.

I de fall skriftliga anbud har infordrats vid en direktupphandling gäller att anbuden skall öppnas enligt den föreslagna bestämmelsen.

#### *Rättelse av fel samt förtydligande och komplettering*

*15 § En upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudsökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen om att få lämna anbud.*

*Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.*

*Enheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 18 §.*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 8 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 1 kap. 21 § LOU, som delvis motsvaras av 14 kap. 8 § försörjningslagen. I 1 kap. 21 § LOU finns ett tredje stycke som saknar motsvarighet i 6 kap. 8 §. I stycket anges att enheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar vissa intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in. Det är sådana handlingar som skall styrka att en leverantör är vederbörligen registrerad och att det inte finns anledning att utesluta en leverantör. Varken försörjningsdirektivet eller försörjningslagen innehåller något krav på registrering. Bestämmelsen i 14 kap. 8 § tredje stycket avser därför endast handlingar som skall styrka att det inte finns anledning att utesluta en leverantör. En motsvarande bestämmelse har tagits in i tredje stycket i den nu aktuella paragrafen.

#### *Uteslutning av leverantörer*

*16 § Om den upphandlande enheten är en myndighet skall den utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i ett upphandlingsförfarande, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom har dömts för brott som innefattar*

- 1. deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF,*
- 2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF,*
- 3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller*
- 4. penningbåleri enligt 9 kap. 6 a § brottsbalken.*

*Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brottet.*

*Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket.*

*Om det finns synnerliga skäl får en upphandlande enhet avstå från att utesluta en leverantör enligt första stycket.*

Motsvarande bestämmelser finns i 17 kap. 16 § den klassiska lagen.

Det finns inte några motsvarande bestämmelser i LOU. Vid upphandling över tröskelvärdena gäller enligt försörjningslagen att en upphandlande enhet som är en myndighet på dessa grunder *skall* utesluta en leverantör och att en annan upphandlande enhet än en myndighet *får* utesluta en leverantör. Den möjlighet som en upp-

handlande enhet som inte är en myndighet har att utesluta en leverantör regleras i 17 §.

Beträffande kommentarer till bestämmelserna hänvisas i tillämpliga delar till kommentarerna till 12 kap. 1 § den klassiska lagen i delbetänkandet (s. 334 ff.).

*17 § En upphandlande enhet som inte är en myndighet får i enlighet med 16 § utesluta en leverantör från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i ett upphandlingsförfarande.*

Beträffande upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelse i 16 kap. 2 § försörjningslagen.

*18 § En upphandlande enhet får utesluta en leverantör från deltagande i ett upphandlingsförfarande, om leverantören*

*1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,*

*2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,*

*3. genom lagakraftvunnen dom har dömts för brott avseende yrkes-etiken,*

*4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta,*

*5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller*

*6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.*

*Om leverantören är en juridisk person får denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.*

*Den upphandlande enheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket 1–3 eller 5.*

Motsvarande bestämmelser finns i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU och, beträffande upphandling över tröskelvärdena, i 16 kap. 3 § försörjningslagen. Beträffande kommentarer till bestämmelserna hänvisas i tillämpliga delar till kommentarerna till 12 kap. 2 § den klassiska lagen i delbetänkandet (s. 338 f.).

*19 § Den upphandlande enheten skall som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 16 § eller 18 § första stycket 1–3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 18 § första stycket 5.*

*Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 16 § eller 18 § första stycket 1–3 och 5 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.*

Bestämmelserna motsvarar 17 kap. 18 § första och andra styckena den klassiska lagen och har kommenterats i anslutning till den paragrafen. Beträffande upphandling över tröskelvärdena finns inga motsvarande bestämmelser i försörjningslagen. I detta lagförslag föreslås att sådana bestämmelser införs i en ny 16 kap. 3 a § försörjningslagen.

#### *Prövning av anbud och anbudsansökningar*

*20 § En upphandlande enhet skall pröva alla de anbud och de ansökningar om att få lämna anbud som har kommit in i rätt tid från särskilt inbjudna anbudssökande eller från anbudsgivare som inte har uteslutits enligt 16–18 §§ eller 15 kap.*

Paragrafen överensstämmer i huvudsak med 6 kap. 11 § LOU men har utformats på ett annat sätt. Skyldigheten att pröva anbud vid urvalsupphandling omfattar endast de anbud som lämnats av leverantörer som har ansökt om att få lämna anbud och som av den upphandlande enheten inbjudits att lämna anbud.

#### *Anbudsgivares bundenhet*

*21 § En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått underrättelse om beslut som avses i 25 §.*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 5 b § LOU. En motsvarande bestämmelse för upphandling över tröskelvärdena finns i 1 kap. 19 a § LOU och i 14 kap. 12 § försörjningslagen. Den underrättelse som avses i 25 § är upplysningar som skall lämnas till varje anbudsökande eller anbudsgivare om beslut som fattats om leverantör och anbud.

I övrigt hänvisas till kommentaren till 17 kap. 20 § den klassiska lagen.

#### *Grunder för tilldelning av kontrakt*

*22 § En upphandlande enhet skall anta antingen*

*1. det anbud som är det ur den upphandlande enhetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller*

*2. det anbud som har lägst anbudspris.*

*Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.*

*Den upphandlande enheten skall vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ange de olika kriterierna i fallande prioritetsordning, om inte deras inbördes betydelse anges. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.*

*Prioritetsordningen eller kriteriernas relativa inbördes betydelse skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

Paragrafen motsvarar delvis 6 kap. 12 § LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns en motsvarande bestämmelse i 1 kap. 22 § LOU och i 17 kap. 1 och 2 §§ försörjningslagen. Paragrafen överensstämmer med 17 kap. 21 § den klassiska lagen och har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

#### *Onormalt låga anbud*

*23 § En upphandlande enhet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligen.*

En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 12 § tredje stycket LOU. Den föreslagna bestämmelsen gäller dock, i motsats till bestämmelsen i LOU, oavsett om tilldelning av kontraktet skall ske efter grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller grunden lägsta pris i enlighet med motsvarande bestämmelser i 17 kap. 3 § försörjningslagen. I övrigt hänvisas till kommentaren till 17 kap. 22 § den klassiska lagen.

### *Dokumentation och förvaring av handlingar*

*24 § En upphandlande enhet skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Vid användning av direktupphandlingsförfarande skall vad nu sagts gälla endast om sådant förfarande används på grund av synnerliga skäl eller om värdet på kontraktet uppgår till minst 20 procent av det tillämpliga värde som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

Bestämmelsen motsvarar i huvudsak 6 kap. 13 § LOU. En nyhet är att dokumentationsplikt införs även för direktupphandlingsförfarande på grund av synnerliga skäl samt om värdet på kontraktet uppgår till minst 20 procent av den gräns som i normalfallet gäller för direktupphandlingsförfarande. I övrigt hänvisas till kommentaren till 17 kap. 23 § den klassiska lagen.

### *Underrättelser*

*25 § Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande gäller i fråga om underrättelse om beslut och underrättelse på begäran vad som föreskrivs i 14 kap. 9–11 §§.*

*Vid direktupphandlingsförfarande och vid tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 § skall den upphandlande enheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

Bestämmelserna överensstämmer i sak med 6 kap. 14 § LOU och med 17 kap. 24 § den klassiska lagen och har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

### *Särskilda bestämmelser för tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster)*

*26 § Om ett kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 uppgår till minst tröskelvärdet i 6 kap. skall den upphandlande enheten inom 60 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall anges om den upphandlande enheten godkänner att meddelandet publiceras.*

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 16 § andra stycket LOU. För upphandling över tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 4 kap. 15 § LOU. Bestämmelserna överensstämmer, bortsett från antalet dagar, med motsvarande bestämmelser i



17 kap. 25 § den klassiska lagen och har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

#### *Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.*

*27 § Vid tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om*

- 1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel och från rätten enligt 10 § tredje stycket att få ut förfrågningsunderlaget, och*
- 2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till säkerhetspolitiska intressen.*

*Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upp-handlande enhet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.*

Regeln överensstämmer med 6 kap. 17 § LOU med den skillnaden att undantag som är nödvändiga med hänsyn till försvarspolitiska intressen slopats. Varken försörjningsdirektivet eller försörjningslagen innehåller något undantag för försvarsupphandlingar över tröskelvärdena. Bestämmelserna motsvarar i övrigt 17 kap. 26 § första och andra styckena den klassiska lagen och har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

#### *Projekttävlingar*

*28 § Vad som föreskrivs i 8 kap. 1 § första stycket, 2–4, 6–8, 10 och 13–16 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger tröskelvärdet i 8 kap. 5 § men överstiger de värden som anges i 4 § första stycket 1 eller 3.*

*Vid anordnande av projekttävlingar skall 3 § första stycket tillämpas. En projekttävling skall annonseras enligt 7 eller 8 § och 13 och 22 §§ skall tillämpas.*

*Vid tilldelning av kontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt detta kapitel och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna skall, om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts, vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.*

Paragrafens första stycke motsvarar 6 kap. 18 § LOU. Bestämmelser om projekttävlingar över tröskelvärdena finns i 8 kap. försörjningslagen och i 16 kap. den klassiska lagen, där projekttävlingar under tröskelvärdena behandlas i 17 kap. 27 §. Beträffande författningskommentarer hänvisas till kommentarerna till sist nämnda paragraf.

Bestämmelserna i tredje stycket motsvaras av 7 kap. 2 § 12 och 3 § försörjningslagen när det gäller upphandling över tröskelvärdena.

## 20 kap.

1 § En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf (*ansökan om överprövning*).

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid *tilldelning av kontrakt genom ett annat upphandlingsförfarande* får en ansökan om *överprövning* inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, ett *ramavtal* eller ett *kontrakt som tilldelats i enlighet med ett ramavtal efter en förnyad inbjudan att lämna anbud* föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande enheten lämnat upplysningar enligt 14 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet, om *inte annat följer av fjärde stycket*.

*Vad som föreskrivs i tredje stycket 2 gäller inte i fråga om en ansökan från annan än den som fört talan i målet och inte heller om det interimistiska beslutet upphävts av Regeringsrätten.*

Beträffande kommentarer hänvisas i första hand till kommentarerna till 18 kap. 1 § den klassiska lagen i tillämpliga delar. Ändringen i tredje stycket 1 utgör endast en korrigerande förhållande till det lagförslag som lämnades i delbetänkandet. Även om en andra konkurrensutsättning inte direkt regleras i försörjningsdirektivet finns det inte något hinder mot att en sådan genomförs. En hänvisning till ett sådant förfarande görs därför i tredje stycket.

Bestämmelserna i paragrafens fjärde stycke enligt lagförslaget i delbetänkandet har flyttats till en ny paragraf, 1 a §.

*1 a § Vad som föreskrivs i 1 § tredje stycket andra meningen gäller inte*

*1. i fråga om tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller*

*2. om det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling med synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat*

*förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.*

Paragrafen motsvarar 7 kap. 1 § fjärde stycket LOU och 20 kap. 1 § fjärde stycket i det lagförslag som lämnades i delbetänkandet.

### Övergångsbestämmelserna

Utredningen har inte funnit anledning att ange något exakt datum när de föreslagna lagändringarna bör träda i kraft.

De nya bestämmelserna i 20 kap. 1 och 1 a §§ bör bli tillämpliga omedelbart. Ett interimistiskt beslut som upphävs efter ikraftträdandet utlöser därför en ny tiodagarsfrist med avseende endast på den leverantör som fört talan i målet. Upphävs beslutet av Regeringsrätten finns inte några hinder mot att omedelbart därefter skriva under upphandlingskontraktet.

## 12.3 Förslaget till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

### 6 kap.

2 § Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

*Under en elektronisk auktion enligt 14 a kap. lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster eller 17 a kap lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får dock uppgifter om en anbudsgivares plats i rangordningen och, om det behövs för att en anbudsgivare skall kunna lämna ett nytt anbud, även uppgifter som avses i 14 a kap. 9 § andra stycket den först nämnda lagen och i 17 a kap. 9 § andra stycket den sist nämnda lagen lämnas ut.*

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

Ändringarna har kommenterats i avsnitt 4.5.1 i den allmänna motiveringen.

### Övergångsbestämmelse

Utredningen har inte funnit anledning att ange något exakt datum när den föreslagna lagändringen bör träda i kraft.

# Särskilda yttranden

## Särskilt yttrande

*av Olof Erixon, Svenskt Näringsliv, och Jens Karlsson, Företagarna*

### Allmänt

Den offentliga upphandlingen är ett nyckelområde inom svensk ekonomi. Denna marknad omfattar uppskattningsvis 500 miljarder kronor per år enbart i Sverige, och mycket större värden än så inom den Europeiska Unionen. För den ekonomiska utvecklingen inom EU spelar det självfallet stor roll hur marknaden för offentlig upphandling fungerar. Det har betydelse för företagen inom unionen, för myndigheterna och för skattebetalarna. Reglerna om offentlig upphandling har kommit till just för att garantera en fungerande marknad för offentliga kontrakt. De är en del i medlemsstaternas ambition att skapa en i verklig mening gemensam inre marknad, och ska försäkra leverantörerna inom EU lika villkor när de tävlar om kontrakten. En annan effekt av ett sådant regelsystem är vidare att skattemedel används på bästa sätt, och att olika former av korruption och annat otillbörligt gynnande motverkas.

Sverige ska implementera de nya upphandlingsdirektiven (se utredningens delbetänkande SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler). Vi har också egna nationella regler om offentlig upphandling för de delar som inte styrs av EG:s direktiv. En del av utredningens uppdrag i detta betänkande gäller sådana bestämmelser som bygger på EG:s regelverk medan andra delar rör våra inhemska regler.

Den offentliga upphandlingen står inför ett antal svårigheter. Ett problem är att det ofta förekommer överträdelse av reglerna, varav otillåtna direktupphandlingar är ett allvarligt exempel. Detta noterades redan av Upphandlingskommittén, som föreslog ett antal

angelägna skärpningar av systemet för sanktioner på området (SOU 1999:139). Trots att förslagen var väl genomarbetade, och trots att de stöddes av en enig kommitté, har de inte lett till lagstiftning. Innan vi kommenterar förslagen i det nu aktuella betänkandet vill vi därför peka på behovet av att strama upp tillämpningen av den offentliga upphandlingen genom att stärka sanktionerna på området, åtminstone för fall av uppenbara överträdelser. Eftersom det i realiteten inte finns några rättsmedel när en myndighet väljer att ignorera domstols dom i mål om offentlig upphandling kan det med fog ifrågasättas om inte Sverige bryter mot fördraget genom bristande implementering av de s.k. Rättsmedelsdirektiven.

Ett annat problem inom upphandlingen är att den utvecklas mot att bli alltmer komplicerad. En central förklaring till detta är tendensen att i upphandlingsförfarandet föra in frågor som inte rör den aktuella affären. Det rör sig här om allmänna politiska mål, som inte är kopplade till den vara eller tjänst som ska levereras utan till de olika leverantörernas verksamheter. Mål av detta slag aktualiseras sällan av leverantörerna själva eller av de tjänstemän som hanterar den offentliga upphandlingen utan från politiker som ser den offentliga upphandlingen som ett lämpligt instrument för politiska strävanden. Det kan handla om att leverantören ska leva upp till vissa miljömässiga mål, uppfylla vissa sociala kriterier eller erbjuda anställningsvillkor på en viss nivå. Detta betänkande erbjuder flera exempel på sådana politiska ambitioner. Vi tar nedan upp några av dessa frågor.

### Översyn av 7 kapitlet LOU

Sanktionssystemet inom den offentliga upphandlingen bygger på att leverantörerna ska ha möjlighet att agera mot felaktigheter inom upphandlingen, antingen genom att begära en överprövning av en pågående upphandling eller genom att föra en skadeståndstalan. Enligt de så kallade rättsmedelsdirektiven är vi skyldiga att ha sanktionsbestämmelser som är effektiva. Ett av skälen till att Upphandlingsutredningen fick i uppdrag att granska bestämmelserna om överprövning är att antalet överprövningar har ökat i antal sedan tiodagars-fristen infördes, som en följd av den s.k. Alcatel-domen. En sådan ökning var emellertid en förutsedd konsekvens av regeländringen. Det ansågs vara viktigt att leverantören hade möjlighet

att få sina klagomål prövade, och vidare att det var bättre att detta skedde i form av en överprövning i länsrätt än genom en skadeståndstalan i tingsrätt. Det bör också noteras att ökningen av antalet överprövningar synes ha avstannat. Det är sannolikt att antalet överprövningar kommer att gå ner i takt med att rättspraxis på olika upphandlingsområden klarnar. Mot den bakgrunden instämmer vi i utredningens bedömning att det inte bör införas en preklusionsfrist för överprövningar.

Det kan dock finnas skäl till utsträcka den nuvarande tiodagarsfristen till två veckor, enligt utredningens alternativa förslag, för att ge domstolen mer tid att genomföra en överprövning. Det kan också finnas skäl att koppla en sådan tvåveckors-frist till beslut som fattas före tiden för mottagande av anbud eller anbudsansökningar, så som utredningen anvisar. Och det kan slutligen finnas motiv för att även genomföra utredningens förslag om att ett upphävande av ett interimistiskt beslut inte ska utlösa en ny tiodagars-frist. Sammantaget innebär dessa förslag en väl avvägd uppstramning av möjligheterna att begära överprövning.

## Översyn av 6 kapitlet LOU

### En fastställd gräns för direktupphandling

Upphandlingsreglerna ska som nämnts garantera bland annat konkurrens och likabehandling vid offentlig upphandling. Men om anbudsupphandlingar ersätts med direktupphandlingar, så försvagas garantierna avsevärt. Även om direktupphandling ska genomföras med beaktande av de möjligheter som marknaden erbjuder och dessutom ske i enlighet med fastställda riktlinjer, så är det uppenbart att transparensen försvagas eftersom det inte i efterhand går att jämföra anbud. Märk också att det ofta inte finns några effektiva medel för att överpröva direktupphandlingar. Därmed är det också sagt att direktupphandling öppnar för olika former av otillbörligt gynnande. Det finns därför, enligt vår mening, skäl för en restriktiv syn på denna form av upphandling. Den bör endast kunna användas i undantagsfall.

Den nuvarande regleringen säger bl.a. att direktupphandling får användas om upphandlingen avser ett lågt värde. Av betänkandet framgår att olika upphandlande enheter har högst olika uppfattningar om vad som ska förstås med detta. Det finns exempel på fall

där gränsen har satts så högt som till tio basbelopp, en nivå som knappast kan sägas representera ett mindre värde. En annan svaghet är att det är svårt för leverantörerna att få prövat om en upphandlande enhet har satt en rimlig gräns för direktupphandling. För att främja enhetlighet och förutsebarhet finns det skäl att införa en bestämd gräns för direktupphandling. Frågan blir var den gränsen ska ligga.

Utredningen förslår generella gränsvärden på ca 450 000 kr för byggentreprenader och ca 180 000 kr för varor och tjänster. Vi anser att dessa värden ligger för högt. De motsvarar inte vad som rimligen kan anses vara mindre värden. I utredningen har inte framkommit något som objektivt sett talar för att gränserna bör sättas på just denna nivå. Det finns skäl att erinra om att Nämnden för offentlig upphandling för några år sedan rekommenderade att direktupphandling av varor skulle kunna komma ifråga upp till ett basbelopp (numera ca 40 000 kr) och av tjänster upp till två basbelopp (ca 80 000 kr). Vi anser att en generell gräns för direktupphandling av varor och tjänster inte bör gå över 100 000 kr. Gränsen för byggentreprenader bör inte läggas högre. Den formel för beräkning av beloppen som utredningen föreslagit förefaller emellertid ändamålsenlig. Beträffande den föreslagna undantagsregeln för varor och tjänster, i kapitlets 4 § första stycket 2, att beloppet kan sättas högre när det finns särskilda skäl, anser vi att den föreslagna beloppsgränsen är rimlig. En sådan bestämmelse förutsätter dock, för att förhindra missbruk, att den omformuleras, t.ex. till följande lydelse: "...om upphandlingen avser varor eller tjänster och det finns särskilda skäl betingade av upphandlingens komplexitet". Därutöver förutsätts det att regeringen i en proposition – med utvecklande av utredningens exemplifieringar – tydligt uttalar att denna möjlighet endast är avsedd för i verklig mening speciella fall. Annars kan det befaras att regeln kan komma att missbrukas. Vi instämmer därutöver med emfas i utredningens bedömning att den andra möjligheten för direktupphandling, om det finns synnerliga skäl, inte bör ändras till särskilda skäl.

### **Annonsering**

Vi anser att det även fortsättningsvis bör finnas ett krav i LOU på att annonsering bör ske i en allmänt tillgänglig databas. De flesta upphandlande enheter, exempelvis kommunerna, torde i regel



annonsera såväl i en sådan databas som på sin egen hemsida. Det har inte framkommit några skäl för att ändra denna ordning. Dessutom borde det införas en bestämmelse om att direktupphandling över ett visst belopp, t.ex. motsvarande ett basbelopp, skall efterhandsannonseras eller bekantgöras på annat lämpligt sätt. Ett alternativ skulle kunna vara att sådan information redovisas på hemsidan hos en myndighet som har en s.k. upphandlarprofil.

### **Viktning**

Vi anser att det bör finnas ett krav på viktning även under tröskelvärdena. Upphandling enligt 6 kapitlet LOU bör om möjligt ske enligt samma riktlinjer som annan upphandling, där det finns krav på viktning. Likformighet i hanteringen är i sig en förenkling som dessutom bidrar till förutsebarhet.

### **Inköpscentraler**

Bakgrunden till förslaget om inköpscentraler är en önskan om att centralisera den offentliga upphandlingen. Tanken är att uppnå en rationellare hantering, större inköp och en samlad expertkunskap. Men det finns också nackdelar med inköpscentraler. Alltför stora inköp leder till att mindre leverantörer inte kan vara med och konkurrera om kontrakten. Anlitande av inköpscentraler leder till mer komplicerade ansvarsförhållanden, låt vara att utredningen i detta betänkande presenterar förslag som ska förtydliga dessa förhållanden. Det finns också en risk att inköpscentralen köper in lager av varor av olika slag och att den därför kommer att agera mer som en kommersiell aktör på marknaden än som ett instrument för olika upphandlande enheter. Detta får ovillkorligen skadliga effekter på konkurrensen. Huruvida det över huvud taget är lämpligt med inköpscentraler ur ett allmänt konkurrensperspektiv måste övervägas noga. Under alla omständigheter måste en ev. reglering om inköpscentraler klargöra de ansvarsförhållanden som skall råda.

### **Samordnad upphandling**

Lagstiftningen innehåller idag olika möjligheter för exempelvis kommuner att samarbeta om offentlig upphandling, t ex genom att

bilda gemensamma nämnder eller kommunalförbund. Från den upphandlande sidan har det ibland hävdats att det behövs vidgade möjligheter att exempelvis lägga ut uppdrag på olika offentliga enheter utan att behöva tillämpa reglerna om offentlig upphandling. Ett exempel på detta vore om en kommun skulle lägga ut ett uppdrag på ett kommunalt bolag utan att behöva tillämpa upphandlingsreglerna. Denna och likartade situationer har belysts av EG-domstolen i den s k Teckal- domen, Stadt Halle- domen och Parking Brixen- domen. Vi anser att det av konkurrenslikhetsskäl är synnerligen betydelsefullt att upphandlingsreglerna tillämpas också i sådana situationer, det vill säga att de offentliga enheterna lika- behandlas med de privata leverantörerna. En reglering som öppnar för att lägga ut uppdrag på offentliga enheter utan att tillämpa upphandlingsbestämmelserna får inte komma i fråga.

### **Miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling**

Vi har inga invändningar mot miljökrav eller sociala krav som är direkt kopplade till den vara eller den tjänst som ska upphandlas. Det är fullt motiverat att en upphandlande enhet ställer miljökrav på exempelvis ett tvättmedel som ska köpas in. Det är också naturligt att ställa krav på att exempelvis tangentbord, belysning och liknande inventarier ska vara anpassade så att de kan användas även av någon med funktionshinder. Problemet uppkommer när den typen av krav riktas mot de leverantörer som ska vara med och tävla om kontraktet. Nackdelarna är flera.

För det första kan krav av detta slag ofta innebära en skärpning av de miljö- och sociala krav som redan gäller enligt annan lagstiftning. De upphandlande enheterna höjer då en redan hög ribba, ofta för att plocka politiska poäng, med effekten att man stänger ute leverantörer från att kunna delta i offentlig upphandling. Ofta handlar det om småföretag som inte kan vara med, till exempel därför att de inte har möjligheter att investera i dyra miljöledningssystem eller liknande certifieringar. För det andra har de upphandlande enheterna sällan möjlighet att på ett rättvisande sätt följa upp miljö- och sociala krav som riktas mot leverantörerna. För att kunna avgöra om en leverantör bedriver sin verksamhet i linje med en viss miljöpolicy krävs det en noggrann uppföljning under kontraktstiden. Inom de upphandlande enheterna finns idag inga resurser för sådana uppföljningar.

Vi anser därför att den offentliga upphandlingen bör hållas fri från sådana tillkommande krav. I den mån kraven ändå ställs, är det viktigt att de inte går längre än vad gemenskapsrätten tillåter. I en lagregel är det därför inte möjligt att säga mer än att sådana krav får ställas i den mån de är förenliga med EG-rätten. Det är inte lämpligt att i en lagregel rekommendera att kraven ställs, eftersom detta sannolikt leder till att upphandlande myndigheter kommer att ställa krav som inte är förenliga med regelverket. Det är följaktligen inte heller lämpligt att i en lagregel uttala sig om att vissa krav bör ställas, eftersom det är synnerligen oklart i vad mån sådana krav får ställas.

#### **ILO-konvention 94**

I linje med vad som har sagts ovan beträffande miljö- och sociala krav, anser vi att Sverige inte bör ratificera ILO-konvention 94. Denna fråga rymmer såväl juridiska som praktiska överväganden. Utredningen har haft att granska de legala aspekterna på en ev. svensk anslutning, och har stannat för att det oklart om Sverige med hänsyn till EG-rätten kan ansluta sig till konventionen. Vi delar den bedömningen. Konventionen täcker ett område som i sin tur täcks av flera centrala EG-rättsliga normer, såsom EG-fördraget, Utstationeringsdirektivet och ett – möjligen – kommande Tjänstedirektiv. Mot bakgrund av utredningens överväganden framstår det som mycket osannolikt att Sverige skulle kunna tillämpa konventionen utan att det kommer i konflikt med de nämnda regelverken. Eftersom Sverige inte ensamt kan besluta om att ratificera konventionen, då vi på detta område har så kallad delad kompetens med EU, lär frågans hantering under alla omständigheter bli synnerligen komplicerad och tidskrävande.

Det finns starka sakliga invändningar mot en ratificering av konventionen. Ett krav på kollektivavtal eller på villkor i nivå med dessa kommer att stänga ute ett antal företag från att delta i offentlig upphandling. Statistik saknas, men det finns anledning anta att omkring hälften av alla företag är kopplade till kollektivavtal. Ett krav på ett sådant avtal vid offentlig upphandling innebär att en mycket stor grupp företag, oftast mindre sådana, stängs ute. Ett krav på kollektivavtal eller motsvarande villkor kan också innebära ett handelshinder mot leverantörer i andra medlemsländer och får därmed anses vara oförenligt med EG-rätten. Det sägs

ibland i debatten att kravet inte ska formuleras som ett formellt krav på kollektivavtal utan på villkor i nivå med dessa. Men det bör då noteras att ett antal upphandlande enheter har valt att ställa krav just på kollektivavtal, trots att detta strider mot rättspraxis (Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1713-05) och trots att det finns senare underrättsavgöranden som bekräftar denna rättspraxis (se t ex Länsrätten i Hallands län, mål nr 2434-05 E). För ett företag torde det hursomhelst vara i praktisk mening ogörligt att visa uppfyllelse av kollektivavtalsvillkor, utan att ingå ett sådant avtal. Kravet skulle därmed gå mycket längre än att enbart röra den offentliga upphandlingen, det skulle också ingripa i förenings- och näringsfriheten samt på ett påtagligt sätt kunna förändra styrkepositionerna på arbetsmarknaden.

Ett krav på kollektivavtal eller motsvarande villkor får inte bara till effekt att begränsa konkurrensen utan också till att komplicera upphandlingen. För att avgöra om villkoren faktiskt är jämförbara krävs ett omfattande arbete, inte minst när det gäller försäkringslösningar. Det bör noteras att jämförelsen inte bara ska göras mellan svenska leverantörer utan även mellan dem och utländska sådana. Här möter stora praktiska svårigheter som knappast kan hanteras inom ramen för ett upphandlingsförfarande. Vidare kan antalet överprövningar förväntas stiga. Trösklarna för mindre företag att delta i upphandlingar ökar. Det finns knappast någon möjlighet för de upphandlande enheterna att i praktiken följa upp krav på anställningsvillkor i nivå med kollektivavtalen, det blir en slumpvis tillämpning av kravet och en ökad rättsosäkerhet. Därmed skulle den svenska upphandlingslagstiftningen kunna komma att bryta mot den s.k. proportionalitetsprincipen. Det framstår slutligen som svårförståeligt varför Sverige skulle välja att ansluta sig till en konvention från 1940-talet, som på många sätt får anses överspelad genom nyare regelverk, bland annat Utstationeringsdirektivet.

## Särskilt yttrande

av Dan Holke, LO-TCO Rättsskydd AB, och Sussanne Lundberg, SKTF

Utredningen har haft i uppdrag att utreda om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya upphandlingsdirektiven. Utredningen har uppfattat att syftet med detta uppdrag är att utreda huruvida det finns rättsliga hinder mot att Sverige ratificerar och tillämpar konventionen. Vi instämmer i att detta är en rimlig tolkning av uppdraget.

Redogörelsen av rättsläget i kap 10 är, enligt vår uppfattning, i huvudsak korrekt. Det är därför med viss förvåning vi tagit del av utredningens avslutande bedömning och slutsatser. Vi anser att de problem som där antyds i stor utsträckning är konstruerade och teoretiska.

Ett problem enligt utredaren är att krav på lönevillkor i enlighet med konventionen skulle kunna leda till ökade lönekostnader för företag från medlemsstater med lägre lönenivåer än de svenska och därigenom göra det mindre attraktivt för dessa leverantörer att delta i offentliga upphandlingar. Förutom att just detta är syftet med konventionen – att hindra leverantörer från att konkurrera med sämre lön och anställningsvillkor – vill vi påpeka att både upphandlingsdirektiven och utstationeringsdirektivet bygger på en arbetslandsprincip vid tillfälliga utstationeringar. Det är således inbyggt i systemet att tillfälliga tjänsteutövare ska följa de lagar och anställningsvillkor som finns i det land där arbetet utförs, se bl.a. artikel 27 i upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Konventionen kan därför, enligt vår mening, inte på denna grund strida mot EG-rätten.

Utredningen kommer även till slutsatsen att konventionen kräver mer än miniminivåer när det gäller t ex lön. Vi menar att det är en missvisande beskrivning. Enligt konventionen är det krav som ska ställas på utförare av offentliga kontrakt att de inte tillämpar villkor som är ”mindre gynnsamma” än vad som gäller enligt t.ex. kollektivavtal för branschen i det område där arbetet utförs. Vad som är ”mindre gynnsamma” villkor måste avgöras från fall till fall med hänsyn tagen till tillämpligt kollektivavtal. Kravet innebär bara att lönerna ska vara förenliga med kollektivavtalet. I vissa fall kan det innebära minimilöner, i andra fall kan det innebära andra nivåer.

Av utstationeringsdirektivet framgår uttryckligen att med begreppet minimilön avses där vad som fastställts i arbetslandets lag eller praxis, i Sverige således de löner som framgår av kollektivavtal.

I detta sammanhang anser utredningen även att förhållandet till utstationeringsdirektivet inte är helt oproblematiskt eftersom konventionen och utstationeringsdirektivet möjligen i något avseende inte har exakt samma tillämpningsområde. Utredningens slutsats är dock att betydelsen av olikheterna inte skall överdrivas. Vi menar att olikheterna är marginella och helt oproblematiska.

Utredningen konstaterar att upphandlingsdirektiven inte hindrar att arbets- och anställningsvillkor som bestämts i lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal i värdlandet tillämpas, förutsatt att villkoren inte strider mot gemenskapsrätten, men anser att det finns anledning att ifrågasätta om även kollektivavtal av svensk modell är förenliga med regelverket. Man kan tänka sig en situation där man i Finland och Sverige har kollektivavtal med i princip samma innebörd. Vi har svårt att förstå varför det faktum att man i Finland allmängiltigförklarat ett sådant kollektivavtal innebär att avtalet i Finland överensstämmer med EG-rätten medan avtalet i Sverige inte skulle göra det. Det ska dessutom påpekas att det, enligt vår uppfattning, är en felaktig beskrivning att säga att upphandlingsdirektiven ”inte hindrar en värdlandsprincip”. Som tidigare sagts bygger de i själva verket på en sådan princip.

Till detta kommer att skydd för arbetstagare i EG-rätten godtas som ett tvingande allmänintresse. Arbetslandsprincipen tillämpas inom hela EU. Det enda som skiljer länderna åt är det sätt på vilket man valt att reglera anställningsvillkor.

Vi menar att det grundläggande syftet med upphandlingsdirektiven är att tillse att företag ska ha möjlighet att konkurrera om offentliga uppdrag på lika villkor. Det uppnår man inte om företag tillåts konkurrera med sämre löne- och anställningsvillkor. Det är således en överdriven farhåga att tro att spänningar kan uppkomma mellan systemen om konventionen ratificeras. Som vi tidigare nämnt innebär ju upphandlingsdirektiven och utstationeringsdirektivet en arbetslandsprincip vid tillfällig utstationering av arbetstagare.

Utredningen för även ett resonemang som går ut på att om villkor enligt svenska kollektivavtal blir tvingande avtalsinnehåll i offentliga kontrakt kan detta, under förutsättning att de svenska villkoren medför större kostnader för leverantören, innebära en inskränkning i den fria rörligheten. Utredningen konstaterar därefter

att frågan huruvida detta problem kan uppstå beror på om kollektivavtalens villkor kan anses ge ett verkligt tilläggsskydd.

Vi har svårt att förstå logiken i detta resonemang. Det verkar som om utredningen kommer fram till att det krävs ett verkligt tilläggsskydd, dvs. att arbetstagarna verkligen får t.ex. högre lön, för att villkoren ska vara tillåtna. Samtidigt konstaterar utredningen, om vi förstår saken rätt, att det i så fall eventuellt strider mot reglerna om den fria rörligheten. Det verkar vara ett cirkelresonemang som möjligen inte är helt logiskt.

I avsnitt 6.8.2 föreslår utredningen en ny bestämmelse som innebär att upphandlande myndigheter bör ställa bl.a. sociala krav vid upphandling. Vi har därför svårt att förstå den oro som utredningen uttrycker för att konventionen skulle strida mot EG-rätten. Möjligen ska man inte överdriva betydelsen av denna oro som i avsnittet Överväganden bl.a. uttrycks med orden ”kanske är det i ett sådant fall inte uteslutet att en tillämpning av konventionens krav skulle komma i konflikt med upphandlingsdirektivens regler...”.

Enligt vår bedömning har utredningen inte funnit någonting som skulle kunna utgöra ett reellt rättsligt hinder för Sverige att i likhet med nio andra EU-medlemsstater ratificera och tillämpa ILO-konvention nr 94.

## Särskilt yttrande

av Caroline Hopkins, Svenska Naturskyddsföreningen

Jag vill lämna följande särskilda yttrande till upphandlingsutredningen:

Jag uppskattar att utredningens förlängda arbete gett förtydliganden som klargör att miljökrav kan ställas vid upphandling. Däremot anser jag att den formulering av börkravet som utredningen förordar inte följer av utredningens egna slutsatser utan är alldeles för passiv. Jag anser att den leder till att återigen skicka signaler till upphandlande enheter om att miljökrav inte utgör en naturlig del av kravställandet. Den formulering jag avser har följande lydelse i utredningsutkastet.

Upphandlande myndigheter (i försörjningslagen: enheter) bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Upphandlande myndigheter (enheter) får ställa även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras.

De krav som ställs enligt första eller andra stycket skall vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt min uppfattning är ovanstående text intetsägande och skriven på ett passivt sätt som knappast kommer att bidra till att miljökrav integreras i upphandlingsprocessen. Stycke två är onödigt eftersom det redan framgår av lagtexten på annat ställe att det går att ställa krav på hur ett kontrakt skall fullgöras. Det är inte heller lämpligt att ha samma skrivning för miljökrav, som för sociala krav på sätt som gjorts, eftersom miljökraven kan ställas under varje fas i en upphandlingsprocess vilket inte är lika självklart med sociala krav.

Upphandlingsprocessen omfattar *val av föremålet för upphandlingen, specifikation, leverantörsbedömningen, anbudsutvärdering* (kriterier för anbudsutvärdering). Det är naturligt att ställa miljökrav under alla dessa faser vilket inte är lika givet med sociala krav. I enstaka fall går det även att hantera sociala krav under någon av ovan nämnda rubriker. Det går dock att ställa både sociala-, och miljökrav som utförandevilkor, vilket redan finns reglerat i lagförslaget.



Jag anser att nedanstående text, med stöd av text i förarbeten, skulle ge upphandlande enheter mycket tydligare stöd för miljökravställandet i enlighet med utredningsdirektivets intentioner.

Upphandlande myndigheter (i försörjningslagen: enheter) bör ställa miljökrav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till miljön och för att främja en hållbar utveckling i enlighet med art. 6 i fördraget för den europeiska unionen och de särskilda åtaganden som unionen åtagit sig för främja en sådan utveckling.

Jag vill förtydliga att dessa åtaganden inte på något sätt sätter en begränsning för vilka nivåer på miljökrav som kan ställas. De medger istället att upphandlande enhet går längre då åtagandena enbart visar inriktningen för unionens arbete med att t.ex. reducera utsläppen av klimatpåverkande gaser (Kyotoprotokollet) och att eliminera skadliga kemikalier (Stockholmskonventionen).

När man i upphandlingssammanhang påminner om artikel 6 i fördraget öppnar sig också möjligheten att formuleringen kan ändras till att innehålla skall i stället för bör enligt följande:

Upphandlande myndigheter (i försörjningslagen: enheter) skall ställa miljökrav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till miljön och för att främja en hållbar utveckling i enlighet med art. 6 i fördraget för den europeiska unionen och de särskilda åtaganden som unionen åtagit sig för främja en sådan utveckling.

## Särskilt yttrande

av Lennart Sandebjer, Svensk Energi

Min uppgift i utredningen är att särskilt bevaka regelsystemets utformning med avseende på upphandlingar inom försörjningssektorerna och då i första hand inom energisektorn.

Motiven för att ha upphandlingsregler inom försörjningssektorerna utvecklas i beaktandesats 2 och 3 till försörjningsdirektivet. I direktivets beaktandesats 9 anges vidare följande (första stycket).

I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde. En sådan samordning bör bygga på de krav som följer av artiklarna 14, 28 och 49 i EG-fördraget och artikel 97 i Euratomfördraget, nämligen principen om likabehandling av vilken principen om icke-diskriminering endast utgör en särskild form, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen samt principen om öppenhet. *Med beaktande av karaktären hos de områden som berörs av en sådan samordning bör det genom denna samordning skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet men som samtidigt slår vakt om de nämnda principerna.* (Anm: min markering med kursivering.)

I LOU har försörjningssektorerna reglerats tillsammans med den klassiska sektorn. Exempelvis är 1 kap., 6 kap. och 7 kap. LOU tillämpliga för såväl försörjningssektorerna som den klassiska sektorn. Detta har inneburit att försörjningsreglernas, redan enligt det gamla försörjningsdirektivet, mer flexibla regler tolkats i ljuset av de restriktivare klassiska reglerna. För att denna alltför strikta tolkning för försörjningssektorerna inte skall följa med i den nya lagstiftningen borde lagförslaget och kommentarerna till detta tydligare markera den större flexibiliteten som skall gälla enligt beaktandesats 9. Frågan om flexibilitet för försörjningssektorerna berörs av utredningen endast i samband med förslaget till belopp för direktupphandling under tröskelvärdena.

Utredningen har enligt sina tilläggsdirektiv ett tydligt uppdrag att göra en översyn av reglerna under tröskelvärdena i syfte att föreslå förenklingar. I direktiven konstaterar regeringen mycket riktigt att det är värdefullt för såväl upphandlande enheter som leverantörer med ett enkelt och lättbegripligt regelverk. Jag anser

därför att utredningen borde ha gått längre i strävandena att förenkla regelsystemet. En förklaring till utfallet kan vara en alltför stark önskan att så långt möjligt bibehålla nuvarande regler i 6 kap. LOU. Upphandlingar enligt detta kapitel utgör de alldeles övervägande största antalet upphandlingar (i storleksordningen fler än 90 % av alla upphandlingar). Dessutom utgör sådana upphandlingar den värdemässigt största delen. Därför måste, utan att göra avkall på våra åligganden enligt EG-rätten, fokus läggas på detta kapitel. Upphandlingar under tröskelvärdena handläggs dessutom ofta av upphandlare som är mindre erfarna och som endast upphandlar enligt detta kapitel. Det är därför min uppfattning att lagförslagen i så liten utsträckning som möjligt skall hänvisa till andra kapitel.

Påverkan från bestämmelserna i LOU blir särskilt tydlig när utredningen vid analysen av lämplig storleksordning på det belopp under vilket direktupphandling skall få ske, refererar till uttrycket "lågt värde" som en utgångspunkt för bedömningen. Uttrycket "lågt värde" finns idag i 6 kap. LOU men är enligt min mening inte relevant vid bedömningen av lämplig nivå för direktupphandling. I stället måste vid analysen utgångspunkten vara huruvida de principer som enligt EG rätten skall prägla upphandlingar på de icke direktivstyrda områdena (under tröskelvärdena m.m.), kan tillgodoses vid ett direktupphandlingsförfarande.

Med hänsyn till att det för *försörjningssektorerna* gäller dubbelt så höga tröskelvärden avseende upphandling av *varor och tjänster*, innebär den modell som utredningen fastnat för att beloppsgränserna för direktupphandling blir dubbelt så höga jämfört med vad som gäller för den klassiska sektorn. Förslaget får i denna del anses tillgodose kravet på flexibilitet. Jag anser vidare att det vore konsekvent att beträffande upphandling av *byggentreprenader* inom försörjningssektorerna, för att tillgodose kravet på flexibilitet, införa en beloppsgräns för direktupphandling som är betydligt högre än vad som gäller klassiska sektorn. Utgångspunkten bör därvid vara ett dubbelt så högt belopp. Vidare finns det skäl att överväga en förhöjd gräns vid "särskilt komplicerade" byggentreprenader, analogt med vad som gäller för varor och tjänster. Det bör betonas att en stor del av infrastrukturinvesteringarna sker inom försörjningssektorerna (exempelvis flygplatser, järnvägar, hamnanläggningar, distribution av fjärrvärme, gas och el).

Jag har för utredningen presenterat *förenklingsförslag avseende upphandlingar under tröskelvärdena*, som kan vara värt att pröva för

det fall regeringen skulle överväga en annan modell än den som utredningens föreslår. Nedan redovisas därför ett av dessa förslag.

Vid den senaste lagändringen som trädde i kraft den 1 juli 2002 infördes såväl krav på annonsering vid upphandling enligt 6 kap. LOU som den nya upphandlingsformen *urvalsupphandling*. Utredningen bör nu överväga en återgång till tidigare system då den upphandlande enheten kunde, genom skrivelser, direkt rikta en inbjudan att delta i en upphandling till ett representativt antal leverantörer. Detta förfarande bör vidare kombineras med en frivillig möjlighet att, i stället för en riktad inbjudan, annonsera enligt nuvarande regler. Denna annonsering bör kunna få kombineras med en urvalsupphandling, om den upphandlande enheten bedömer att detta erfordras.

### Frågan om införande av en preklusionsfrist

Jag delar utredningens bedömning att nackdelarna med en preklusionsfrist väger tyngre än de fördelar en sådan frist kan anses ha. Jag anser att det är principiellt felaktigt att utredningen ändå redovisar ett konkret förslag till utformning av en preklusionsfrist. Jag anser att ett så genomgripande förslag måste föregås av en noggrann konsekvensanalys, bl.a. med avseende på risken att antalet överprövningar kan öka stort samt de konsekvenser som kan uppkomma till följd av att man öppnar upp för en överprövning tidigt i upphandlingsprocessen, vilket skulle kunna leda till att i princip varje upphandling får en fördröjning i avvaktan på att preklusionsfristen löpt ut. Dessa konsekvenser måste sedan vägas mot de fördelar som en frist faktiskt skulle innebära.

## Särskilt yttrande

av Per-Arne Sundbom, Konkurrensverket

### Förslaget om inköpscentraler

Utredningens föreslagna regler för inköpscentraler, som ska vara upphandlande myndigheter enligt upphandlingsreglerna, innebär bl.a. att en sådan central får möjlighet att upphandla varor för vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheter. Det gäller även om inköpscentralen inte har fått ett sådant uppdrag av myndigheterna. Centralen ges möjlighet att bygga upp varulager och får närmast en grossist- eller detaljistfunktion. Vidare innebär förslaget att inköpscentralen har möjlighet att arbeta som förmedlare av tjänster. Det uppnås genom att centralen, efter en upphandling, avtalar med tjänsteföretag vad som ska gälla om en upphandlande myndighet efterfrågar tjänsten.<sup>1</sup>

Inköpscentralen kan således agera både som varuförsäljare och tjänsteförmedlare utan att centralen och berörda leverantörer vet med någon större säkerhet vilka inköps- eller försäljningsvolymerna som det kan bli fråga om.<sup>2</sup> Förslaget ger statliga myndigheter, kommuner och landsting möjlighet att starta en form av försäljnings- och affärsverksamhet som är förenad med ekonomiska risker och problem från konkurrenssynpunkt. Vid överväganden om att införa förslaget om inköpscentraler är det angeläget att statsmakterna beaktar nuvarande möjligheter för offentliga beställare att samverka om inköp och erfarenheterna av denna samverkan bl.a. inom statsförvaltningen. I sammanhanget bör, som noteras i betänkandet, de begränsade förutsättningarna för de små företagen att vinna offentliga kontrakt uppmärksammas.

Av betänkandet framgår att utredningen inte har haft möjlighet att tillräckligt analysera effekterna av förslaget om inköpscentraler. En sådan analys hade underlättats om det hade funnits en ingående undersökning om erfarenheterna inkl. regelverk från de fåtal EU-

<sup>1</sup> De föreslagna reglerna för inköpscentraler baseras helt på EG-regler. I detta fall är det dock frivilligt för medlemsländerna att införliva reglerna i den nationella lagstiftningen.

<sup>2</sup> Verket för förvaltningsutveckling (VERVA) har parallella ramavtal med åtta konsultföretag om chefsutbildning som statliga myndigheter kan använda. Om en myndighet efterfrågar denna tjänst översänder VERVA myndighetens underlag till de berörda företagen. Myndigheten beslutar sedan, efter att företagets svar inkommit, vilket företag man vill anlita. VERVA träffar avtal med konsultföretaget och debiterar myndigheten 12 000 kronor för sitt arbete. (Källa: [www.verva.se](http://www.verva.se)) VERVA synes redan tillämpa de föreslagna reglerna för inköpscentraler.

länder (bl.a. Frankrike) som under lång tid har haft inköpscentraler och som kan ha varit inspiratörer till de aktuella EU-reglerna.

### Den statliga inköpssamordningen

För närvarande finns tolv s.k. ramavtalsansvariga myndigheter som svarar för samordnade upphandlingar för statsförvaltningen. Upphandlingarna har resulterat i omkring 400 ramavtal på närmare 100 produktområden med i de flesta fall ej i förväg preciserade inköpsvolymmer. Samtliga ramavtalsmyndigheter utom en tillämpar ett i princip enhetligt system för att finansiera denna verksamhet. Systemet innebär att leverantören betalar en avgift till ramavtalsmyndigheten. Avgiften, som bestäms av ramavtalsmyndigheten, relateras normalt till värdet på inköpen. Vissa statliga ramavtal används även av kommuner och landsting.

I Riksrevisionens rapport Samordnade inköp (RIR 2005:10) framförs att enligt regeringskansliet har de ramavtalsansvariga myndigheterna rätt att ta ut provision enligt 4 § i avgiftsförordningen (1992:191). Där framgår att en myndighet kan ta ut avgifter för vissa verksamheter, t.ex. för inköpssamordning. Riksrevisionen påpekar att det inte finns regler för hur avgifterna fastställs och berörda intäkter kan finansiera annan verksamhet hos myndigheterna. Uppgiften att vara ramavtalsansvarig myndighet anges inte i myndigheternas instruktion eller i annat beslut av regeringen. Enligt Riksrevisionen kan vilken myndighet som helst börja upphandla för statens räkning.

Av nämnda rapport framgår att det är osäkert om staten gör vinster på inköpssamordningen. Riksrevisionen ifrågasätter även om det är en statlig angelägenhet att samordna upphandlingar för den offentliga sektorn.<sup>3</sup> Slutsatsen blir att det råder långt ifrån optimala förutsättningar att få en fungerande konkurrens och förmånliga inköpsvillkor vid den statliga inköpssamordningen och att denna har betydande brister i ett samhällsekonomiskt perspektiv.

I sammanhanget bör även riktas uppmärksamheten på att Ekonomistyrningsverket (ESV) fick olika, delvis motstridiga, roller från den 1 januari 2006. ESV ansvarar från denna tidpunkt dels för samordningen av ramavtalsmyndigheternas upphandlingar och ska i

---

<sup>3</sup> Konkurrensverket har framfört en liknande uppfattning i yttrande (dnr 737/2004) till regeringen över departementspromemorian Samordnad upphandling (Ds 2004:37).

denna roll verka för en effektiv inköpssamordning inom statsförvaltningen, dels svarar man själv för vissa ramavtalsupphandlingar för andra myndigheters räkning. Rollerna kan komma i konflikt med varandra och vara ett hinder för att åstadkomma en ändamålsenlig ordning för samverkan om inköp i statsförvaltningen.<sup>4</sup>

Vid ställningstagande till den föreslagna ordningen med inköpscentraler bör hänsyn tas till den nuvarande organisationen och finansieringen av den statliga inköpssamordningen. I betänkandet uttrycks en viss osäkerhet om effekterna av att inrätta inköpscentraler i statsförvaltningen. Här påpekas att om en statlig myndighet ska kunna uppträda som inköpscentral förutsätts att detta är möjligt enligt det regelverk som styr myndigheternas verksamhet. Utredningen tar dock inte ställning till om det i dag finns formella hinder för en statlig myndighet att starta en inköpscentral. En jämförelse kan göras med de statliga myndigheternas närings- eller uppdragsverksamhet som konkurrerar med privata företag. Myndigheter tycks i många fall ha startat sådan verksamhet utan att statsmakterna har beslutat om detta.<sup>5</sup>

Med hänsyn till Riksrevisionens undersökning av den statliga inköpssamordningen, nämnda finansieringsformer och utvecklingen på området synes det inte finnas några formella hinder för en statlig myndighet att starta inköpscentraler. Vidare kan statliga myndigheter (liksom kommuner och landsting) finansiera centralens verksamhet med allmänna medel.

## Ökade konkurrensproblem

### En omfattande samverkan om inköp kan begränsa konkurrensen

En uppmärksammas utveckling de senaste 5–10 åren vid offentlig upphandling är att offentliga beställare alltmer går samman om sina inköp. Förslaget om inköpscentraler kan bidra till att denna utveckling förstärks. En upphandling av varor eller tjänster som rör flera myndigheter kan medföra, förutom lägre kostnader för att

---

<sup>4</sup> Frågan om den statliga inköpssamordningen och en myndighets nämnda dubbelroll kommenteras i Konkurrensverkets rapport Vårda och skapa konkurrens – vad krävs för ökad konsumentnytta (2002:2, avsnitt 8.3.10) och i Konkurrensverkets yttrande (dnr 288/2002) till Justitiedepartementet över den statliga inköpssamordningen.

<sup>5</sup> Se Statskontorets rapporter Staten som kommersiell aktör (2000:16 och 2000:16A) och Konkurrens i gränslandet mellan det offentliga och privata (2005:19) samt Konkurrensverkets rapport Vårda och skapa konkurrens – vad krävs för ökad konsumentnytta? (2002:2, avsnitt 8.3).

genomföra upphandlingar, förmånligare leveransvillkor (lägre priser m.m.) för beställaren jämfört med att en myndighet upphandlar enbart för egen räkning. Det förutsätter dock en väl fungerande konkurrens och ett tydligt anbuds- eller förfrågningsunderlag. Det innebär bl.a. att beställaren kan klart ange sitt inköpsbehov med avseende på produktkvalitet, inköpsvolym m.m. och att det finns ett tillräckligt antal leverantörer som deltar i upphandlingen.

Flera sektorer i näringslivet utmärks av hög marknadskoncentration och otillräcklig konkurrens.<sup>6</sup> En inköpssamordning som omfattar många myndigheter kan innebära så stora åtaganden för en leverantör att denne på grund av bristande kapacitet måste avstå från att delta i upphandlingen. Ett minskat antal anbudsgivare kan medföra svagare konkurrens och oförmånligare inköpsvillkor för beställaren till nackdel för det allmänna och medborgare/konsumenterna.

En omfattande inköpssamordning kan öka incitamentet hos leverantörerna att öka sin samverkan med sannolikt minskad konkurrens och sämre inköpsvillkor som följd. Ett samarbete mellan leverantörer kan i detta fall vara förenligt med konkurrensreglerna med hänsyn till det s.k. konsortieundantaget. Detta innebär bl.a. att konkurrerande företag kan samarbeta vid upphandling om inte något av de deltagande företagen ensamt kan klara ett visst åtagande eller ensamt har någon utsikt att vinna en anbudstävlan.

### Små företag stängs ute

Det är viktigt från konkurrens- och konsumentsynpunkt att det inte skapas onödiga hinder för företagsetablering och tillväxt. Stora samordnade upphandlingar stänger ute de små företagen och kan förstärka koncentrationen på en marknad. Det kan begränsa konkurrensen och negativt påverka innovationsbenägenhet och tillväxtförutsättningar.<sup>7</sup>

De företag som ingår avtal med centralen kan utifrån föreslagna regler få binda upp resurser och kostnader för framtida åtaganden utan att garanteras någon försäljning. Här ställs krav på företagen,

---

<sup>6</sup> Se Konkurrensverkets rapporter *Konkurrensen i Sverige under 90-talet – problem och förslag* (2000:1), *Konkurrensen i Sverige 2002* (2002:4) och *Konkurrensen i Sverige 2005* (2205:1).

<sup>7</sup> Se rapporterna *Småföretag och offentlig upphandling* (R 2005:21) och *Offentlig upphandling i EU och USA* (A2004:027) av NUTEK resp. ITPS (Institutet för tillväxtpolitiska studier).



som för närvarande vid många ramavtalsupphandlingar, att bygga upp en beredskap som kan vara onödigt kostsam jämfört med faktisk efterfrågan på produkterna. Det drabbar särskilt små företag. Av NUTEK:s rapport Småföretag och offentlig upphandling (R 2005:21) framgår att en tredjedel av de undersökta företagen anser att ett av de främsta hindren för att delta i den offentliga upphandlingen är att man måste avsätta resurser för eventuella framtida beställningar.

### **Ej preciserad inköpsvolym pressar upp priset**

En leverantör som deltar i en anbudsgivning där beställaren inte preciserat inköpsvolym har svårt att beräkna anbudspriset i de fall en stor del av kostnaderna för produkten har ett direkt samband med denna volym. Det kan gälla kostnader bl.a. för produktion eller tillverkning, underleverantörer, varulager och distribution. Leverantören kan därför behöva ta med en riskpremie vid beräkning av anbudspriset, dvs. detta blir högre än om inköpsvolymen varit känd. Leverantörens osäkerhet om framtida försäljning ökar ytterligare om det finns flera inköpscentraler för samma produkter. Leverantörer, inte minst små sådana, kan i detta fall bedöma att det är för stor ekonomisk risk att delta i denna typ av upphandlingar och avstår från att lämna anbud, vilket minskar konkurrensen.

### **Myndigheters benägenhet att satsa på egen upphandlingskompetens minskar**

En rad statliga utredningar styrker slutsatsen att den offentliga upphandlingen behöver väsentligt förbättras, vilket kan medföra stora kostnadsbesparingar för samhället.<sup>8</sup> Det råder stor enighet om att bristerna vid offentlig upphandling bl.a. beror på att offentliga aktörer inte alltid har satsat på en effektiv upphandlingsfunktion men även att upphandlingsreglerna kan vara svåra att tillämpa. Det finns ett stort antal upphandlingsregler och det kan vara resurskrävande för såväl beställare som leverantörer att lära sig alla regler. Det ligger nära till hands att en myndighet låter en

---

<sup>8</sup> Se t.ex. Upphandlingskommitténs, Bygg- och Förtroendekommissionens betänkanden SOU 1999:139, SOU 2002:115 resp. SOU 2004:47 samt rapporterna Småföretag och offentlig upphandling (R 2005:21) och Offentlig upphandling i EU och USA (A2004:027) av NUTEK resp. ITPS (Institutet för tillväxtpolitiska studier).

inköpscentral svara för inköpen även om detta medför högre kostnader för myndigheten än om denna satsat på en ökad beställarkompetens och själv genomfört berörda upphandlingar.

### **Ekonomiska risker, subventionerade priser och snedvriden konkurrens**

En inköpscentral kan bygga upp ett varulager som inte kan säljas på grund av produktutveckling, ny teknik, att efterfrågan inte motsvarar inköpscentralens ursprungliga förväntningar m.m. Det kan framtvinga en försäljning på den ”öppna” marknaden till priser som understiger kostnaderna för inköpen. Centralen drabbas därmed av ekonomiska förluster som, beroende på hur finansieringen sker, får finansieras av leverantörerna eller med allmänna medel. En försäljning utifrån nämnda förutsättningar medför att konkurrensen snedvrids och att det kan uppstå undanträngningseffekter på den berörda produktmarknaden.

Det finns för närvarande inga effektiva regler för att ta hand om problemet med subventionerade priser. Det framgår bl.a. av Konkurrensverkets rapport Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat (2004:4), som har gjorts på uppdrag av regeringen. Frågan har tagits upp vid flera tillfällen av Näringsutskottet och senast i utskottets betänkande 2004/05:NU16. Där uppmärksammas förslagen i den sistnämnda rapporten och utskottet anför bl.a. att regeringen vid riksmötet 2005/06 bör återkomma till riksdagen om hur en nationellt utformad reglering av subventioner kan åstadkommas.

Frågan är om upphandlande myndigheter ska ges möjlighet att ta nämnda ekonomiska risker med hänsyn till intresset av en fungerande konkurrens och kravet på en effektiv resursanvändning. I detta fall bör uppmärksammas regeringens förvaltningspolitiska handlingsprogram från 2000 som baseras på regeringens proposition Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst (prop. 1997/98:136). Enligt detta handlingsprogram ska statens uppgifter renodlas, uppgifter som inte tillhör statens kärnverksamhet bör avvecklas eller överlåtas till någon annan och konkurrensutsatt verksamhet bör normalt inte bedrivas i myndighetsform. Förslaget om inköpscentraler kan bidra till en utveckling som strider mot dessa riktlinjer.

Vidare bör uppmärksammas vissa rättsprinciper enligt kommunallagen (1991:900) som kan vara svåra att förena med förslaget om inköpscentraler. Det kan ifrågasättas om inte exempelvis förbudet för en kommun (eller ett landsting) att åta sig uppdrag eller bedriva verksamhet åt en annan kommun, den s.k. kommunala lokaliseringsprincipen, hindrar att en kommunal inköpscentral säljer varor och agerar som tjänsteförmedlare åt andra kommuner. Betänkandet ger stöd för att införande av kommunala inköpscentraler i vissa avseenden kan strida mot kommunallagen.

### Överväganden och förslag

Statsmakterna bör noggrant analysera effekterna på konkurrensen inför beslut som ökar möjligheterna att samordna den offentliga sektorns inköp. Om offentliga beställare samordnar en alltför stor del av sina inköp med hänsyn till förutsättningarna för en fungerande konkurrens – vilket föreslagna inköpscentraler kan bidra till – kan effekten bli sämre inköpsvillkor för stat och kommun samt samhällsekonomiska förluster. För att minska risken för en sådan utveckling bör en statlig inköpscentral inte få samordna inköp för den kommunala sektorn. Motsvarande begränsning bör gälla för en kommunal inköpscentral.

En annan viktig förutsättning för en fungerande konkurrens och förmånliga inköpsvillkor för den offentliga sektorn är att kravet på transparens vid upphandling inte åsidosätts och att beställare och leverantörer har tydliga eller förutsebara regler. Med hänsyn härtill bör en inköpscentral enbart få upphandla förutbestämda inköpsvolymer av varor och tjänster på uppdrag av andra upphandlande myndigheter under en avtalad tidsperiod. Den föreslagna bestämmelsen som innebär att en inköpscentral kan bygga upp varulager eller vara en tjänsteförmedlare enligt ovan bör inte införas. I övrigt förutsätts att inköpscentralen följer upphandlings- inkl. ramavtalsreglerna.

Såväl nyssnämnda som utredningens förslag kan förutsätta att det görs en översyn av kommunallagen och de rättsprinciper som styr kommunernas och landstingens befogenheter. Det bör dock finnas starka skäl för att göra undantag från dessa rättsprinciper.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Se Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117) och Konkurrensverkets rapport Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat (2004:4).

Dessa skäl ska vägas mot att det för närvarande finns betydande möjligheter för samverkan mellan kommuner bl.a. via kommunalförbund och gemensamt ägda företag.

I Riksrevisionens nämnda rapport föreslås med hänsyn till de konstaterade bristerna vid den statliga inköpssamordningen att regeringen ser över denna. Det angeläget att översynen genomförs före ett beslut om att införa nyordningen med inköpscentraler. Ett centralt inslag i översynen bör vara att ta fram regler för omfattning och inriktning av den verksamhet som får utföras av statliga inköpscentraler utifrån berörda konkurrensaspekter och förutsättningarna för de små företagen att delta vid upphandlingen.

För att fastställa ändamålsenliga regler för inköpscentraler kan det vara nödvändigt att kartlägga och analysera erfarenheterna på området i berörda EU-länder. Därutöver är det angeläget som utredningen påpekar, att statsmakterna följer upp effekterna av inköpscentralernas verksamhet för att kunna rätta till oönskade effekter.

## Särskilt yttrande

*Av Eva Sveman, Sveriges Kommuner och Landsting, Ulf Palm, Sveriges Kommuner och Landsting, och Hans Sundström, Verket för förvaltningsutveckling*

### Upphandling under tröskelvärdena m.m.

Enligt utredningsdirektiven skall utredaren bl.a. göra en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU i syfte att förenkla reglerna. Vi anser att behovet av att förenkla regelverket är mycket stort, och vi beklagar att utredningen inte har lyckats med detta. I detta kapitel regleras förutom upphandlingar som understiger tröskelvärdena, även upphandling av B-tjänster såsom hälso- och sjukvård samt socialtjänst. Inte minst denna typ av tjänster kräver en flexibilitet i regelverket som inte finns i nuvarande upphandlingsregler, men tyvärr inte heller i det föreslagna nya kap. 17. Exempel på bestämmelser som vi ifrågasätter är reglerna om anbud från endast en leverantör, som reglerar typiska direktupphandlingssituationer och därför inte behöver regleras särskilt. Andra exempel på bestämmelser som vi ifrågasätter behovet av, är regleringen av mottagande och öppnande av anbud samt reglerna om dokumentation.

Utredningen har gjort en enkätundersökning bland upphandlande enheter angående deras inställning till ett fast belopp i lagstiftningen för direktupphandling i stället för som i nuvarande lagstiftning där det talas om ett lågt värde. Trots att en majoritet av dem förordade ett bibehållande av lågt värde, föreslås ändå fasta belopp. Enligt vår uppfattning är det mycket stora skillnader på både upphandlande enheter och vad som ska upphandlas. Angivande av fasta belopp i lagtexten tar bort mycket av den flexibilitet som trots allt finns i nuvarande system. Vi anser också att den föreslagna modellen med två olika värden beroende på om det finns särskilda skäl, skapar stor osäkerhet kring när det högre värdet får användas. I stället för att uppnå en förenkling, medför detta att regelverket blir krångligare.

I Norge har man nyligen beslutat att höja den nuvarande gränsen för direktupphandling i lagen till 500 000 NKR. Vi anser att om ett bestämt värde skall anges i lagtexten, måste det värdet ligga i paritet med det nya norska värdet. Strukturen på den offentliga förvaltningen i Sverige och Norge är snarlik och det finns egentligen

ingen som helst anledning till att vi skall ha värden som ligger under hälften vad som gäller i Norge. Mot den bakgrunden anser vi att i vart fall det högre av de föreslagna värdena skall gälla för direktupphandling, för det fall att man fastnar för en modell med angivet värde i lagtexten. Detta högre värde ligger ändå en bra bit under den nivå som bedömdes vara rimlig i Norge.

### Inköpscentraler

Utredningen har haft till uppgift att ta upp frågan om inköpscentraler till ny behandling. Det finns enligt direktiven från regeringen flera frågor som behöver utredas, bl.a. när det gäller ansvarsfrågan (överprövningsinstitutet).

Vi delar utredningens uppfattning att i de nya lagarna om upphandling skall föras in bestämmelser om inköpscentraler som i sak motsvarar bestämmelserna de nya upphandlingsdirektiven. Där emot delar vi inte utredningens uppfattning när det gäller frågan vem som bär ansvaret för eventuella fel som begås när inköpscentralen genomför upphandlingar.

Vi tror att inköpscentralernas huvudsakliga uppgift, om de införs i Sverige, kommer vara att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer som de upphandlande myndigheter som har anmält intresse för upphandlingen därefter kan avropa varor och tjänster från. Både Verket för förvaltningsutveckling (tidigare Statskontorets upphandlingsverksamhet) och Verket för Högskoleservice (VHS) bedriver redan idag en upphandlingsverksamhet som påminner om den som inköpscentraler enligt upphandlingsdirektiven skall kunna bedriva åt de upphandlande myndigheterna.

Som framgår av direktivtexten skall inköpscentralen vara en upphandlande myndighet i direktivens mening. Detta menar vi talar för att det är inköpscentralen och inte de myndigheter som t.ex. avropar varor och tjänster på de upphandlingskontrakt som inköpscentralen har tecknat som skall ta ansvar för att upphandlingen gjorts enligt gällande bestämmelser. De tjänstemän inom staten, kommunerna och landstingen som utnyttjar inköpscentralens avtal har inte själva varit med under upphandlingsprocessen och har som regel inte ens tagit del av förfrågningsunderlaget. De har ofta inte heller någon närmare kunskap om upphandlingsreglerna. Mot den bakgrunden menar vi att det är orimligt som utredningen anser att ansvaret för att inköpscentralen har gjort en korrekt upphandling

enligt upphandlingsreglerna skall läggas på den myndighet som anskaffar varor eller tjänster genom inköpscentralen.

Ett av skälen till att införa inköpscentraler i svensk lagstiftning måste enligt vår mening ändå vara att förenkla för t.ex. mindre myndigheter och mindre kommuner som ofta saknar erforderlig kompetens för att genomföra åtminstone mer komplicerade upphandlingar. Att lägga ansvaret för att anskaffningen av varan eller tjänsten på de upphandlande enheterna kan inte då vara rimligt.

Utredningen konstaterar också att det förefaller i och för sig naturligt att lägga ansvaret för felaktigheter på den som gjort sig skyldig till den, nämligen inköpscentralen eller den föregivna inköpscentralen. Ändå menar utredningen att den upphandlande enheten har ett i princip strikt ansvar gentemot leverantörerna för inköpscentralens agerande, visserligen med möjlighet att för egen del vända sig mot inköpscentralen med krav på ersättning för skada på grund av inköpscentralens felaktiga upphandling. Med tanke på risken att även inköpscentralen begår något fel framstår detta som en klen tröst som sannolikt inte heller kommer att utnyttjas.

Vi kan tänka oss att det ankommer på den upphandlande myndigheten att förvissa sig om att inköpscentralen formellt uppfyller kravet på att vara en inköpscentral i lagens mening och att t.ex. avrop på det ramavtal som inköpscentralen har tecknat följer villkoren i ramavtalet. Några längre gående krav anser vi inte kan ställas på den upphandlande myndighet som väljer att utnyttja möjligheten att anskaffa varor och tjänster genom en inköpscentral. I annat fall framstår hela idén med en inköpscentral som förfelad.

## Ramavtal

Ett område som kommer att skapa stora problem ute bland de upphandlande myndigheterna är utredningens tolkning av bestämmelserna om ramavtal. Vi är medvetna om att medlemsländerna är skyldiga att följa innehållet i EG-direktiven och att man inte kan ta bort bestämmelser som är mindre önskvärda. Däremot anser vi att det är av yttersta vikt att man inte gör reglerna mer komplicerade än nödvändigt, dvs. att reglerna inte övertolkas i samband med genomförandet av direktivet i Sverige.

Utredningen säger nu vad gäller anskaffningar genom ramavtal som sker först efter en andra konkurrensutsättning, att beslut i samband med denna andra konkurrensutsättning, inklusive varje

enskilt tilldelningsbeslut, måste kunna överprövas. Ramavtal som skall vara föremål för en andra konkurrensutsättning är sådana där inte alla villkor, t.ex. priset, är fastställda från början. Det är inte alltid det går att fastställa priset för vissa produkter från början i ramavtalet, så varierar t.ex. priserna på grönsaker med säsongerna. Vissa menar också att om det saknas en fastställd avropsordning mellan leverantörerna i ramavtal med flera leverantörer, skall dessa konkurrensutsättas inför varje avrop. Inom t.ex. sjukvården är det ofta alldeles nödvändigt att ha ramavtal med flera leverantörer eftersom det är enskildas behov av t.ex. handikaphjälpmedel som skall tillgodoses. Eftersom man tar stor hänsyn till de enskildas önskemål och behov, går det inte att i förväg exakt bestämma från vilken leverantör avrop skall ske.

Gemensamt för majoriteten av dessa avtal är att avropen är både decentraliserade och mycket frekventa. Det är helt enkelt inte realistiskt att tänka sig att en distriktssköterska skall anordna en andra konkurrensutsättning inför varje ordination av inkontinenshjälpmedel. Lika otänkbart är det att hon skall fatta ett tilldelningsbeslut som sedan skall kunna överprövas. Vi anser att utredningen har övertolkat direktivet. Enligt vår uppfattning är det möjligt att med en annan tolkning av direktivet undvika verksamhetsproblem i stat, kommun och landsting.

### **Vissa bestämmelser om överprövning**

Enligt direktiven skall utredaren göra en översyn av bestämmelserna som rör överprövningsinstitutet i 7 kap. LOU. Syftet med översynen skall ytterst vara att skapa ett effektivare upphandlingsförfarande, bl.a. skall möjligheterna att införa en preklusionsfrist analyseras.

Enligt utredningen väger vid en sammantagen bedömning nackdelarna med en preklusionsfrist tyngre än de fördelar som en sådan frist kan anses ha. Utredningen avstår därför från att föreslå att en preklusionsfrist skall införas.

Vi är medvetna om att det kan finnas nackdelar med att införa en preklusionsfrist. Man kan t.ex. få flera prövningar av en upphandling under upphandlingens gång och vi är inte övertygade om att det innebär färre överprövningar, som i sig är ett problem. Vi menar dock att fördelarna överväger. Medlemsländerna är skyldiga att vidtaga nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphand-



lande myndighets beslut prövas effektivt. I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt (Artikel 1.1 i Rådets direktiv 89/665/EEG).

Sedan regeln om tilldelningsbeslut i 1 kap. 28 § LOU infördes har det visat sig att klagandena så gott som alltid väntar med att ansöka om överprövning tills tilldelningsbeslut har lämnats. Ofta grundar sig ansökningarna på påstådda fel och brister i förfrågningsunderlaget som leverantörerna således har möjlighet att angripa innan tilldelningsbeslut meddelas. Den leverantör som vill angripa förfrågningsunderlaget borde därför göra detta innan tilldelningsbeslut meddelas. Om detta görs först efter tilldelningsbeslutet har meddelats skall domstolen inte pröva den saken. En preklusionsfrist innebär också en press på leverantörerna att agera snabbt, vilket gör det möjligt för de upphandlande enheterna att rätta till eventuella fel och brister eller att avbryta upphandlingen.

Vi stödjer således utredningens alternativa förslag som innebär att en preklusionsfrist skall införas. Vi anser dock att en tiodagarsfrist från utgången av anbudstiden är tillräcklig i dessa fall i stället för den tvåveckorsfrist som föreslås. En tvåveckorsfrist innebär att den upphandlande enheten måste vänta i upp till två veckor från utgången av anbudstiden med att meddela tilldelningsbeslut för att domstolen skall vara förhindrad att pröva klagomål som t.ex. grundar sig på förfrågningsunderlaget.

Slutligen vill vi framhålla att vi delar utredningens ståndpunkt när det gäller frågan vad en överprövning skall utmynna i. Det gäller såväl vid ett avbrytande av en upphandling som vid fel i en upphandling. Det har visat sig att domstolarna allt oftare beslutar att en upphandling skall rättas med motiveringen att det är den minst ingripande åtgärden. Det kan t.ex. innebära att anbudet från den vinnande leverantören skall förkastas på grund av vissa formella fel och att det bara finns en leverantör kvar att anta om den upphandlande enheten skall rätta sig efter domstolens dom, dvs. det är domstolen som bestämmer vem som skall tilldelas uppdraget.

Det kan inte vara avsikten att domstolen skall utse vinnande leverantör. Om den upphandlande enheten i stället beslutar sig för att avbryta och göra om upphandlingen för att kvarvarande leverantör t.ex. har lämnat ett för högt anbudspris (ingen ovanlig situation) bryter den upphandlande enheten mot domstolens dom. Många gånger ges inte heller tid att överklaga en dom som den upphandlande enheten anser vara felaktig.

Vi delar således utredningens ståndpunkt att domstolen endast skall undanröja beslut som strider mot upphandlingslagstiftningen och att det skall överlämnas till den upphandlande enheten att avgöra vilka åtgärder som skall vidtas med anledning av domstolens dom. Det är vidare angeläget att det införs en uttrycklig tidsfrist för ansökan om överprövning efter att en upphandling har avbrutits. Tidsfristen bör vara densamma som gäller i övriga fall vid överprövning (tiodagarsfristen). Även en ändring av ordningen för överprövning med färre mer specialiserade domstolar som utredningen pekar på är en mycket angelägen sak.

# Kommittédirektiv



**Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster**

---

**Dir.  
2004:47**

Beslut vid regeringssammanträde den 7 april 2004

## Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare får i uppdrag att lämna förslag till hur två direktiv skall genomföras i svensk rätt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3696/03 (MAP 23 CODEC 1760) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3695/03 (MAP 22 CODEC 1759) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, båda antagna av parlamentet den 29 januari 2004 och av rådet den 2 februari 2004. Utredaren skall lämna förslag till de författningsändringar som är nödvändiga och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till.

Utredaren är i övrigt fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan föranleda.

## Nu gällande EG-direktiv

### *Förfarandedirektiv och rättsmedelsdirektiv*

I EG-rätten regleras offentlig upphandling samt upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation (försörjningssektorerna) av fyra förfarandedirektiv: 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggtreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster och 93/38/EEG om upphandling inom områdena vatten, energi,

transporter och telekommunikation. De tre förstnämnda har varit föremål för ändring genom direktiv 97/52/EG och det senare genom direktiv 98/04/EG.

Utöver detta finns två direktiv om rättsmedel vid överträdelser av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG (rättsmedelsdirektiven).

### Direktivens tillämpningsområde

Upphandlande myndigheter som omfattas av varu-, tjänste- och bygg- och anläggningsdirektiven (den klassiska sektorn) är i huvudsak staten samt regionala och kommunala myndigheter. Till denna grupp räknas även vissa bolag och andra organ som inrättats i syfte att tillgodose ett behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Upphandlande myndigheter som bedriver verksamhet inom någon av försörjningssektorerna omfattas av direktivet för försörjningssektorerna. Detta direktiv omfattar också vissa privata företag som bedriver verksamhet med särskild eller exklusiv rätt inom någon av sektorerna.

### Förfarandet i huvuddrag

EG-direktiven innehåller i huvudsak följande bestämmelser. Förfarandet skall vara öppet för alla potentiella anbudsgivare inom den gemensamma marknaden, vilket säkerställs genom bestämmelser att samtliga upphandlingar som överstiger vissa i direktivet angivna tröskelvärden skall annonseras i Europeiska unionens officiella tidning. Det skall anges i annonsen vilket förfarande som den upphandlande myndigheten eller enheten väljer.

Det kan vara ett öppet förfarande, där samtliga leverantörer skall tillåtas delta, ett selektivt förfarande, där enbart inbjudna kvalificerade leverantörer får lämna anbud eller ett förhandlat förfarande, där den upphandlande myndigheten eller enheten förhandlar om kontraktet med en eller flera inbjudna kvalificerade leverantörer. De tekniska kraven skall följa i första hand europeiska standarder. Öppenhet skall beaktas vid val av anbudssökande och anbudsgivare

genom att förfarandet grundas på objektiva kriterier som tillkännagivits i förväg.

Förfarandet i direktivet för försörjningssektorerna är något mer flexibelt än det för den klassiska sektorn, framför allt därigenom att de upphandlande enheterna har rätt att använda sig av förhandlat förfarande som huvudregel.

Vid köp av tjänster har direktivet ett begränsat tillämpningsområde såtillvida att detta gäller fullt ut endast för tjänster som enligt en bilaga till direktivet lämpliga för internationell konkurrens, s.k. A-tjänster. För övriga tjänster, s.k. B-tjänster, är direktivet i huvudsak inte tillämpligt.

Av EG-domstolens praxis framgår att flertalet av bestämmelserna i förfarandedirektiven har direkt effekt, dvs. de kan av enskilda åberopas inför nationell domstol oavsett om de genomförts i nationell lag eller inte (se särskilt mål C-76/97 Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998 sid 5357).

### Rättsmedlen

Rättsmedelsdirektiven säkerställer att varje potentiell leverantör som anser sig ha lidit skada på grund av ett beslut av den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten i strid med bestämmelserna om upphandling kan begära överprövning av beslutet eller skadestånd.

### Lagen om offentlig upphandling

I Sverige regleras offentlig upphandling samt upphandling inom försörjningssektorerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). LOU, som trädde i kraft den 1 januari 1994, tillämpas när det allmänna samt enheter inom försörjningssektorerna köper varor, tjänster och byggentreprenader. Lagen innehåller också bestämmelser som inte styrs av EG-direktiven, t.ex. kapitel 6, som reglerar köp vars värde understiger de tröskelvärden som framgår av direktiven, köp av B-tjänster och upphandling av försvarsprodukter m.m.

Härutöver gäller följande tre förordningar som antagits med stöd av verkställighetsföreskriften i 7 kap. 15 § LOU i syfte att

införliva EG-direktiven om offentlig upphandling: förordningen (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling, förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling och förordningen (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling. Vidare anges lagens tröskelvärden i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

LOU har sedan den antogs ändrats vid tio tillfällen. Vissa av dessa ändringar har genomförts efter påpekande från kommissionen om bristande överensstämmelse mellan lagen och EG-direktiven.

### Tidigare utredningsarbete

Den 25 juni 1998 tillkallades en särskild utredare med uppgift att se över organisationen av Nämnden för offentlig upphandling. Genom beslut den 12 maj 1999 övergick utredningen till en parlamentarisk kommitté (dir. 1999:34). Kommittén, som antog namnet Upphandlingskommittén, lämnade i sitt delbetänkande Effektivare offentlig upphandling – För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139), vissa förslag till ändringar beträffande framför allt rättsmedlen och tillsynsfunktionen. En del av de förslag som lämnades i delbetänkandet har resulterat i ändringar i LOU, bl.a. krav på annonsering i elektronisk databas vid anbudsinfordran och ansökningsinbjudan samt regler om urvalsupphandling.

I slutbetänkandet Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) lämnade kommittén förslag bl.a. beträffande köp mellan en kommun och ett kommunalt företag, krav på att verksamhet inte bedrivs i vinstsyfte, kundvals-system och s.k. avknoppning. Vidare utredde kommittén innebörden av huvudregeln om affärsmässighet och gjorde bedömningen att LOU trots huvudregeln medger att upphandlande enheter tar vissa samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling och att regeln inte bör ändras.

Regeringen har delat kommitténs bedömning att huvudregeln om affärsmässighet skall kvarstå i oförändrat skick (prop. 2001/02:142 sid. 40). Övriga frågor bereds vidare inom Regeringskansliet.

Under 1990-talet har frågan aktualiserats om en svensk anslutning till ILO:s konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. ILO-kommittén uppdrog åt en särskild utredare att granska Sveriges möjligheter att ratificera

konventionen mot bakgrund av gällande EG-rättslig reglering beträffande offentlig upphandling. Utredaren redovisade sitt uppdrag i maj 1996 och hänvisade därvid bland annat till pågående diskussioner inom EU.

### Nya EG-direktiv om offentlig upphandling

I juli 2000 överlämnade Europeiska kommissionen ett förslag till nya direktiv inom området offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Förslaget innefattar ett direktiv för den klassiska sektorn som sammanfört de nu tre gällande varu-, tjänste- och byggdirektiven till ett gemensamt direktiv samt ett nytt direktiv för försörjningssektorerna. De två direktiven har behandlats gemensamt i rådet och Europaparlamentet och benämns lagstiftningspaketet. Lagstiftningspaketet omfattar dock inte rättsmedelsdirektiven.

Förutom sammanläggningen av de tre direktiven för den klassiska sektorn har redaktionella ändringar skett i syfte att göra dem mer lättlästa. De har omstrukturerats på ett sätt som mer kronologiskt följer upphandlingsprocessen och varje artikel har försetts med en egen rubrik.

De föreslagna direktiven innehåller även flera ändringar och tillägg jämfört med de nu gällande direktiven. Ett helt nytt förfarande föreslås inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog. Förfarandet får användas i de fall det inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Förfarandet innefattar i huvudsak annonsering med angivande av myndighetens behov, kvalificering av sökandena och efter avslutad dialog, infordrande av anbud och utvärdering.

Vidare innehåller de nya direktiven regler som ger myndigheterna rätt att använda sig av elektroniska auktioner i vissa fall samt s.k. dynamiska inköpssystem.

Nu nämnda regler om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem är inte obligatoriska att genomföra i nationell lagstiftning. Medlemsstaterna kan således välja att avstå från att införa dem.

Direktivet för försörjningssektorerna ges ett ändrat tillämpningsområde genom att det inte längre gäller för telekommunikationssektorn. Däremot förs posttjänster in som en ny sektor.

Medlemsstaterna skall ha genomfört direktiven senast 21 månader efter det att de trätt i kraft (dvs. när de annonserats i Europeiska unionens officiella tidning).

Den svenska ståndpunkten i arbetet i rådet med de nya direktiven har framför allt varit inriktad på att tydliggöra hur och i vilken utsträckning miljöhänsyn och sociala hänsyn kan integreras i offentlig upphandling.

### Uppdraget

En särskild utredare tillkallas för att föreslå hur två EG-direktiv skall genomföras i svensk rätt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3696/03 (MAP 23 CODEC 1760) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv PE-CONS 3695/03 (MAP 22 CODEC 1759) om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, båda antagna av parlamentet den 29 januari 2004 och av rådet den 2 februari 2004.

Utredaren skall lämna de författningsförslag som är nödvändiga och särskilt överväga den lagtekniska utformning de nya direktivens utformning föranleder. Vidare skall utredaren ta ställning till om sådana bestämmelser, som enligt direktiven inte är obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra, skall införas i lagen och i så fall lämna förslag om detta.

Utredarens överväganden och förslag skall präglas av direktivens grundläggande ekonomiska syfte. Dock skall utredaren särskilt beakta den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de av honom föreslagna ändringarna.

Utredaren skall vidare föreslå ändringar i nuvarande 6 kap. LOU beträffande sådana bestämmelser som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena (t.ex. bestämmelsen om prövning av anbud i 6 kap. 12 § LOU) och där denna direktivregel ändrats. Därvid skall utredaren beakta EG-domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam 2, REG 1997 sid. 4161. I domen anges att "när en nationell lagstiftning för lösningen av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som har valts i gemenskapsrätten – för att bland annat undvika att inhemska



medborgare diskrimineras, eller att det uppstår eventuella snedvridningar av konkurrensen, såsom i det aktuella fallet – föreligger det ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att bestämmelser och begrepp som hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt" (punkt 32).

Huvudregeln om affärsmässighet i nuvarande 1 kap. 4 § LOU har utretts av Upphandlingskommittén, men något förslag om ändring av bestämmelsen har inte lämnats. De nya direktiven innehåller en bestämmelse som uttryckligen anger att likabehandlings-, icke-diskriminerings- och öppenhetsprinciperna skall beaktas. Utredaren skall överväga om huvudregeln om affärsmässighet bör ändras eller ersättas av den nya bestämmelsen, dock med den utgångspunkten att det skall vara möjligt att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid tilldelning av kontrakt i enlighet med vad som anges i de nya direktiven.

Utredaren är fri att lämna de förslag i övrigt som utredningsarbetet kan föranleda. Frågan om de nya direktivens förenlighet med ILO:s konvention nr 94 skall dock inte beröras i detta skede. Till den frågan avser regeringen att återkomma genom tilläggsdirektiv.

Utredaren skall hålla sig underrättad om hur direktiven genomförs i andra medlemsstater, framför allt i de nordiska länderna.

Utredaren skall samråda med berörda myndigheter, företrädare för näringslivet samt, vad gäller redovisning av förslagets konsekvenser för företagen, Näringslivets regelnämnd (NNR). Utredaren skall särskilt beakta de administrativa konsekvenserna för näringslivet och skall utforma förslag så att företagsadministrativa kostnader hålls så låga som möjligt.

Uppdraget skall redovisas senast den 1 februari 2005. Övervägandena och eventuella förslag i fråga om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem får dock redovisas senast den 1 juni 2005.

(Finansdepartementet)

*Bilaga*

- Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.
- Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.
- Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.
- Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.
- Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten.
- Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EEG av den 16 februari 1998 om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.
- Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.
- Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

# Kommittédirektiv



**Tilläggsdirektiv till Upphandlings-  
utredningen 2004 (2004:04)**

**Dir.  
2005:39**

Beslut vid regeringssammanträde den 7 april 2005

## Sammanfattning av uppdraget

Efter regeringens bemyndigande den 7 april 2004 har en särskild utredare tillkallats med uppdrag att lämna förslag till hur två EG-direktiv skall genomföras i svensk rätt (dir. 2004:47), nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Utredningen har antagit namnet Upphandlingsutredningen 2004 (Fi 2004:04). Utredningen har den 15 mars 2005 avgivit ett delbetänkande (SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler). Ett slutbetänkande med överväganden och eventuella förslag i fråga om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem skall redovisas senast den 1 juni 2005.

Den särskilde utredaren skall utöver vad som omfattas av direktiv 2004:47

- göra en översyn av vissa bestämmelser om överprövning i 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU),
- göra en allmän översyn av 6 kap. LOU och i det sammanhanget analysera om ett fastställt värde för direktupphandling bör införas och vid vilket värde direktupphandling i så fall skall medges,
- göra en fördjupad analys av möjligheten att ställa miljökrav eller sociala krav vid upphandlingen, och

- utreda om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya EG-direktiven.

Utredaren skall lämna de författningsförslag som är lämpliga. Utredningstiden förlängs. Utredningen skall redovisa sitt uppdrag senast den 13 januari 2006.

### Bakgrund

Regeringen gav i bemyndigande den 7 april 2004 chefen för Finansdepartementet i uppdrag att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att lämna förslag till hur två EG-direktiv om offentlig upphandling skall genomföras i svensk rätt (dir. 2004:47). Det är Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (2004/18/EG) och Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2004/17/EG). I ett delbetänkande skulle utredningen lämna förslag till de författningsändringar som är nödvändiga med anledning av de obligatoriska delarna av EG-direktiven. Delbetänkandet har redovisats den 15 mars 2005 (SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler). Övervägandena och eventuella förslag i fråga om de frivilliga delarna av direktiven, som omfattar konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem, skall enligt dir. 2004:47 redovisas i ett slutbetänkande senast den 1 juni 2005.

Utredaren skall enligt dir. 2004:47 även föreslå ändringar i nuvarande 6 kap. LOU såvitt avser sådana bestämmelser som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena och där denna direktivregel ändrats. Därutöver är utredaren fri att lämna de förslag i övrigt som utredningsarbetet kan föranleda.

### Behov av översyn av lagen om offentlig upphandling

Utöver förfarandedirektiven finns två EG-direktiv om rättsmedel vid överträdelse av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, direktiven 89/665/EG

respektive 92/13/EEG (rättsmedelsdirektiven).<sup>1</sup> Dessa är för närvarande föremål för översyn inom Europeiska kommissionen och ett förslag kommer enligt kommissionen att överlämnas till rådet i mitten av år 2005.

De svenska bestämmelserna om rättsmedel vid offentlig upphandling återfinns i 7 kap. LOU. I avvaktan på den översyn av EG:s rättsmedelsdirektiv som inletts bör 7 kap. LOU inte bli föremål för någon allmän översyn av Upphandlingsutredningen. Det finns emellertid vissa bestämmelser i 7 kap. där en översyn framstår som angelägen och som regeringen bedömer kan göras även i avvaktan på de nya rättsmedelsdirektiven. Det gäller särskilt överprövningsinstitutet, där nya bestämmelser infördes den 1 juli 2002. Dessa bestämmelser innebär att leverantören har en frist om tio dagar att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet räknat från att upplysningar om beslutet lämnats, eller från det en allmän förvaltningsdomstol upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut. Bestämmelserna, som har sin grund i det s.k. Alcatel-målet<sup>2</sup>, har medfört att antalet överprövningar av upphandlingar ökat markant. Detta leder till att upphandlingar försenas, vilket framför allt leder till ökade kostnader för upphandlingsförfarandet. En försening kan även leda till indirekta kostnader för att exempelvis tillfälligt lösa ett anskaffningsbehov. Nämnden för offentlig upphandling, Statskontoret och Ekonomistyrningsverket har var för sig i skrivelser framhållit att regeringen bör överväga en översyn av vissa bestämmelser om överprövning av tilldelningsbeslut enligt 7 kap. 1 § LOU.

Det är givetvis viktigt att upphandlingsprocessen är effektiv. En översyn av bestämmelserna skall därför inriktas på att finna möjligheter att förkorta tiden från det att ett upphandlingsförfarande inleds till dess upphandlingen är avslutad. Ett sätt att effektivisera upphandlingsförfarandet kan vara att införa en preklusionsfrist, inom vilken tid talan får väckas. En sådan frist kan bidra till en mindre utdragen domstolsprocess när vissa frågor kan prövas i ett tidigt skede. En effektivisering av processen får emellertid inte leda till att möjligheten att få en fullgod prövning av upphandlingsförfarandet försämras.

Det har även framkommit att den s.k. tiodagarsfristen har lett till problem vid tillämpningen (se t.ex. JO:s beslut 2003-09-03, dnr 266-2003). Bestämmelsen om tiodagarsfristen har även

<sup>1</sup> EG-direktivens fullständiga namn återges i en bilaga till dir. 2004:47.

<sup>2</sup> Mål C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., REG 1999 s. I-7671.

kopplingar till bestämmelsen i LOU om inhibition. Regeringsrätten har i en dom meddelad den 4 februari 2005 (mål nr 5735-04) tagit ställning i vissa frågor som rör tiodagarsregeln och även slagit fast vad en interimistisk prövning bör innefatta. Det finns dock anledning att analysera om det, efter den prövning som Regeringsrätten gjort, finns behov av ändringar i reglerna om överprövning och inhibition.

När det gäller upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster, som regleras i 6 kap. LOU, har krav framställts på ett enklare och mer lättbegripligt regelverk för såväl upphandlande enheter som leverantörer. Exempelvis vid upphandling av vårdtjänster har det framkommit problem för landstingen när det gäller hur vårdbehov skall tillgodoses med tillämpning av LOU, särskilt när förfarandet drabbas av utdragna överprövningsprocesser. Dessutom finns för landstingen och de enskilda patienterna ett särskilt intresse av kontinuitet i den verksamhet som utförs på entreprenad, bl.a. för att kunna etablera och vidmakthålla en god och långsiktig relation till vårdgivaren. Från landstingen har framförts att behovet av kontinuitet kan vara svårt att tillgodose med den utformning som LOU har i dag. En allmän översyn i förenklande syfte av bestämmelserna i 6 kap. behövs således. Översynen skall även omfatta en anpassning till bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena om detta i enlighet med tidigare direktiv inte genomförts.

## Uppdraget

### Översyn av 7 kap. LOU

Utredaren skall göra en översyn av vissa bestämmelser som rör överprövningsinstitutet i 7 kap. LOU. Syftet med översynen skall ytterst vara att skapa ett effektivare upphandlingsförfarande. Utredaren skall därvid analysera möjligheterna att införa en preklusionsfrist under upphandlingsförfarandet.

EG-domstolen har uttalat<sup>3</sup> att artiklarna 1.3 och 2.1 b i direktiv 89/665 inte utgör hinder mot en nationell lagstiftning som innebär att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist. Inte heller hindrar direktivet

---

<sup>3</sup> Mål C-470/99 *Universale Bau and others*, REG 2002 s. 11617, mål C-327/00, *Santex*, REG 2003 s. 1-1877, mål C-230/02 *Grossmann Air service*, REG 2004, s. 00000.

att alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist för att inte preklusion skall inträda. Till följd av detta skall det därmed inte längre vara möjligt att ifrågasätta ett sådant beslut eller att åberopa en sådan oegentlighet när fristen löpt ut. En förutsättning för att införa en sådan preklusionsfrist är att den ifrågavarande fristen är skälig, dvs. rättssäkerheten skall tillgodoses genom att tidsfristen för åberopande är skälig.

Utredaren skall även analysera möjligheten att på annat sätt effektivisera överprövningsinstitutet.

## Översyn av 6 kap. LOU

Bestämmelserna som reglerar upphandling under tröskelvärdena, s.k. B-tjänster och försvarsupphandlingar m.m. återfinns huvudsakligen i 6 kap. LOU. Det handlar således om upphandlingar med både små och stora värden. I Sverige utgör upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster den sammanlagt största delen av samtliga upphandlingar. Det är därför värdefullt för såväl upphandlande enheter som leverantörer att regelverket är enkelt och lättbegripligt.

Enligt dir. 2004:47 ingår i utredarens uppdrag att föreslå ändringar i nuvarande 6 kap. LOU beträffande sådana bestämmelser som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena (t.ex. bestämmelsen om prövning av anbud i 6 kap. 12 § LOU) och där denna direktivregel ändrats.

Utredaren skall i det fortsatta arbetet göra en allmän översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU i syfte att förenkla reglerna och, i den utsträckning detta inte ingår i delbetänkandet, göra en anpassning till bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.

### *En fastställd gräns för direktupphandling*

Enligt 6 kap. 2 § LOU får direktupphandling användas bl.a. om upphandlingens värde är lågt. Upphandlingskommittén ansåg i betänkandet *Effektivare offentlig upphandling; För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt* (SOU 1999:139) att en värdegräns borde införas som anger vad som skall avses med lågt värde och att sju prisbasbelopp var ett lämpligt gränsvärde. Regeringen ansåg (prop.

2001/02:142) att det är värdefullt med ett förtydligande i lagtexten som anger exakt upp till vilket värde direktupphandling medges. Regeringen ansåg att en rimlig gräns för direktupphandling skulle vara fem prisbasbelopp. Riksdagen avsåg emellertid regeringens förslag om en fastställd gräns för direktupphandling och ansåg att effekterna av en sådan gräns behövde analyseras ytterligare. Enligt riksdagen borde därför nuvarande bestämmelser om lågt värde behållas tills vidare (bet. 2001/02:FiU12, rskr. 2001/02:324). Regeringen gav i beslut den 9 september 2002 Statskontoret i uppdrag att göra en bedömning av vilka konsekvenser ett förslag om en fastställd gräns för direktupphandling kunde få för små företags villkor. Statskontoret har avgett rapporten En fastställd gräns för direktupphandling – konsekvenser för små företag (Rapport 2002:25).

Utredaren skall analysera om en fastställd gräns för direktupphandling bör införas och, om så bedöms lämpligt, lämna förslag till sådan gräns. Det kan röra sig om en eller flera beloppsgränser beroende av vad det är som skall upphandlas. I bedömningen bör ingå en analys av möjligheten för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling. Vid den bedömning som skall göras skall slutsatserna i Statskontorets rapport (Rapport 2002:25) vägas in. I det sammanhanget bör en fördjupad utvärdering av Statskontorets redovisning av för- och nackdelar med direktupphandling jämfört med anbudsupphandling göras för att på ett bättre sätt belysa effekterna för småföretagen. Vid bedömningen skall hänsyn även tas till den praxis som utvecklats när det gäller att fastställa gränsen för direktupphandling.

### **Miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling**

Enligt dir. 2004:47 ingår i utredarens uppdrag att särskilt beakta den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de av honom föreslagna ändringarna. Utöver de analyser som legat till grund för förslagen i delbetänkandet skall utredaren göra en fördjupad analys av möjligheten att införa bestämmelser som innebär att den upphandlande enheten bör ställa miljökrav eller sociala krav. I några länder finns redan liknande krav angående miljöhänsyn. Vidare pågår i flera länder arbete med att i lag eller



annan författning införa bestämmelser för att långtgående miljöhänsyn skall tas i samband med upphandlingar. En jämförelse i dessa hänseenden med övriga länder skall därför också göras.

### **ILO-konventionen**

I dir. 2004:47 berörs ILO:s konventionen nr 94. Konventionen rör arbetsklausuler i kontrakt där en offentlig myndighet är part. Konventionens bestämmelser reglerar två olika förhållanden med internationell anknytning, dels krav på villkor i enlighet med kollektivavtal i förhållande till offentlig upphandling, dels krav på skäliga arbetsvillkor.

I propositionen med anhållan om riksdagens yttrande angående vissa av de beslut som fattats vid ILO:s allmänna konferens år 1949 (prop. 1950:188) behandlades frågan om Sverige skall ratificera konventionen. I propositionen anfördes att konventionen saknade intresse för Sveriges del, eftersom konventionens villkor och bestämmelser regleras genom kollektivavtal i Sverige. Därtill kom att konventionen innehöll vissa formella föreskrifter som tedde sig främmande för svenska förhållanden. Regeringen avstyrkte därför en ratifikation. Riksdagen biföll propositionens förslag.

Under 1990-talet aktualiserades frågan om en svensk anslutning till ILO:s konvention på nytt. ILO-kommittén uppdrog åt en särskild utredare att granska Sveriges möjligheter att ratificera konventionen mot bakgrund av gällande EG-rättslig reglering beträffande offentlig upphandling. Utredaren redovisade sitt uppdrag i maj 1996 och hänvisade därvid bland annat till pågående diskussioner inom EU. Något förslag lämnades således inte.

Utredaren skall nu utreda om ILO:s konvention nr 94 är förenlig med de nya EG-direktiven.

### **Redovisning av uppdraget m.m.**

Utredaren skall lämna de författningsförslag som är lämpliga. Utredaren är fri att lämna de förslag i övrigt som utredningsarbetet kan föranleda.

Vad som sägs om samråd i dir. 2004:47 gäller även vid det fortsatta arbetet.

Om förslagen påverkar kostnaderna eller intäkterna för staten, kommuner, landsting, företag eller andra enskilda, skall en beräkning av dessa konsekvenser redovisas i betänkandet. Om förslagen innebär samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt, skall dessa redovisas. När det gäller kostnadsökningar och intäktsminskningar för staten, kommuner eller landsting, skall en finansiering föreslås.

Utredaren skall också, i förekommande fall, redovisa konsekvenser av förslagen i enlighet med 15 § kommittéförordningen (1998:1474).

Till följd av det utvidgade uppdrag som nu lämnas förlängs utredningstiden. Uppdraget skall redovisas senast den 13 januari 2006.

(Finansdepartementet)

## Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part<sup>1</sup>

Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens, vilken av styrelsen för Internationella arbetsbyrån sammankallats till Genève och där samlats den 8 juni 1949 till sitt trettioandra sammanträde, och beslutat antaga vissa förslag angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part, vilken fråga utgör den sjätte punkten på sammanträdet dagordning, samt beslutat, att dessa förslag skola taga form av en internationell konvention, antager denna den tjugonionde dagen i juni månad år nittonhundrafyrtionio följande konvention, vilken skall benämnas » konvention angående arbetsklausuler (offentliga kontrakt), 1949» [Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949].

### *Artikel 1.*

1. Denna konvention äger tillämpning å kontrakt, som uppfylla följande villkor, nämligen
- a) att åtminstone en av parterna är offentlig myndighet;
  - b) att fullgörandet av kontraktet innebär
    - i) ianspråktagande av allmänna medel från offentlig myndighets sida; och
    - ii) anlitande av arbetskraft från medkontrahentens sida;
  - c) att kontraktet avser
    - i) uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning;
    - ii) framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd och utrustning; eller

---

<sup>1</sup>Se prop. 1950:188, s. 41 ff.

- iii) utförande eller tillhandahållande av tjänster; samt
  - d) att kontraktet ingåtts av central myndighet i en till Internationella arbetsorganisationen ansluten medlemsstat, för vilken denna konvention är gällande.
2. Vederbörande myndighet skall föreskriva i vilken utsträckning och under vilka betingelser konventionen skall tillämpas å kontrakt, som ingåtts av annan myndighet än central sådan.
3. Denna konvention äger tillämpning å arbete, som utföres av underentreprenör eller den, å vilken kontrakt överlåtit; vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder för att trygga sådan tillämpning.
4. Kontrakt, som icke innebär ianspråktagande av allmänna medel utöver ett av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, fastställt belopp, må kunna undantagas från tillämpningen av denna konvention.
5. Vederbörande myndighet må, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, från tillämpningen av denna konvention undantaga person i ledande ställning eller med tekniska eller vetenskapliga uppgifter, vars anställningsförhållanden icke regleras av nationell lagstiftning, kollektivavtal eller skiljedom och som i regel icke utför manuellt arbete.

#### *Artikel 2.*

1. Kontrakt, å vilka denna konvention äger tillämpning, skola innefatta klausuler, vilka tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke äro mindre gynnsamma än de som gälla för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område, där arbetet utföres,
- a) enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem mellan de arbetsgivar- och arbetarorganisationer, som äro representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna respektive arbetarna inom vederbörande yrke eller näringsgren; eller
  - b) enligt skiljedom; eller
  - c) enligt den nationella lagstiftningen.
2. Därest i föregående moment nämnda arbetsvillkor icke regleras på sätt där angives i det område, där arbetet utföres, skola de klausuler, som intagas i kontraktet tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke äro mindre gynnsamma än

- a) de som gälla enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem, skiljedom eller nationell lagstiftning för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i närmaste, jämförbara område, eller
- b) den allmänna standard, som tillämpas av arbetsgivare tillhörande samma yrke eller näringsgren som medkontra- henten, och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden.

3. De klausuler, som skola intagas i kontraktet ävensom varje ändring i desamma, skola formuleras av vederbörande myndighet på sätt som må befinnas bäst förenligt med de nationella förhållandena, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas.

4. Vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder, såsom publicering av specificerade entreprenadhandlingar eller annorledes, för att anbudsgivare skall få kännedom om klausulernas innebörd.

#### *Artikel 3.*

Därest vederbörliga föreskrifter om arbetarskydd och välfärds- åtgärder beträffande arbetare, sysselsatta med fullgörandet av kontraktet, icke redan äga tillämpning i enlighet med den nationella lagstiftningen, kollektivavtal eller skiljedom, skall vederbörande myndighet vidtaga lämpliga åtgärder för att tillförsäkra berörda arbetare rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden.

#### *Artikel 4.*

Lagar, förordningar och andra föreskrifter, som förläna kraft och verkan åt bestämmelserna i denna konvention,

- a) skola
  - i) delgivas alla berörda personer;
  - ii) närmare angiva de personer, som äro ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad; och
  - iii) föreskriva att anslag skola uppsättas på framträdande plats inom berörda anläggningar och arbetsställen i syfte att upplysa arbetarna om för dem gällande arbetsvillkor; samt
- b) skola, såfram icke andra åtgärder vidtagits för att garantera ett effektivt genomförande av berörda bestämmelser, föreskriva

- i) att av vederbörande arbetare utförd arbetstid och till dem utbetalade avlöningar skola registreras på lämpligt sätt; och
- ii) att ett lämpligt inspektionssystem skall upprätthållas för att trygga bestämmelsernas effektiva efterlevnad.

*Artikel 5.*

1. Lämpliga påföljder, exempelvis vederbörandes avstängning från kontrakt med offentlig myndighet, skola stadgas för underlåtenhet att iakttaga eller tillämpa i offentliga kontrakt intagna arbetsklausuler.

2. Lämpliga åtgärder skola vidtagas, genom innehållande av kontraktssenlig likvid eller annorledes, i syfte att sätta vederbörande arbetare i stånd att utfå den lön, som tillkommer honom.

*Artikel 6.*

De årliga redogörelser, som enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga skola avgivas, skola lämna detaljerade upplysningar om de åtgärder, som vidtagits för att genomföra bestämmelserna i denna konvention.

*Artikel 7.*

1. Då medlems territorium omfattar stora områden, varest, på grund av gles befolkning eller områdets utvecklingsstadium, vederbörande myndighet anser det ogörligt att genomföra bestämmelserna i denna konvention, må myndigheten i fråga, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, utesluta dessa områden från tillämpning av konventionen, antingen helt eller beträffande de särskilda företag eller sysselsättningar, som den prövar erforderligt.

2. Medlem skall vid avgivandet av sin första årsredogörelse angående tillämpningen av denna konvention enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga angiva de områden, i fråga om vilka medlemmen avser att tillämpa bestämmelserna i förevarande artikel ävensom skälen härför; ingen medlem må därefter med åberopande av bestämmelserna i denna artikel medgiva undantag i fråga om andra områden än de sålunda angivna.

3. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i denna artikel, skall med regelbundna mellanrum, som icke må överstiga tre år, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, ompröva möjligheterna för en utsträckning av denna

konventions tillämpning till att avse sådana områden som undantagits enligt mom. 1.

4. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i förevarande artikel, skall i sina följande årliga rapporter lämna uppgift beträffande de områden, i fråga om vilka den avstår från rätten att tillämpa undantagsbestämmelserna, ävensom angående framsteg, som må ha gjorts med avseende å en efter hand utsträckt tillämpning av konventionen inom sådana områden.

#### *Artikel 8.*

Tillämpningen av bestämmelserna i denna konvention må temporärt upphävas av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, vid fall av *force majeure* eller i händelse av ett nödtillstånd, som sätter nationens välfärd eller trygghet i fara.

#### *Artikel 9.*

1. Denna konvention äger icke tillämpning på kontrakt, som avslutats innan konventionen trätt i kraft för vederbörande medlemsstat.

2. Uppsägning av denna konvention skall icke inverka på tillämpningen av dess bestämmelser å kontrakt, som avslutats under den tid, då konventionen var i kraft.

#### *Artikel 10.*

De officiella ratifikationerna av denna konvention skola delgivas Internationella arbetsbyråns generaldirektör och registreras av honom.

#### *Artikel 11.*

1. Denna konvention är bindande allenast för de medlemmar av Internationella arbetsorganisationen, vilkas ratifikationer registrerats av generaldirektören.

2. Den träder i kraft tolv månader efter det två medlemmars ratifikationer registrerats av generaldirektören.

3. Därefter träder denna konvention i kraft för varje medlem tolv månader efter den dag, då dess ratifikation registrerats.

*Artikel 12.*

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 2 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva

- a) de områden, med avseende å vilka vederbörande medlem förbinder sig att utan ändringar tillämpa bestämmelserna i konventionen;
- b) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbinder sig att tillämpa konventionens bestämmelser med vissa jämkningar samt innebörden av dessa jämkningar;
- c) de områden, med avseende å vilka konventionen icke skall tillämpas samt skälen härför;
- d) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbehåller sig att efter ytterligare överväganden framdeles fatta beslut.

2. De i mom. 1 a) och b) av denna artikel omnämnda förbindelserna skola anses såsom en integrerande del av ratifikationen och medföra med densamma identiska verkningar.

3. Medlem må genom förnyad förklaring helt eller delvis återkalla förbehåll, som inrymts i hans ursprungliga förklaring enligt mom. 1 b), c) eller d) av denna artikel.

4. Medlem må, under den tidrymd, då förevarande konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillstå generaldirektören ny förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till de avsedda områdena.

*Artikel 13.*

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 4 eller 5 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva huruvida konventionens bestämmelser skola tillämpas inom vederbörande område utan ändring eller med vissa jämkningar; därest i förklaringen angives, att konventionens bestämmelser skola tillämpas med vissa jämkningar, skall förklaringen innehålla närmare uppgifter rörande dessa.

2. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må genom senare förklaring helt eller delvis avstå från rätten att åberopa varje i en tidigare förklaring angiven jämkning.

3. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må, under den tidrymd, då denna konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillstå Internationella



arbetsbyråns generaldirektör förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till ifrågavarande konventions tillämpning.

*Artikel 14.*

1. Medlem, som ratificerat denna konvention, kan, sedan tio år förflutit från den tidpunkt, då konventionen först trädde i kraft, uppsäga densamma genom skrivelse, som delgives Internationella arbetsbyråns generaldirektör för registrering. Uppsägningen träder icke i kraft förrän ett år efter det den registrerats.

2. Medlem, som ratificerat denna konvention och icke inom ett år efter utgången av den i föregående moment nämnda tioårsperioden gör bruk av den i denna artikel stadgade uppsägningsrätten, skall vara bunden för en ny period av tio år och kan därefter, med iakttagande av de i denna artikel föreskrivna villkoren, uppsäga konventionen vid utgången av varje följande tioårsperiod.

*Artikel 15.*

1. Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall underrätta samtliga medlemmar av Internationella arbetsorganisationen om registreringen av alla ratifikationer, förklaringar och uppsägningar, som delgivits honom av organisationens medlemmar.

2. Då generaldirektören underrättar organisationens medlemmar om registreringen av den andra ratifikationen i ordningen, som delgivits honom, har han att fästa medlemmarnas uppmärksamhet på den dag, då konventionen träder i kraft.

*Artikel 16.*

Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall, för registrering jämligt artikel 102 av Förenta Nationernas stadga, lämna Förenta Nationernas generalsekreterare fullständiga upplysningar om varje ratifikation, förklaring och uppsägning, som av honom registrerats i enlighet med bestämmelserna i föregående artiklar.

*Artikel 17.*

Vid utgången av varje tidrymd av tio år, räknat från denna konventions ikraftträdande, skall Internationella arbetsbyråns styrelse förelägga Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens en redogörelse för konventionens tillämpning och taga under övervägande, huruvida anledning föreligger att på konferensens dagordning uppföra frågan om dess revision, helt eller delvis.

*Artikel 18.*

1. Därest konferensen skulle antaga en ny konvention, innebärande revision, helt eller delvis, av förevarande konvention, och den nya konventionen icke föreskriver annat,

- a) skall en medlems ratifikation av den nya, reviderade konventionen, för såvitt denna trätt i kraft *ipso jure* medföra omedelbar uppsägning av förevarande konvention, utan hinder av vad i artikel 14 här ovan stadgas;
- b) skall från den dag, då den nya, reviderade konventionen träder i kraft, förevarande konvention icke längre kunna ratificeras av medlemmarna.

2. Förevarande konvention skall likväl förbliva gällande till form och innehåll för de medlemmar, som ratificerat densamma och icke ratificera den nya, reviderade konventionen.

*Artikel 19.*

De engelska och franska texterna till denna konvention skola äga lika vitsord.

## Rekommendation (nr 84) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part<sup>1</sup>

Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens, vilken av styrelsen för Internationella arbetsbyrån sammankallats till Genève och där samlats den 8 juni 1949 till sitt trettioandra sammanträde,

och beslutat antaga vissa förslag angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part, vilken fråga utgör den sjätte punkten på sammanträdets dagordning,

samt beslutat, att dessa förslag skola taga form av en rekommendation innehållande kompletteringar till konventionen angående arbetsklausuler (offentliga kontrakt), 1949, antager denna den tjugonionde dagen i juni månad år nittonhundrafyrtionio följande rekommendation, vilken skall benämnas » rekommendation angående arbetsklausuler (offentliga kontrakt), 1949» [Labour Clauses (Public Contracts) Recommendation, 1949].

Konferensen förordar, att varje medlem, så snart förhållandena i varje enskilt land det medgiva, tillämpar följande bestämmelser samt till Internationella arbetsbyrån, i enlighet med vad styrelsen därom må komma att bestämma, insänder redogörelser angående de åtgärder, som vidtagits för att genomföra desamma.

1. I sådana fall, då enskild företagare beviljas statsbidrag eller tillstånd att driva allmännyttigt företag, böra bestämmelser, som i allt väsentligt äro analoga med dem som förekomma i arbetsklausuler i offentliga kontrakt tillämpas.

2. Arbetsklausuler i offentliga kontrakt böra, antingen omedelbart eller genom hänvisning till vederbörliga bestämmelser i lagstiftning, kollektivavtal, skiljedom eller annan godtagen överenskommelse, innehålla föreskrifter om

---

<sup>1</sup> Se prop. 1950:188, s. 46 ff.

- a) normallönesatser och övertidsersättningar (inklusive olika slags tillägg) för skilda kategorier av ifrågakommande arbetare;
- b) sättet för arbetstidens reglering med angivande av, där så finnes lämpligt,
  - i) antalet arbetstimmar per dag, vecka eller annan särskilt angiven tidsperiod, för vilken normallön skall utgå;
  - ii) den genomsnittliga arbetstid, som må uttagas av personer, sysselsatta i skiftarbete vid kontinuerlig drift; och
  - iii) – där arbetstiden beräknas såsom ett genomsnitt – den tidsperiod, som ligger till grund för genomsnittets beräkning och det högsta antalet arbetstimmar under en angiven tidsperiod;
- c) semester och sjukledighet.